



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 6 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2019 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 6 | n. 2 | maio/agosto 2019 | 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 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80.020-300 – Curitiba-PR - Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://revistas.ufpr.br/rinc/index>
E-mail: revista@ninc.com.br

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: Sônia Maria Borba 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

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade 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

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

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

Editores Associados

Prof. Dr. Richard Albert (University of Texas at Austin – Austin, Estados Unidos da América do Norte)

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

Editor-Adjunto

Prof. Msc. 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. Clémerson 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 Ramón Fuentes i Gasó (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha)

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

Prof^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

Alice Silveira de Medeiros (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Ana Cristina Aguilar Viana (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Dione Wasilewski (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

João Guilherme Walski de Almeida (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

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

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

Rafaella Natally Facio (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Renata Carvalho Kobus (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Sumário

Contents

Editorial – A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na Redalyc

Editorial – The Journal of Constitutional Research is covered in Redalyc

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.70565

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria235

Constitutional neutrality: an essay on the essential meaning of freedom of speech

Neutralidade constitucional: um ensaio sobre o significado essencial da liberdade de expressão

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.62470

João dos Passos Martins Neto239

Anti-racism legislation in Brazil: the role of the Courts in the reproduction of the myth of racial democracy

Legislação antirracista no Brasil: o papel das Cortes na reprodução do mito da democracia racial

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.70080

Marta Rodriguez de Assis Machado, Márcia Lima,

Natália Neris da Silva Santos267

The applicability of the Internet of Things (IoT) between fundamental rights to health and to privacy

A aplicabilidade da Internet das Coisas (IoT) entre os direitos fundamentais à saúde e à privacidade

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.67592

Mateus de Oliveira Fornasier297

L'accès indirect des citoyens aux cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France

The indirect access of citizens to constitutional courts in Germany, Brazil and France

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.56881

Carolina Alves das Chagas323

La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos: una propuesta para su ponderación y otorgamiento

The gratuity of prestational rights as human rights: a proposal for its ponderation and concession

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.58988

Carlos Manuel Rosales349

El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?

The new European Pillar of Social Rights: towards a real strengthening of the social dimension of the European Union?

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.61813

Lucía Casado Casado375

Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional francês

Filters to access Constitutional Courts: The Priority Incident of Constitutionality and filters to access French Constitutional Council

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.56323

Luiz Henrique Diniz Araújo405

Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa

Electoral litigation in times of judicialization of politics: the dispute in the Supreme and the Supreme in the dispute

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.59453

Eduardo Borges Espíndola Araújo, Júlia Maurmann Ximenes423

Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?

The doctrine of the administrative act throughout the thirty years of the Brazilian Constitution of 1988: what has changed?

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.61986

Ricardo Marcondes Martins449

Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil

Rethinking Comparative Constitutional Law in Brazil

DOL: 10.5380/rinc.v6i2.65009

Emilio Peluso Neder Meyer479

Instruções para autores

Instructions for authors

..... 503

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.70565

Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na Redalyc

The Journal of Constitutional Research is covered in Redalyc

DANIEL WUNDER HACHEM^{1,*}

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)
danielhachem@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0001-8519-8420>

LUZARDO FARIA^{1,}**

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)
fariacruzardo@hotmail.com
<http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

Seguindo o propósito de indexar a **Revista de Investigações Constitucionais** nas principais bases de dados, fontes de informação e diretórios de pesquisa nacionais e internacionais, é com grande alegria que anunciamos a indexação do periódico na Redalyc - Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Trata-se de uma importante base de dados bibliográfica e biblioteca digital de revistas de acesso aberto, voltada ao propósito de difundir o conhecimento científico produzido nos países ibero-americanos e dar-lhes maior visibilidade.

Com mais essa conquista, concluímos o objetivo traçado inicialmente, quando da concepção da revista, de obter a sua inclusão nos quatro principais indexadores

Como citar esse editorial/*How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A Revista de Investigações Constitucionais é indexada na Redalyc. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 235-237, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.70565.

* Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: danielhachem@gmail.com.

** Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: fariacruzardo@hotmail.com.

no cenário internacional: Scopus, Web of Science, SciELO e Redalyc. Novamente, nossa profunda gratidão é devida a todos aqueles que contribuíram para o êxito deste ciclo, aí incluídos os membros do Conselho Editorial, pareceristas, autores e leitores da **Revista de Investigações Constitucionais**.

Neste número, o segundo do ano de 2019, publicamos artigos em 4 idiomas (inglês, francês, espanhol e português), de autores vinculados a 12 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Áustria, Chile, Espanha e de 6 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal e Pernambuco. Dos trabalhos publicados, 90% são de Professores Doutores, 60% redigidos em língua estrangeira, 30% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 100% dos autores são exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Constitutional neutrality: an essay on the essential meaning of freedom of speech

João dos Passos Martins Neto

Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil)

- Anti-racism legislation in Brazil: the role of the Courts in the reproduction of the myth of racial democracy

Marta Rodriguez de Assis Machado

Professor at the Getulio Vargas Foundation School of Law (São Paulo-SP, Brasil)

Márcia Lima

Professor at University of Sao Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

Natália Neris da Silva Santos

PhD Candidate at University of Sao Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- The applicability of the Internet of Things (IoT) between fundamental rights to health and to privacy

Mateus de Oliveira Fornasier

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí-RS Brasil)

- L'accès indirect des citoyens aux cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France

Carolina Alves das Chagas

Doctorante et assistante de recherche et d'enseignement à l'Université de Graz (Áustria)

- La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos: una propuesta para su ponderación y otorgamiento

Carlos Manuel Rosales

Doctor en derecho por la Universidad de Chile (Santiago, Chile)

- El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?

Lucía Casado Casado

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España)

- Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional francês

Luiz Henrique Diniz Araújo

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

- Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa

Eduardo Borges Espíndola Araújo

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

Júlia Maurmann Ximenes

Professora da Pós-Graduação e do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasília-DF, Brasil)

- Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?

Ricardo Marcondes Martins

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

- Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional francês

Emilio Peluso Neder Meyer

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil)

Esperamos que os artigos selecionados para esta edição constituam importante fonte de pesquisa para os estudiosos do Direito Constitucional, firmes na expectativa de continuarmos recebendo submissões marcadas pela profundidade teórica das análises realizadas.



Constitutional neutrality: an essay on the essential meaning of freedom of speech

Neutralidade constitucional: um ensaio sobre o significado essencial da liberdade de expressão

JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO ^{1,*}

¹ Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
passos@pge.sc.gov.br

<https://orcid.org/0000-0002-1168-3201>

Recebido/Received: 22.10.2018 / October 22th, 2018

Aprovado/Approved: 17.11.2019 / November 17th, 2019

Abstract

The present essay explores the essential meaning of freedom of speech in the context of contemporary constitutional democracy. In addressing the question of how free speech constitutional clause should be understood in an universe full of controversial cases, the study articulates three main propositions: 1. Freedom of speech is the right not to be prevented from speaking or not to be punished for speaking based on the alleged unacceptability of an idea (taken as incorrect, inappropriate, stupid, irrelevant, shocking, dangerous, etc.); 2. Freedom of speech grants protection no matter the content of the message because the exchange of ideas is valuable for reasons other than the substantive qualities of what is said; to be worthy of protection, speech does not need to be infallible, clever or polite, but only play an expressive role in the process of discussion; 3. Freedom of speech doesn't collide with rights of others, especially in the case

Resumo

O presente ensaio explora o significado essencial da liberdade de expressão no contexto da democracia constitucional contemporânea. Ao abordar a questão de como a cláusula constitucional da livre expressão deve ser entendida em um universo repleto de casos controversos, o estudo apresenta três proposições principais: 1. A liberdade de expressão é o direito de não ser impedido de falar ou de não ser punido por falar com base na suposta inaceitabilidade de uma ideia (tomada como incorreta, inadequada, estúpida, irrelevante, chocante, perigosa, etc.); 2. A liberdade de expressão garante proteção qualquer que seja o conteúdo da mensagem porque a troca de ideias é valiosa por outras razões que não as qualidades substantivas do que é dito; para ser digno de proteção, o discurso não precisa ser infalível, inteligente ou polido, mas apenas desempenhar uma função expressiva no processo de discussão; 3. A liberdade de expressão não colide com direitos dos outros, especialmente

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS NETO, João dos Passos. Constitutional neutrality: an essay on the essential meaning of freedom of speech. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 239-265, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.62470.

* Professor at the Federal University of Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brazil). Master's in law and Doctor of Law from the Federal University of Santa Catarina. Visiting Scholar at the Columbia University in 2007-2008 (New York, NY, United States of America). Visiting Scholar at the UC Berkeley in 2018 (Berkeley, CA, United States of America). State Attorney at the Attorney General's Office of the State of Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brazil). E-mail: passos@pge.sc.gov.br.

of assertive speech acts, that is, assertions of facts and values that the speaker sincerely believes to be true or correct; even when the content sounds outrageous, asserting something doesn't imply violation of anyone's right, but rather it means the exercise of one's own right.

no caso dos atos da fala assertivos, isto é, de asserções de fatos e valores que o falante acredita que são verdadeiras ou corretas; mesmo quando soe ultrajante, asserir algo não implica violação de direito alheio, mas significa o exercício do próprio direito.

Keywords: constitutional democracy; content neutrality; freedom of speech; tolerance; equity.

Palavras-chave: democracia constitucional; neutralidade de conteúdo; liberdade de expressão; tolerância; equidade.

CONTENTS

1. Introduction: a critical question; 2. The false cry of fire; 3. Speech and expressive value; 4. Free speech and democracy; 5. Free speech and truth; 6. Free speech and autonomy; 7. Free speech and tolerance; 8. Constitutional neutrality; 9. Free speech and equality; 10. Speech and action; 11. Conclusion: an enlightening case; 12. References.

1. INTRODUCTION: A CRITICAL QUESTION

Constitutional democracy is a way of organizing relations between government and individuals inside national states. It is essentially characterized by the acceptance of a written or unwritten constitution that performs as a higher law and guarantees even against governmental powers certain human rights that, according to historical and rational agreement, people may never be deprived of, such as life, freedom, property, equality, due process and vote. Freedom of speech is probably the brightest star in the constellation of constitutional rights.

In a first approach, freedom of speech could be defined as a principle according to which individuals must have the liberty to hold and express ideas through oral language and writing, symbolic gestures or images, in any platform and concerning a variety of matters, from politics to religion, economy to history, without fearing or suffering censorship or punishment. However, despite of what this broad concept might suggest, freedom of speech is not conceived anywhere as a right that grants protection to everything that can be uttered. In free speech American legal doctrine, for instance, it is very well known the famous adage of US Supreme Court Justice Oliver Holmes, who proclaimed long ago that "the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic"¹. This old sentence expresses a view that remains as one of the most powerful in free speech thinking and ruling everywhere: freedom of speech is limited, it does not cover all kinds of speech.

Some crimes committed with the use of language - like threats, slander, false alarms, harassment, conspiracy or blackmail - are considered unworthy of protection without contention. It seems they don't even get to fit into a satisfactory concept of

¹ Schenck v. United States. **Supreme Court of the United States**. 249 U.S 47 (1919).

speech. But there are some other kinds of speech that raise serious controversy. Is the government allowed to prohibit the so-called hate speech, a flag burning demonstration, disclosure of classified information, civil disobedience advocacy, statements against gay marriage? Or would such a ban impose an unconstitutional constraint on speech? These are dilemmas that every democracy must face.

There are no easy answers. First, competitive values seem to be in contradiction sometimes. Hate speech cases, for example, bring to the debate the tension between the need of protecting individual autonomy and the commitment in defending racial, religious or sexual groups. Beyond that, language is a complex phenomenon. There are endless things people can say with the most different styles, intonation, motives and intentions, in the most diverse situations and settings. Hate speech itself is not a univocal category. As Kent Greenawalt observes, “criticizing Jews in a classroom discussion or in the middle of campus is not the same as reviling a Jewish student in his room or posting an anti-Semitic sign opposite his door”². So, should we treat both speech in the same way? Should all hate speech be banned or protected, or only a part of it? Could we accept general racist assertions, but not personal targeted vilification?

To make things a little harder, constitutional stipulations are not able to provide solution for all possible situations of contentious speech. Generally, free speech constitutional clause is written in brief and open terms. Constitutional language does not usually refer to unprotected categories in an exhausting way or with enough specificity. American Constitution, for instance, dictates that “Congress shall make no law [...] abridging freedom of speech, or of the press” and nothing more. For this reason, in liberal legal systems judges have been called to fill the normative emptiness and to determine free speech limits in the context of controversial cases. It is a task that requires wisdom because of what is at stake in the decision-making process.

In fact, the question about how far to protect and how far to restrict speech is a critical one for democracy. Somebody who says something eventually forbidden is not only saying something inappropriate, unpleasant or repulsive, is not only challenging a good manners book. He is breaking the law, he is making something illegal, something that exposes him to official and severe consequences, such as civil liability or criminal penalty. So, defining protected and unprotected speech means to draw a line between speech that may be punished and that may not, between speech that may be used to send a man to jail or to take away his money and that may not, between speech that may be banned from public debate and that may not. It is not about defining good or bad ideas, polite or impolite speech, but rather than that, it’s about separating lawful from unlawful speech, with the good and the bad consequences attached.

² GREENAWALT, Kent. **Fighting words**: individuals, communities, and liberties of speech. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 73.

Constitutional courts should be very cautious in interpreting and implementing the free speech constitutional clause. It is of utmost importance to create clear, simple and stable rules, capable of indicating without uncertainty and in advance what, after all, citizens are allowed or forbidden to say, or what the government is entitled to ban and punish concerning speech. In line with the basic principle of the Rule of Law, people have the right to prior knowledge about what is right and wrong, and a rhetorical, imprecise or hesitant judicial ruling on freedom of speech tends to generate self-censorship and opens the door *forex post facto* punishments.

The present essay seeks to explore the essential meaning of freedom of speech in the context of contemporary democracy and aims at answering the question about how free speech constitutional clause should be understood. The intention here is not to describe the constitutional law of particular jurisdictions, but to propose a concept of freedom of speech consistent with the ideals of any government that claims to be democratic. Although involving a personal way to see the things, the following ideas are certainly influenced by a set of judicial precedents and correspond to a dominant philosophical viewpoint. In order to accomplish our goals, it seems a good idea to begin considering Oliver Holmes's analogy on the false cry of fire.

2. THE FALSE CRY OF FIRE

In 1917, the United States got into the World War I. Under an atmosphere of patriotism around the country, President Woodrow Wilson proposed, and the Congress approved the *Espionage Act*³. This legislation made it a crime to cause, attempt to cause or conspire to cause insubordination in the American military or obstruction of military recruitment⁴. At the time, Americans could not turn down calls for war. Charles Schenck, then secretary general of the Socialist Party in Philadelphia, had distributed pamphlets comparing conscription to slavery and urging conscripts to reject fighting a war on behalf of Wall Street interests.

Prosecuted and convicted on charges of attempting to cause insubordination and to obstruct recruitment, Schenck appealed to the Supreme Court claiming that the First Amendment to the United States Constitution does not allow Congress to pass any law restricting freedom of speech. However, the Supreme Court, without dissent, upheld the conviction. The leading opinion came from Oliver Wendell Holmes. He admitted that, in normal times, Schenck's words would be protected but not in times of war. He pointed out that "the character of every act depends upon the circumstances

³ See: LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007, p. 25.

⁴ See: FALLON, Richard H. **The dynamic Constitution**: an introduction to American Constitutional Law. Cambridge University Press, 2004, p. 34.

in which it is done” and that “the question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”. This view implied a non-absolutist reading of the apparently inflexible words of the First Amendment and, to support it, Holmes produced his famous analogy: “the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic”⁵.

Schenck versus the United States is no longer an active precedent. The “clear and present danger” formula was too vague and could be easily manipulated. According to Kent Greenawalt, in a case decided the following week by the Supreme Court⁶, a man was punished for helping to publish twelve articles of small-circulation according to which the resistant recruits, though “technically wrong”, were more victims of a sin against themselves than sinners. “Thousands of people were convicted and sent to jail during World War I for comments no stronger than this”⁷. Perhaps, that is why in *Abrams versus the United States*⁸ Holmes himself rearticulated his arguments and introduced more demanding conditions for punishing speech⁹; in *Whitney versus California*¹⁰ Louis Brandeis set an even more restrictive position. The dissenting votes¹¹ of Holmes and Brandeis, in these two cases, became memorable and had significant influence in the development of the modern American legal doctrine regarding subversive speech. In 1969, in *Brandenburg v. Ohio*¹² (without Holmes and Brandeis at the time) the Supreme Court took a new legal opinion under which Schenck would not have been convicted, if earlier available.

Then, what may seem intriguing is that although the reasons that led to Schenck’s conviction no longer exist or would not be enough now, Holmes’s analogy on the false cry of fire still stands as an axiom about free speech limits. How to understand that? The reason is simple but not always perceived. Between a false cry of fire in a crowded theater to induce panic and the messages contained in the leaflets distributed by Schenck there is a huge difference. The analogy supposed by Holmes does not exist,

⁵ Schenck v. United States. **Supreme Court of the United States**. 249 U.S. 47 (1919).

⁶ Frohwerk v. United States. **Supreme Court of the United States**. 249 U.S. 204 (1919).

⁷ GREENAWALT, Kent. **Fighting words: individuals, communities, and liberties of speech**. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 17-18.

⁸ Abrams v. United States. **Supreme Court of the United States**. 250 U.S. 616 (1919).

⁹ See: SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review**. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1966, p. 49.

¹⁰ Whitney v. California. **Supreme Court of the United States**. 274 U.S. 357 (1927).

¹¹ From a formal point of view, Louis Brandeis’ opinion did not constitute a disagreement since, for procedural reasons, he maintained the appellant’s conviction. However, his views about free speech have revealed a profound dissent from previous Supreme Court decisions.

¹² Brandenburg v. Ohio. **Supreme Court of the United States**. 395 U.S. 444 (1969).

and therefore, it is entirely acceptable that between the two communications one may deserve protection while the other does not.

According to Alan Dershowitz, the false cry of fire in a crowded theater is probably the only legal analogy to receive the status of a popular argument in the United States. It is, he says, an analogy often invoked when people try to get the government to censor any kind of speech that they deem unacceptable. However, still according to him, “in spite of its hallowed position in both the jurisprudence of the First Amendment and the arsenal of political discourse, it is and was an inapt analogy, even in the context in which it was originally offered”¹³. The context to which Dershowitz refers is precisely the Schenck case, and it is important to follow his criticism to understand why the false cry of fire is not worthy of protection.

Dershowitz makes two essential remarks. First, Schenck’s leaflets contained a political message that encouraged recruits to think about it and then, if they wished, to act in a non-violent manner. The man who shouts fire in a crowded theater is neither sending a political message nor inviting his readers to think about it and decide what to do in a rational, calculated way. “On the contrary, the message is designed to force action without contemplation. The message ‘Fire!’ is directed not to the mind and the conscience of the listener but, rather, to his adrenaline and his feet. It is a stimulus to immediate action, not thoughtful reflection”¹⁴. In this sense, the cry of fire is not even speech; it is “a clang sound”, the equivalent of a non-verbal alarm that triggers an automatic response, different from that of political rhetoric.

Secondly, the cry in question is dishonest, once the speaker knows that there is no real fire. The messages contained in Schenck’s leaflets, however, cannot be blamed of having the same flaw, it is to say, of being the result of a conscious and intentional lie. Schenck sincerely expressed political ideas about the war, ideas that are true in the perspective of the speaker’s mind, and as the United States Supreme Court came to reaffirm in *Falwell versus Hustler*, “the First Amendment does not recognize such a thing as a false idea”¹⁵. For these reasons, Dershowitz thinks Holmes analogy in the Schenck case is not only inappropriate but also insulting¹⁶.

In fact, it seems that the false cry of fire is something that is *done by saying*, not something that is *only said*. Whoever falsely shouts fire knowing there is no fire at all does not really asserts or warns about anything, but rather pretends to make it, faking

¹³ DERSHOWITZ, Alan M. **Shouting Fire**: Civil Liberties in a Turbulent Age. Little, Brown and Company, 2002, p. 143.

¹⁴ DERSHOWITZ, Alan M. **Shouting Fire**: Civil Liberties in a Turbulent Age. Little, Brown and Company, 2002, p. 143-144.

¹⁵ *Hustler Magazine v. Falwell*. **Supreme Court of the United States**. 485 U.S. 46 (1988). See also: *Gertz v. Robert Welch Inc.* **Supreme Court of the United States**. 418 U.S. 323 (1974).

¹⁶ DERSHOWITZ, Alan M. **Shouting Fire**: Civil Liberties in a Turbulent Age. Little, Brown and Company, 2002, p. 144-145.

to believe and intending to deceive the listeners. This is more acting than expressing. Only pay attention to the grammar: the verbs “lie”, “fake”, “pretend” and “deceive” denote deeds, or acts of misrepresentation, a kind of fraud, and not, in a proper sense, communicative acts of thoughts and beliefs.

The problem with the false cry of fire is not the content of the message, but the behavior of the speaker, is not the inaccuracy of the sentence, but the insincerity of the utterer. If there was a real fire, nobody would qualify shouting as a misconduct. If there wasn't a real fire, but the speaker thought there was (because of defective perception or amid a delirium crisis), it is hard to imagine he could be punished since shouting would only be a manner of speaking his mind, a way of speaking about something he believed to be true, although it was not.

3. SPEECH AND EXPRESSIVE VALUE

In constitutional democracy, as we know, speech is often restricted by statutory law. Speech is a target that never gets out of reach. However, since there are cases in which restrictions are easily and widely accepted (as it happens about criminal offenses like encouragements to suicide), but there are others in which restrictions are seriously questionable (as it happens with religious statements against gay marriage), it is supposed that there might be some attribute related to the type of the speech that makes the difference. What would it be?

Even recognizing that every speech has singularities and needs to be considered on a case-by-case basis, it is possible to isolate a general point of discordance between the quiet and the controversial cases of speech restriction. The contrast between the false cry of fire in a crowded theater and the message contained in Schenck's leaflets is useful to illustrate the difference. Simply, what happens is that the false cry of fire has no expressive value or does not fulfill any expressive function, and precisely for this motive, according to an assumption universally shared, it is not reached or covered by free speech constitutional clause. The note of distinction resides, therefore, in the concept of expressive value. The basic idea is as follows.

As it is normally understood, free speech grants protection no matter the content of the message. Free speech prohibits government to censor or punish speech based on the supposed incorrectness of what people think and say. In this case, it is intuitive that speech is protected because it is supposed to be valuable for reasons other than the substantive qualities of the message. Imagine, for instance, that the congress is about to pass an act on the use of embryonic cells for research purposes. If everyone can freely argue, against or in favor, it is because it is expected, among other things, that a better political deliberation can be found if the voices from side to side are listened. Speech is protected because it seems important despite the orientation of the ideas. It

does not matter if one's opinion is not the best or the wiser, but just that it somehow enriches the public debate. In this sense, having expressive value only means that the speech plays an expressive role in the process of discussion.

In synthesis, there are five major arguments on why freedom of speech is valuable no matter the content of the ideas. We can summarize them by borrowing a few words from Greenawalt¹⁷. The first (democracy) proposes that free speech promotes the functioning of democracy, which is based on the concept of self-government. Citizens must be free to openly speak and listen to better exercise their sovereign functions. The second (truth) proposes that open discussion promotes the discovery of the truth and the progress of knowledge. The claim is that truth and knowledge are most likely to emerge from the collision of ideas. The third (autonomy) proposes that free speech promotes individual autonomy, mainly because it allows people to enjoy information and opinions important for them to make up their own minds instead of living by the dictates of others. The fourth (tolerance) proposes that free speech promotes tolerance. If the speech rights of dissenters and radicals are granted, the lesson addressed by society is that everyone should be tolerant with those who think different. The last one (equality) proposes that if men are all equal in dignity, it would be wrong to prevent only some ideas to be expressed, once this would mean that the ones who hold them are less dignified than others.

Speech has expressive value when it reaches some of these reasons; when none of them is applicable, speech simply lacks expressive value. The false cry of fire lacks expressive value because it is not the kind of assertion apt to be a part of any intellectual dispute around truth, it is not a way of engaging in the democratic process, or participating in political life, it is not a way of affirming or improving individual autonomy, it is not a way of exercising equal rights and, not enough, it is not compatible with a demand for tolerance.

The leaflets of Schenck were different. First, thinking and saying that conscription is a form of slavery is to make a genuine assertion, that is, to enunciate seriously and literally a proposition about the world (or some state of affairs) believed to be true and intended to be taken as such. Second, thinking and suggesting recruits to refuse the draft may be taken as an exhortation (a directive speech act), that is, as saying something to get others to act, but even so, it is not the case of incitement to violence, nor of advocating illegal activities, once deciding not to join the army, in the speaker's mind, is no less than an individual right. In the end, it seems that Schenck's message was a complaint for political changes based on his sincere beliefs about unfair burdens on young American citizens. Here, all free speech values apply.

¹⁷ See: GREENAWALT, Kent. **Speech, crime, and the uses of language**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 9-39.

Having expressive value is the first requirement for a speech to be deemed worthy of protection. It would be an exaggeration to immunize messages to which none of the reasons underlying free speech clause is applicable, as it happens with the false cry of fire. Accordingly, to determine whether a given speech has expressive value is vital for investigating the adequacy of some restriction upon it in constitutional democracy.

Of course, the concept of expressive value asks for a more comprehensive consideration, and at this point political philosophy is the best companion one can find³¹. Constitutional provisions proclaim the rights, but their justifications are generally submerged; they are not on the surface, but in the depths of the human thinking. Eric Barendt rightly points out that “a constitution may reflect commitment to a general concept of freedom of speech, but the particular understandings or conceptions of that freedom are best elucidated by an examination of the moral and political reasons justifying its protection”¹⁸. So, let’s take a closer look on them.

4. FREE SPEECH AND DEMOCRACY

Free speech is commonly thought to promote democracy. Democracy rests on the principle of self-government, whereby political decisions ultimately belong to citizens either directly or through representatives. In the logic of the system, freedom of speech fulfills central functions, such as allowing voters to make informed choices in elections. Also, thanks to freedom of speech, people can influence public policies, and authorities are subject to criticism that may lead to their replacement. Abuse of power and corruption can be denounced and maybe prevented by fear of revelation. Beyond that, conflicting interests in the community are identified and accommodated in favor of social stability, and individuals and minorities that openly dissent may relieve frustrations and do not need to use violence as an alternative to get power, to fight government programs or to gain attention for reformist claims. Finally, better political deliberations should be taken with the audience of all sides of debate.

The connection between freedom of speech and democratic process is the basis of some influential essays written by Alexander Meiklejohn regarding the Constitution of the United States¹⁹. In line with his ideas, in *New York Times versus Sullivan*, one of the most acclaimed precedents of modern American legal doctrine concerning freedom of speech, the US Supreme Court referred to the ability to criticize the government and its

¹⁸ BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2007, p. 3.

¹⁹ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom: the constitutional powers of the people**. New York: Oxford University Press, 1965, 164 p. See also: Free speech and its relation to self-government (1948); What does the First Amendment mean? (1953); Testimony presented before the Subcommittee on Constitutional Rights, United States Senate Committee on the Judiciary (1955); The First Amendment is an absolute (1961). In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 747-756; p. 757-760; p. 760-772; p. 772-778.

agents as constituting “the central meaning of the First Amendment”²⁰. When the case was decided holding that civil liability of the press (in the event of inaccurate news) requires actual malice, and not merely negligence, Meiklejohn even said that it was “*an occasion for dancing in the streets*”²¹.

The rationale of democracy is subject to questioning. Does free speech really give voice to everyone in a world with economic inequalities? According to Owen Fiss, “the rich may, for example, so dominate advertising space in the media and other public domains that the public will, in effect, hear only their message, and as a result, the voice of the less affluent may simply be drowned out”²². Moreover, mass media are under the control of few people because newspapers and magazines demand a high cost of operation, and the waves of radio and television have limited availability. Those who have them have a higher power of influence. However, even if we are here before undeniable facts, it seems that none of them can make freedom of speech less important within the framework of democratic government.

The concept of democracy is impractical if citizens do not have the right to speak and listen freely. Distortions of power are relevant, and the challenge is to search for alternative means of compensating them positively or giving voice for those who doesn’t have it. But even if free speech seems to have more formal than real dimension in contrast with mass media holders, it does not mean it has no utility, or that it is not an instrument for the exercise of political rights. Besides, it is supposed that the press itself is many times the voice of the people.

Anyway, the Internet significantly changed the scenario. Things are not anymore as in the last century, in which people found themselves mostly in the passive side of the communicative relationship. Jack Balkin describes the new paradigm as it follows: “Internet speech is participatory and interactive. People don’t merely watch (or listen to) the Internet as if it were television or radio. Rather, they surf through it, they program on it, they publish to it, they write comments and continually add things to it. Internet speech is a social activity that involves exchange, give and take. The roles of reader and writer, producer and consumer of information are blurred and often effectively merge”²³. So, maybe the Internet has not replaced the mass media, but the distribution of the power to communicate seems already less unequal.

²⁰ New York Times v. Sullivan. **Supreme Court of the United States**. 376 U.S. 254 (1964).

²¹ KALVEN, Harry. The New York Times Case: a Note on the “Central Meaning of the First Amendment. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 788.

²² FISS, Owen M. **The Irony of Free Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 16.

²³ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 834.

In connection with democracy, freedom of speech tends only to justify the coverage of ideas and messages with political content or interacting in the political process. So, if democracy was the only basis for protecting freedom of speech, things like self-help literature, commercial advertising, sports journalism and entertainment magazines would be left out of perspective. More important: the same could happen with allegedly defamatory or invasive statements. Probably, these types of speech would be understood as not belonging to the constitutional worries, and in this case, greater or lesser freedom related to them would then depend on the legislative power. But this is not how things are: freedom of speech is valued for reasons other than democracy, and then, it justifies much more than just political messages.

5. FREE SPEECH AND TRUTH

In *On liberty*, Stuart Mill claims that speech must be protected for the sake of clarifying the truth. According to him, the suppression of ideas is a crime committed against present and future generations. "If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose [...] the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error"²⁴. Moreover, according to Mill, between conflicting doctrines none of them are wholly false or exact, and each contains a portion of error and truth, so that truth will often result from the sharing between them²⁵. Thus, free speech enables mankind to replace long-held misconceptions, as well as to test and revitalize truths that would be, otherwise, no more than dead dogmas. In essence, as Erwin Chemerinsky said, "the argument is that truth is most likely to emerge from the clash of ideas"²⁶.

Thomas Emerson stresses that the truth rationale applies regardless of how false and harmful an idea appears to be. On the one hand, he writes, "many of the most significant advances in human knowledge – from Copernicus to Einstein – have resulted from challenging hitherto unquestioned assumptions", so that no opinion should ever be deemed irrefutable. On the other hand, "the unaccepted opinion may be true or partially true, and there is no way of suppressing the false without suppressing the true". Last of all, "even if the new opinion is wholly false, its presentation and open discussion serves a vital social purpose" because it provokes the reappraisal of the settled opinion and leads to a deeper understanding of its evil meaning²⁷.

²⁴ MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 327.

²⁵ MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 347-348.

²⁶ CHERMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 927.

²⁷ EMERSON, Thomas I. **Toward a general theory of the First Amendment**. New York: Random House, Inc., 1966, p. 7-8.

The pursuit of truth is important as a means for the progress of humanity and individuals. For practical purposes, it is important to know, for example, whether the decisive factor for the reduction of the ozone layer is the burning of fossil fuels or the destruction of forests; what level of security the financial market is offering; what kind of influence movies of explicit brutality have on child psychology; from which moment the fetus in the mother's womb begins to feel pain; whether or not there is an epidemic outbreak or increased violence in a requested tourist destination. Relevant social, business and personal decisions may depend on what is concluded, and, at least in principle, it is believable that responses that are more reliable or closer to the truth will be obtained if there is room for discussion and confrontation rather than suppression of opinions and information that governments might anticipate as false.

Truth rationale justifies coverage for a wide range of subjects (history, business, morals, literature, science, etc.), going beyond protection for speech with political content, or engaged in the democratic process. Although it seems to fit better in the context of controversies about objective facts, it does not fail to support the debate around purely moral valuations such as "capitalism is unjust". Moreover, as in the case of democratic justification, truth rationale also supports dissent, even the most secluded one. In the words of Stuart Mill: "If all mankind minus one were of one opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind"²⁸.

The decisive premise is that government is not entitled to sanction an official orthodoxy, defining what is right and wrong in politics, morals, history, archeology, economics, etc. Official doctrines against which is not allowed to argue under the risk of punishment are almost always suspect. Those who impose them not only lack the gift of infallibility but also are less interested in discovering the truth than in preserving their positions and fortune. Truth certainly has better changes when heresy and blasphemy are crimes that no law dares to recognize.

Like the democratic justification, the truth rationale is not immune to objections. It is said there is sometimes the risk that atrocious doctrines, undisputedly false, may triumph among citizens, as they did in Nazi Germany after Hitler came to power in 1933, causing the genocide of six million Jews. Some contemporary democracies, believing so, came to prohibit the dissemination of ideas of racial superiority, making hate speech a crime. Nevertheless, even in those jurisdictions, hate speech seems to be a lonely exception to the general principle that freedom of speech in democracy is incompatible with a system of official truths. It seems, indeed, a singular case of content-based restriction, perhaps one understandable in the face of some local context and

²⁸ MILL, John Stuart. On liberty. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 327.

historical traumas. However, the major proposition still stands: government is not the owner of the truth and cannot suppress ideas because they are allegedly false.

6. FREE SPEECH AND AUTONOMY

Free speech is commonly taken as an imperative of human condition. If what decisively distinguishes man in the world of living creatures is the reasoning ability, the integral fulfillment of each person's humanity implies the exercise of his rational faculties in fullness. It requires, first of all, freedom to think autonomously, or freedom of conscience. By freedom of conscience is designated a sphere of intellectual deliberation under the exclusive domain of the individual, within which are ideas that, even sounding unfounded to others, are recognized as legitimate while belonging to a man and insofar as corresponding to the most significant of his vocations.

In practical terms, external control over the mind of others is not easy to attain. A man whose ideas are abhorred by the dominant power may be forbidden to say, under threat of penalties, what he thinks or be forced to say what he does not believe, and even doing so to save his life, in silence he can think what he actually thinks. Coercion will be enough to hinder speech and action but not to change his mind. The innermost secret of his consciousness is beyond reach; it is a land to which he alone has access. Frederick Schauer tells that prisoners in Nazi concentration camps used to sing a song called *Melne Gedanken Sind Frei* ("my thoughts are free")²⁹. It is possible that by chanting some of them gathered moral strength that helped to resist and survive, above all, through the perception that although degraded to inhuman conditions, there was still in them a last and essential remnant of humanity, precisely their consciences, an invincible force even for the most totalitarian power.

Of course, it would not make sense to assure something like a right to think silently. In a normative perspective, the object of a freedom must be something susceptible to prohibition. However, thinking in silence is a *de facto* freedom, a mental phenomenon whose ban is impossible and ineffective. Therefore, to begin with, granting individuals the right to think in silence is not even logically bearable. Besides, allowing someone to think, as long as keeping thoughts quiet, means declaring the thoughts in question illicit. Finally, respect for human condition requires more than tolerating only a precarious use of rational faculties, such as developing an inner monologue as a resource to maintain self-consciousness. This can be useful for psychological defense in extreme situations, but it is legally insignificant.

Freedom of conscience implies more than superfluous consent of secret ruminations. It means that our thoughts, whether wise or not according to others, rightfully

²⁹ SCHAUER, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 849.

belong to us. In a double sense: we are worthy of thinking by ourselves and our thoughts are worthy of appropriation. Thoughts we have are, therefore, lawfully possessed. Moreover, once integrating man's personality, thoughts are not exposed to any form of expropriation. The first consequence is that freedom of conscience consists of an *excludendi alios* right, that is, a right that excludes the right of others of intending to dominate the owner's mind, dictating what to believe, what to feel or what to like. The second consequence is that the owner has the privilege to use what is his, which includes the power to express himself, mainly to communicate to others what he believes, understands, feels, perceives or prefers. So, freedom of conscience understood as such inevitably implicates freedom of speech as a result of man's property on himself.

At the same time, autonomy depends, though not exclusively, on freedom of speech to be maximized. Schauer teaches that ideas are not static, they regularly change, evolve, and refine. Thought is a process, and its main instruments are language and communication. "Minds do not grow in a vacuum. Intellectual isolationism is almost wholly inconsistent with intellectual development. The image of the mountaintop guru, developing great ideas in a sublime and isolated existence, is far more myth than reality"³⁰. Schauer emphasizes that linguistic communication is significant for the intellectual growth of man, both as speaker and as listener. Often someone has an incipient idea, but sees it develop or perceive its weaknesses at the first moment when it needs to be intelligibly transmitted to another person. According to Schauer, communication helps those who communicate to clarify and better understand their thoughts. On the other hand, listening, reading and seeing what others have to say puts a man in touch with a wide variety of opinions and information that he may not be able to imagine or articulate alone. In this case, says Schauer, communication offers the chance to practice the vital talent of evaluating and choosing between ideas³¹. Participating in communicative relationships is, therefore, a way of elaborating, understanding, and optimizing the ability to think.

For the constitutional law, which disciplines relations between individuals and the government, the implication between freedom of conscience and freedom of speech has a very specific meaning. In the words of Charles Fried, "freedom of mind [...] places firm limits on government's power to interfere with my liberty to think as I choose, to express my thoughts to others, and to receive their expressions in turn", as well as to decide what to learn, hear, read, and see³². Likewise, Fried adds, it prevents

³⁰ SCHAUER, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 850-851.

³¹ SCHAUER, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 851.

³² FRIED, Charles. **Saying What the Law is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 79 e p. 81.

the government not only from suppressing thoughts and speech “but also against the government’s putting words in your mouth, compelling you to print what you do not want to print, affirming what you do not believe”. Freedom of conscience is, in synthesis, “freedom from government mind control”³³.

7. FREE SPEECH AND TOLERANCE

In *The Tolerant Society*, Lee Bollinger highlighted the teaching of tolerance as a reason for protecting speech. He starts from the premise that societies tend to follow and impose uniform ideas and practices and to be severe with dissenters, acting against them not only through legal penalties such as imprisonment but also through informal modes of punishment such as stigma and isolation. Stuart Mill also gave importance to this topic. According to him, social oppression is even more ruthless than legal oppression because although it is not based on extreme punishments, it leaves fewer ways to escape. In Mill’s view, human societies are predisposed to compel people to adjustment, curbing development and, if possible, preventing the birth of any individuality in disharmony with its models³⁴.

Bollinger accepts the opinion about the tendency for inflexibility and the heaviness of social oppression. “To have it said that you were once a communist sympathizer, a fascist, atheist, or a liar can make you, at least in most quarters within the society, socially and economically a pariah, as destitute as if you had been thrown in prison and fined”³⁵. However, according to Bollinger, social hostility is often at the basis of legal punishments. “If there is a problem of a tendency to excessive intolerance [...], it would seem to be not with the ‘government’ alone but with ‘the people’ as well, acting through their government”³⁶. One of the most dramatic passages in the history seems to prove it. The torture and killing of Jesus Christ were formally consented by Pontius Pilate, procurator of the Roman emperor in Judea, but he acted reluctantly. According to the Gospel of John, Pilate washed his hands and delivered Jesus to martyrdom, but the one who imposed the outcome, at the risk of revolt, was the crowd in front of the Praetorium.

According to Bollinger, freedom of speech does the job of making people aware of the need for tolerance. If minorities and dissidents are free to express what they think, the message addressed will be that respecting differences is a virtue. Free speech aims at educating for tolerance, that is, for the development of the social capacity to control the impulse to domesticate and, especially, to punish the divergent because of

³³ FRIED, Charles. **Saying What the Law is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 82 e p. 85.

³⁴ MILL, John Stuart. On liberty. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 320-321.

³⁵ BOLLINGER, Lee C. **The tolerant Society**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 109-110.

³⁶ BOLLINGER, Lee C. **The tolerant Society**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 79.

their beliefs and convictions. A tolerant society is one that renounces the aspiration to coerce and harass by formal or informal means those who profess supposedly objectionable ideas, whether political, moral or religious.

The rationale of tolerance also suggests that intolerance is somewhat useless because human mind is ultimately irrepressible. Pretending to dominate the conscience of dissidents should not be an objective for the government because it is not even feasible. Baruch de Espinosa, in his *Tractatus Politicus*, had already argued that a man could never be led to believe in what is contrary to his feelings and thoughts, to love what he hates or hate what he loves. According to him, the consequence is that all actions to which no one can be incited by promises or threats are outside the government purposes. No one, for example, can abdicate his ability to judge. The law that would try to compel human mind would be nothing but a delusion³⁷. An analogous opinion is found in John Locke's *Letter on Tolerance*. He thinks that no one may believe under the prescription of another. The nature of human understanding cannot be constrained by external forces. Confiscating property or tormenting the body with captivity and torture will be in vain if, through these torments, man in power want to deprive a man from his faith and beliefs³⁸.

In addition, the argument of tolerance holds that more dangerous than granting free speech is subjecting speech to repressive controls. If force is futile and ineffective to constrain conscience, its employment will eventually provoke the resistance of true believers, and instead of harmony and concord there will be revolts, perhaps bloody ones. The religion wars that have swept Europe since the Reformation are attributed more to the persecutions of schismatics and heretics than to the diversity of faith among men. Therefore, from a pragmatic point of view, intolerance is regarded as more dangerous to social order than tolerating speech that is allegedly false or pernicious. At worst, tolerance would be a minor evil, a way to replace the power of the sword with "a form of hospitality"³⁹, giving peace a better chance.

The inability to submit human mind and the danger of violent resistance are reasons for political prudence against intolerance. In *L'età Del Diritti* (The Age of Rights), Norberto Bobbio claims that there are some noble reasons for tolerance. Tolerance implies exchanging methods of force by techniques of persuasion as a way of resolving conflicts; also, tolerance is an inherent necessity to the very nature of truth, which is not one and has many faces; and tolerance expresses our respect for others through the recognition of every man's right to believe according to his own conscience⁴⁰. Thus,

³⁷ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 314-315.

³⁸ LOCKE, John. **Carta Sobre a Tolerância**. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 92-93.

³⁹ TINDER, Glenn. **Tolerance and Community**. Columbia: University of Missouri Press, 1995, p. 237.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 208-210.

tolerance is not only convenient but the one option consistent with democratic governments, the search for truth and individual autonomy.

8. CONSTITUTIONAL NEUTRALITY

When freely speaking is a way of engaging in political life, of deepening, questioning and innovating our comprehension of the world, of expressing mental states, such as beliefs and feelings, or of indirectly educating individuals for tolerant behavior in social relations, speech is deemed valuable and worthy of protection just for performing a role by which free speech is cherished. So, the logical implication is this: the constitutional safeguard of freedom of speech is neutral as to the content of the speech, or the content of ideas.

The principle of neutrality means that a message has expressive value whatever the topic in question is. Any subject is worthy of being addressed: abortion, reincarnation, sodomy, Marxism, revolution, death penalty, adultery, and witchcraft. There are no proper and improper matters. There are no taboos. Also, having expressive value does not depend on the viewpoint. Being in favor (pro-choice) or against (pro-life) abortion makes no difference. Besides, saying something with expressive value does not depend on sounding good to others or being politically correct. It is allowed to spoil modesty, to challenge the unquestionable, to confront the dominant ethics. People are not confined only in sympathetic, condescending, virtuous, traditional opinions, nor only do have to speak with elegance and softness. Moreover, having expressive value does not require speech to be reverent to authorities or allied to government interests.

Constitutional neutrality leaves no room to distinguish between accurate and erroneous theories, intelligent and stupid comments, fair and unjust claims. In the eyes of third parties, lay people, scholars or authorities, some version of history may seem inexact, and the criticism of a literary work may sound unfounded. A religious feeling might seem foolish, an appeal for political reform might seem baseless. However, acceptance and receptivity are not conditions for protecting speech. The quality of what somebody says is undoubtedly a relevant predicate in science, philosophy, and religion. Constitutional law, however, does not separate in value the clever and the silly thinking. Freedom of speech indiscriminately values any speech compatible with the foundations of its protection. Provided that, however fragile, vulgar or unpleasant, speech is contained within the limits that allow it to be achieved by the underlying reasons of protection, it has expressive value.

If such a simple implication were not so neglected, some state judges in Brazil would not have done too much to ban the so-called Marijuana March in 2008. It was no more than a demonstration against anti-drug legislation, expected to occur in several capitals of the country. The value of the speech had nothing to do with the merit of the

ideas. Whether or not the protesters were right or wrong and had or not a good cause did not matter at all. The only thing that counted is that they were citizens using their freedom to criticize legal canons and ask for new ones.

By the way, there is no difference between protesting against making marijuana use a crime and the law that imposes a tax, or that prohibits the naked in public. Somebody could argue that advocating drug release is tantamount to inciting a break of the law, and the adoption of criminal conduct. Nevertheless, it is an unfortunate mistake to confuse an appeal for changes in the law with a stimulus to break the law. Protesting the anti-drug law is not smoking or inciting smoking; it is only expressing beliefs and desires in harmony with free speech justifications. So obvious, the Supreme Federal Court reversed those injunctions, asserting that “the mere proposal of decriminalization [...] is not to be confused with the act of incitement to commit the crime, or with the laudation of the crime, since debating criminal abolition of certain punishable conduct can (and should) be carried out rationally, with respect among interlocutors, although the idea, for the majority, may be considered strange, extravagant, unacceptable or even dangerous”⁴¹.

Constitutional neutrality hugely spreads the scope of free speech. Under democratic perspective, for example, even ideas tending to sound degrading will be sheltered. Hypothetically, if before a bill about to pass in parliament supporting same sex marriage someone asserts that it is a shame to have the government encouraging “unhealthy and indecent unions”, the message would be covered no matter the sexual prejudice it holds. Enacting legislation is the most genuine product of political agency. In a democracy, if some can argue in favor, others can argue against because all are equal in the right to choose a side and to speak about no matter the greater or lesser respectability of what they think and say. Since speech does not go beyond opposition to a legislative act, it is valuable and irrepressible.

Similarly, tolerance justification is not only applicable to the good and fair speech of minorities and dissenters against interests and practices of majorities and conservatives, which are considered backward and nefarious. It gives perhaps particular value to extremist thinking, one that almost any of us perceive as immoral and racist. A man’s comment in an interview that he hates blacks, Muslims and Jews could be the case. However, if freedom of speech intends to promote tolerance, the protection of extremism best meets such scope because it has higher symbolic significance and pedagogical utility. It is easier to live with the speech of minorities and dissidents when the content is politically correct. Nevertheless, the profound meaning of tolerance only becomes accessible before the shocking and scandalous thought. To form a tolerant

⁴¹ ADPF 187. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2014. Available at: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098436&ext=.pdf>. Access: October 2018.

society, which does not yield to the temptations to criminalize ideas under the pretext of being false or dangerous, requires pressing the tolerance principle to the extreme as a rule and without allowing casuistic manipulations. Moreover, if autonomy is a right, no man should be silenced under threat of legal punishment just because what he dislikes seems ignoble.

In the hypotheses described, free speech values undoubtedly apply. In the first situation, there is a moral argument against legalizing same sex marriage; in the second, there is a confession of aversion feelings toward some groups. Made in the assertive mode (not in incitement-to-violence, truly-threatening and fighting-words contexts, for instance⁴²), these imaginary (but always possible) statements are both supported, respectively, by the values of democracy and autonomy, and indistinctly by the broader rationale of tolerance.

Examples of detestable ideas are not restricted to the terrain of prejudice. Imagine someone who publicly holds dictatorship as a superior form of political organization, terrorism as a legitimate way to fight imperialism, the natural right of man to trade in his organs, the sin of protected sex by condoms, woman's innate right to abort until the sixth month, criminal responsibility at ten years of age, the fairness of torturing war prisoners during interrogation. Even astounding, these ideas are worthy of protection in the light of free speech values.

9. FREE SPEECH AND EQUALITY

The contempt for the principle of neutrality would not only undermine the values of democracy, truth, autonomy and tolerance but would hurt a more general constitutional precept, according to which people are equal in dignity and, as such, must also be equal in respect. Even if free speech was not singular prerogative, the right to communicate ideas to others despite their content would work as an autonomous consequence of equality.

All are equal before the law, without distinction of any kind. With this traditional formula, many constitutions enunciate the principle of equality. The norm is a complex one. Its content is plural. However, there is a predominant meaning. The principle prevents the legislative power from making legal discrimination, that is, conferring some rights for some people and not conferring to others, or denying some rights for some and not refusing to others. Respecting human dignity is fulfilled, in principle, by the attribution of equal privileges and responsibilities to all.

The principle applies to every domain of human activity, profession, company, locomotion, contract, association, leisure, etc. If the statutory law demands higher education for a person to become a physician, this requirement should be extended to

⁴² See *Infra*: 10. Speech and Action.

everyone, except for reasons that may justify different legal treatment (in this case, hard to imagine). There is no difference regarding speech. If men are equal in dignity and earn the same degree of respect, restricting only some ideas instead of others would mean that those who sustain them are less worthy.

Alexander Meiklejohn linked free speech and equality in a sounding equation: “No belief or advocacy may be denied freedom if, in the same situation, opposing beliefs and advocacies are granted freedom”. Implicitly criticizing the Supreme Court’s ruling in *Schenck*, and the persecution of the Communists after the Russian revolution and during the cold war, Meiklejohn settled his formula with these remarkable words: “If then, in any occasion in the United States, it is allowable to say that the Constitution is a good document, it is equally allowable, in that situation, to say that the Constitution is a bad document. If a public building may be used in which to say, in time of war, that the war is justified, then the same building may be used in which to say that it is not justified. If it be publicly argued that conscription for armed service is moral and necessary, it may be likewise publicly argued that it is immoral and unnecessary. If it may be said that American political institutions are superior to those of England or Russia or Germany, it may, with equal freedom, be said that those of England or Russia or Germany are superior to ours”⁴³.

The principle of equality does not only prohibit the legislative power from denying some persons the right to profess specific ideas out of disagreement and contrariety while guaranteeing others the right to say the opposite. It binds all public powers. For the judiciary, equality takes the form of a duty to invalidate viewpoint discriminations established by statutory law and prevent people from being silenced, imprisoned and held accountable. When legislative power yield to inquisitorial pressures of majorities or influential organizations, the courts must stop the course of intolerance and guarantee the benefits of equality without distinction of ideas.

It is true that equality is not totally closed for legal differentiations. Sometimes, granting some people the rights denied to others is indispensable to compensate unfortunate situations and to balance opportunities. It might be said that it is the case when the law reserves a percentage of vacancies in public service to the disabled. Other times, the denial of rights granted to others is permissible based on the logical correlation between legitimate objective and the factor of distinction. It is possibly the case when the law sets a minimum age for entry into the armed forces, where retirement takes place early, and youth and excellence of physical condition are requirements for doing a good job in the field for the most time possible.

⁴³ MEIKLEJOHN, Alexander. Testimony Presented Before the Subcommittee on Constitutional Rights, United States Senate Committee on the Judiciary (1955). In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 771-772.

Discriminating speech does not fit into either perspective. To promote equality in fact, government does not need to criminalize and suppress the thought it dislikes or diverges from. Ensuring that poor or black students have better opportunities in life does not depend on outlawing speech, but rather may be attempted through the adoption of affirmative programs such as support for the family and pregnant woman since prenatal care, breastfeeding control, free enrollment in kindergartens and school meals, permanent qualification of elementary education and, perhaps temporarily, granting scholarships and setting quotas in universities. It is not indispensable to silence and punish those who have non-egalitarian views of society.

10. SPEECH AND ACTION

Beyond democracy, truth, tolerance, autonomy and equality, there are at least two additional reasons for protecting speech. First, in general, speech contains lower degree of danger compared to actions (*i.e.*, non-communicative actions, like driving or shooting), at least in the short run. So, there is no need to subject speech to the same rigid controls. Speech is the kind of human activity most compatible with full liberty. It is not by chance that most civil and criminal offenses concern to actions, not speech, as in the cases of physical assault, bank robbery, kidnapping, attempt to commit murder, speeding, drunk-driving and so on.

It is more dangerous firing a weapon toward an adversary than just announcing enmity feelings. It is more dangerous to regiment guerrillas and set fire to the government headquarters than presenting a lecture on the morality of the Marxism. Therefore, violent actions are usually more problematic than speech. Before actions, the time to react is slight, the chances of defense are reduced, brutality is often physical, material, and evils tend to be intense and, above all, immediate. Police response requires promptness and perhaps violence. There is no margin for tolerance. Criminal punishment must be strong enough to be exemplary. Here is a set of effects and demands that could hardly apply to something just said or written.

According to Edwin Baker⁴⁴, the shrill voice breaking a crystal cup is an aberrant example, and also something that does not even match with the usual notion of what speech means. The sound shattering the glass is, strictly speaking, pure physical force. Surely, speech is not always inoffensive. It is an exaggeration to say that “sticks and stones can break my bones, but names will never hurt me”. However, in most cases, this is a suitable metaphor.

The lesser capacity to produce immediate and irreversible effects is not a final reason for protecting speech. Yet, it helps to justify the difference between actions and speech regarding to the respective legal treatment. Actions are significantly repressed

⁴⁴ BAKER, Edwin C. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 55.

while speech is significantly protected. Once the potential to injure is lower, punitive interventions are less needed. Tolerance is possible, and, in principle, bad ideas can be counteracted with good ideas. There is time to react through debate and instruction without resorting to relentless methods of force.

Using force to counter bad ideas is not just pointless, but also something misplaced. Bad actions often violate the rights of others. In a theft, for instance, there is a violation of property right; in a homicide, of the right to life; and in default, of the right to receive the payment in the due date. Conduct reprehensibility stems precisely from damage to the protected legal good. Exceptionally, when the action is committed by a person with a mental health condition, is imposed as a means of defense or is associated with a fortuitous event, the illicitness disappears because there is no connection between a reprehensible conduct and the injurious result.

Something different happens with speech, especially having in mind the assertive type⁴⁵, that is, statements of facts and values that the speaker sincerely believes to be true or correct and intends to be taken as such by the listeners. Even when the content is shocking, asserting something never implies violation of anyone's right, but rather it means the use of one's own right to assert it. As to other kinds of speech acts, such as the directive (orders, requests, advices, etc.) and the commissive (promises, oaths, etc.), the same thing generally occurs, although not always.

Having a right is to be able to demand something from someone (an object, an action, an omission, etc.); having a right violated means that someone didn't do what was demandable. But if John thinks and says, hypothetically, that it is morally justifiable to fight the bourgeois society, or if John feels and says he hates Jews for having killed Jesus Christ, John won't be violating anyone's right simply because no one has the right to demand from him to think or to feel otherwise. His opinions and his emotions may be bad, but they do not cause an illegal harm to anybody. On the contrary: it is John's own right to express what he believes and feels. If John believes and says that only 50,000 Jews died during the holocaust or if John joins a demonstration in favor of abortion legalization, again John won't damage anyone's right because no one has the right to demand from him to believe in another version of history or to embrace another political cause. The version can be fragile and ridiculous, and the agenda may seem immoral and impious; however, they are not illicit.

Therefore, speech differ from actions because it tends to be less unsafe and not to violate rights. It is neither needed nor proper to subject both to the same inflexible canons. There is a fine-tuning between the nature of speech and the possibility of freedom. The antidote to evil thinking should not be the speaker's enforced silence or

⁴⁵ On the taxonomy of speech acts, see: SEARLE, John R. **Expression and meaning**. New York: Cambridge University Press, 1981, p. 1-29.

penalty, but the counter-coupling of freedom itself. As Louis Brandeis once wisely said: *"the fitting remedy for evil counsels is good ones"*⁴⁶.

It must be said, on the other hand, that speech loses value when it implicates deliberate and detrimental consequences to other's man rights. That's what happens when we are before communications like the false cry of fire in a theater causing panic in the crowd, among many others sorts of wrongdoings *made with words*, such as an intentional false report of a crime, agreements to commit a murder, bullying, harassment, slander, threats to get sexual intercourse, encouragement of suicide, etc. Here, as earlier noted, there is more action than speech. It's in fact the case of *doing evil things to someone by saying*, not of *only saying something evil*⁴⁷, and it is expected that protected rights will be violated, such as the right everyone has of not being falsely reported as a criminal or terrified to make unwanted sex.

In hate speech cases, by the way, it is critical to distinguish. One thing is to state, assertively, for instance, that "life was better when blacks and whites were separated". No one has the right to demand a different view, and free speech values apply. But there are some quite different scenarios. The first is hateful incitement: when someone directly asks the listeners to take illegal, imminent and harmful actions against a person or a group based on prejudices of race, religion, origin, gender or sexual orientation. The second is hateful threat: when someone threatens to take illegal and harmful actions against a person or a group with the intent to cause fear and terror on the same basis. The third is hateful insult: when someone, mostly in a face-to-face encounter, utters racist epithets against a person with the only purpose of wounding, humiliating or provoking a fight. Again, these are cases of *doing evil things to someone by saying*(inciting, threatening and humiliating or provoking a fight), not of *only saying something evil*. Accordingly, rights will be certainly hurt, and free speech values are hardly reachable.

11. CONCLUSION: AN ENLIGHTENING CASE

Considering all things together, the common understanding is that government is forbidden to repress speech on a content basis. Content-based limitations are mainly those which prohibit and punish speech because of the supposed untruth or wrongness of the message. What generally happens in this case is that the government disbelieves what the speaker believes, that is, the government does not accept as true the proposition that the speaker takes as so.

⁴⁶ Whitney v. California. **Supreme Court of the United States**. 274 U.S. 357 (1927).

⁴⁷ The distinction between *only saying* and *doing by saying* in the hypotheses we are considering here has a clear connection to Austin's theory of illocutionary acts, especially with the distinction between constative and performative categories. According to Austin, the "performative-constative distinction" is "a distinction between doing and saying". See: AUSTIN, J.L. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 47.

There is an enlightening case. In 1959, the US Supreme Court faced an episode regarding a forbidden film. It was *Lady Chatterley's Lover*, a movie adaptation of D. H. Lawrence's novel. The story is about Constance, a young woman whose husband Clifford Chatterley becomes paralyzed and sexually incapacitated. Constance lives the frustration of a conjugal relationship in which soul and body conflict. Married to an impotent aristocrat, she gets involved with an employee and commits adultery. The ardent moments of lovers' intimacy are the plot highlights.

New York State law conditioned cinematographic exhibits to prior permission of its education department. Under the original wording, the law provided that the license should not be granted if the movie, in whole or in part, was obscene, indecent, immoral, inhuman, sacrilegious or was of such a nature that its display tended to corrupt the moral or incite crime. An amendment was later added to clarify what the word *immoral* and the sentence *tended to corrupt the moral* meant. According to the amendment, a movie would be immoral and susceptible to corrupt morality when its dominant purpose or effect was erotic or pornographic; or when exposing acts of sexual immorality, perversion or lust, or when expressly or implicitly presenting such actions as desirable, acceptable or appropriate standards of behavior.

Lady Chatterley's Lover distributor submitted the tape to the responsible division. The license was denied. The movie could only be shown if three scenes considered immoral were deleted. It did not take care of mere restriction of children and teens access. It was a total prohibition even for the adult audience. There was an appeal to another administrative instance, but it was unsuccessful. Even worse: the denial was kept but on a broader basis. The problem was not the three separate scenes, but the whole movie was immoral under the law because presented adultery as desirable, acceptable, and appropriate. The case came to courts. The Court of Appeals in the State of New York was divided and reformed a lower court decision that favored the distributor and backed the administrative refusal of the license. According to the prevailing opinion, the prohibition suited the legislation purpose because the movie's matter was adultery presented as right and desirable for certain people under certain circumstances. Thus, the litigation reached the Supreme Court.

The case was decided in favor of the producers thanks to the content-based motivations behind the ban. The license was denied on the sole ground of being immoral the condescending exposure of an adulterous relationship. The reason was not that the movie incited adultery. An argument like this probably would not work in the face of the American constitutional legal doctrine at the time. In *Whitney v. California*, the Supreme Court had previously suggested that abstract advocacy of illegal conducts does not constitute incitement. Incitement is something like a speech intentionally intended to lead the audience to an unlawful activity that is likely to occur immediately. *Lady Chatterley's Lover's* ban was based only on the supposed immorality of the adultery

justification. According to authorities, the movie presented adultery as desirable, acceptable, and appropriate for certain people under certain circumstances, and that was immoral. This is a fair illustration of content-based censorship and viewpoint discrimination. One could believe and speak bad things about adultery, but not good ones.

Justice Potter Stewart wrote the Supreme Court's opinion. He wrote initially: "What New York has done, therefore, is to prevent the exhibition of a motion picture because that picture advocates an idea – that adultery under certain circumstances may be proper behavior." He further added: "It is contended that the State's action was justified because the motion picture attractively portrays a relationship which is contrary to the moral standards, the religious precepts, and the legal code of its citizenry." Then, he concluded: "This argument misconceives what it is that the Constitution protects. Its guarantee is not confined to the expression of ideas that are conventional or shared by a majority. It protects advocacy of the opinion that adultery may sometimes be proper behavior, no less than advocacy of socialism or the single tax. And in the realm of ideas it protects expression which is eloquent no less than that which is unconvincing"⁴⁸. A short ruling that corroborates the principle of neutrality: government may not censor speech just because its agents do not like or diverge from it, whether they are legislators, administrators or judges.

Potter Stewart could have argued that *Lady Chatterley's Lover* is a fiction work, and it does not necessarily contain a value judgment on adultery, that it is just a narrative, a description of some possible human experience. He could have questioned the conclusion that the story meant to support lovers' conduct. However, if Potter Stewart moved in that direction, he would not face the critical question under examination, whether the government is entitled to forbid an opinion just because it is contrary and discordant to the one it prefers, the only one that is deemed compatible with the desirable moral. Potter Stewart examined the case validating the assumption that *Lady Chatterley's Lover* did indeed contain a supportive message about adultery. Doing so, the US Supreme Court protected the opinion despite its content.

Somebody who asserts that adultery is sometimes acceptable holds a point of view, a moral opinion on human behavior. He or she states a point that may influence marriage legislation. He or she takes a side before a question that does not have a unique, and inescapable answer. He or she speaks his/her mind, maybe opening a contest that, locked in the ring of ideas, educates for civilized coexistence. *Lady Chatterley's Lover's* proscription infringed *the right to say no matter what* without fearing censorship or punishment and contradicted the cardinal values by which free speech is rightly guarded: democracy, truth, autonomy, tolerance, and equality.

⁴⁸ Kingsley International Pictures Corp. v. Regents of the University of the State of New York. **Supreme Court of the United States** 360 U.S. 684 (1959).

12. REFERENCES

- AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- BAKER, Edwin C. **Human liberty and freedom of speech**. New York: Oxford University Press, 1989.
- BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006.
- BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLLINGER, Lee C. **The tolerant society**. New York: Oxford University Press, 1986.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. New York: Aspen Publishers, 2006.
- DERSHOWITZ, Alan M. **Shouting fire: civil liberties in a turbulent age**. Little, Brown and Company, 2002.
- EMERSON, Thomas I. **Toward a general theory of the First Amendment**. New York: Random House, Inc., 1966.
- ESPINOSA, Baruch de. **Tratado político**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- FALLON, Richard H. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge University Press, 2004.
- FISS, Owen M. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- FRIED, Charles. **Saying what the law is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- GREENAWALT, Kent. **Fighting words: individuals, communities, and liberties of speech**. New Jersey: Princeton University Press, 1995.
- GREENAWALT, Kent. **Speech, crime, and the uses of language**. New York: Oxford University Press, 1989.
- LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007.
- LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Lisboa: Edições 70, 1987.
- MEIKLEJOHN, Alexander. **Political freedom: the constitutional powers of the people**. New York: Oxford University Press, 1965.

MEIKLEJOHN, Alexander. Testimony presented before the Subcommittee on Constitutional Rights, United States Senate Committee on the Judiciary (1955). In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006.

MILL, John Stuart. On liberty. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006.

SEARLE, John R. **Expression and meaning**. New York: Cambridge University Press, 1981.

SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review**. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1966.

SCHAUER, Frederick. Free speech: a philosophical enquiry. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. St. Paul: Thomson West (American Casebook Series), 2006.

TINDER, Glenn. **Tolerance and community**. Columbia: University of Missouri Press, 1995.



Anti-racism legislation in Brazil: the role of the Courts in the reproduction of the myth of racial democracy

Legislação antirracista no Brasil: o papel das Cortes na reprodução do mito da democracia racial

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO ¹, *

¹ Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
martarodriguezmachado@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8924-089X>

MÁRCIA LIMA ^{II}, **

^{II} Universidade de São Paulo (Brasil)
mrlima@usp.br
<https://orcid.org/0000-0003-2923-8445>

NATÁLIA NERIS DA SILVA SANTOS ^{III}, ***

^{III} Universidade de São Paulo (Brasil)
nerisnatalia@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3449-813X>

Recebido/Received: 06.11.2019 / November 6th, 2019

Aprovado/Approved: 29.11.2019 / November 29th, 2019

Abstract

The goal of this paper is to analyze Brazilian anti-racism law in practice, assessing judicial response to cases of racial stigma and insult. We analyzed over 200 cases from 9 Brazilian states involving racial insults and racial disparagement in Brazilian courts of appeal. We find that the

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação da legislação antirracista brasileira, por meio de decisões judiciais em casos de estigmatização racial e insultos. Analisamos mais de 200 casos de insultos racistas e depreciação nos tribunais de justiça brasileiros. Descobrimos que o judiciário tende

Como citar esse artigo/How to cite this article: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; SANTOS, Natália Neris da Silva. Anti-racism legislation in Brazil: the role of the Courts in the reproduction of the myth of racial democracy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 267-296, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.70080.

* Professor at the Getulio Vargas Foundation School of Law (São Paulo-SP, Brasil) and Senior Researcher at the Brazilian Center of Analysis and Planning (CEBRAP). PhD, Master of Laws and Bachelor of Laws degree from the University of São Paulo. E-mail: martarodriguezmachado@gmail.com.

** Professor at University of São Paulo (São Paulo-SP, Brasil) and Researcher at the Center for Metropolitan Studies at the Brazilian Center of Analysis and Planning (CEM - CEBRAP). PhD from the Federal University of Rio de Janeiro. E-mail: mrlima@usp.br.

*** PhD Candidate at University of São Paulo (São Paulo-SP, Brasil) and researcher at the Law and Democracy Center at CEBRAP. Master in Law and Development at the Getulio Vargas Foundation School of Law. E-mail: nerisnatalia@gmail.com.

judiciary tends to downplay the importance of insult and stigma, often dismissing cases or lowering penalties. This judicial treatment conflicts with the evidence that racial insults are prevalent in society and serve to maintain racial hierarchies. While the judiciary appears to be enforcing anti-discrimination law, the actual decisions show that the legal system fails to recognize and deal with the real dynamics of Brazilian racism thereby reinforcing the myth of Brazil racial democracy.

a minimizar a importância de insultos e estigmas, com julgamentos de não provimento de recursos ou diminuindo sanções. Esse tratamento judicial conflita com as evidências de que insultos raciais são prevalentes na sociedade e servem à manutenção de hierarquias raciais. Enquanto o judiciário parece estar promovendo a aplicação da legislação antirracista, as decisões de fato mostram que o sistema jurídico falha no reconhecimento e no enfrentamento das reais dinâmicas do racismo brasileiro, reforçando o mito da democracia racial brasileira.

Keywords: anti-racism legislation; Brazil; courts; racial democracy; racism.

Palavras-chave: legislação antirracista; Brasil; cortes; democracia racial; racismo.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** Stereotypes and racial insult; **3.** The disputes for the creation of an anti-racism legislation in Brazil; **4.** The dilemmas of enforcement: what happens when racism reaches the Courts; **4.1.** Racial insult as the main issue arriving to the Judiciary; **4.2.** The procedural way out; **4.3.** When the judge analyses the merits of the case; **5.** Conclusion: how Courts fail to recognize Brazilian racism; **6.** References.

1. INTRODUCTION

The purpose of this article is to analyze how the legal mechanisms to combat racism are operating in Brazil and to highlight some of their main obstacles considering the social dynamics of stigma and racial insults. It analyzes the application of the anti-racist criminal legislation by the Courts, based on data from an empirical research conducted from 1998 to 2010 in Courts of Justice of 9 Brazilian states. Our argument is that there is a difficulty in reconciling the categories of the law and the way in which they are being interpreted by the Courts with concrete dynamics of race relations in which subtle acts of discrimination and the use of racial insults prevail in everyday situations. For this reason, the Brazilian justice system fails to communicate the blameworthiness of a large number of racist conducts that pass through it. This has a perverse effect in so far as it denies these racist acts making them invisible and in turn reinforces the racial democracy myth.

As is widely known, conceptions regarding race as well as its hierarchy's date back to the 19th century, the period in which a scientific doctrine was utilized to biologically explain social differences related to racial categories. Although the scientific legitimacy of this idea regarding race has fallen into disuse, the mechanism of legitimization of hierarchical differences between races persists relying on other ideologies, with racial stereotypes being the main mechanisms in the maintenance of this ideology¹.

¹ BANTON, Michael; MILES, Robert. Racism. In: CASHMORE, Ellis. **Dictionary of Race and Ethnic Relations**. 3. ed. London/New York: Routledge, 1994, p. 309.

Thus, we can still talk about racism in reference to any form of explanation and justification for differences, preferences, privileges and inequalities between human beings, based on the idea of race, culture, or ethnicity. The word racism refers to doctrine or ideology that sustains inequality, but also to practices and mechanisms that operate at the individual and societal level to maintain disadvantage of certain groups from an economic, political, social and cultural perspective. These mechanisms - that are reproduced daily - act by the systematic undermining of certain characteristics of individuals, by maintaining their low self-esteem and by reproducing prejudice in relation to them².

In the face of diverse manifestations of this phenomenon, an attempt to address racism through law involves decisions on what do we want to be addressed by the legal system. Legal systems can deal with racism in different ways and with a variety of consequences. Racism can be read in different levels – collectively, institutionally or individually; through different public policies rationale (individual responsibility, collective responsibility, structural changes, affirmative action) and it can mobilize different areas of the legal system (constitutional law, torts, criminal law etc). Legal categories also differ. While in countries like the USA the category of hate speech seems to be articulated more broadly³, without losing a disputable nature⁴. In Brazil, the legal conceptual battles are dealing with the concepts of *racism*, *racial discrimination* and *racial insult*, mainly articulated through individual criminal liability. Individual criminal liability depends on the process of interpreting and applying criminal law, criminal procedural law and the general criteria developed by legal doctrine to consider if an individual's conduct is a crime (legality, intent, negligence, blameworthiness). One of the aims of this article is to show that the interpretations judges offer about criminal procedural norms, standard of proof and intent will make the difference in the reach of an anti-discrimination policy. Subsequently, it will define what will be considered racism or not according to the Brazilian legal order.

Brazilian anti-racism policy has been guided primarily based on criminal laws for quite a long time. The first anti-discrimination law was sanctioned in the 1950s (Afonso Arinos Act). The subject gained constitutional status in 1988, was regulated in 1989 by means of the Caó Act and has undergone some amendments since then. The history of this legislation, however, is permeated by dissatisfaction with its application and the persistence of racism in Brazilian society is viewed as evidence of its inefficacy.

In the following sections, we will explore the mechanisms of racial stigma and the sociological role of racial insults in Brazilian society (2). Later on, in addition to

² GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Preconceito e discriminação**: queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil. 2 ed. Editora 34, 2004, p. 215-217.

³ DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Understanding words that wound**. Boulder: Westview Press, 2004.

⁴ BUTLER, Judith. **Excitable Speech**: A politics of the performative. New York, London: Routledge, 1997.

presenting a brief history of anti-racism legislation (3), we analyze cases of racism that went to the Brazilian courts and their results (4). Understanding the rationale of the Law and the judge's interpretations of it and confronting them with the social mechanisms of operation and reproduction of racism will enable us to come to some conclusions about the inability of the justice system to recognize the dynamics of Brazilian racism.

Although we will not discuss all aspects of Brazilian racial dynamics in this text, we want to note that this diagnosis of the justice system's low performance in the enforcement of anti-racism legislation happens in a more general environment where racial inequality is reproduced. There are also other intersections of the justice system and structural racism that we will not address now, such as the selectivity of the criminal law system, racial police profiling, police brutality etc. On the other hand, we also want to acknowledge that to understand the persistence of racism and the reality of brutal racial inequalities in Brazil we should not only bear in mind the flaws in the implementation of anti-racism legislation, but also criticize the design of the public policy itself. In the last section (4), we will briefly reflect on the limitations of the punitive model.

2. STEREOTYPES AND RACIAL INSULT

Stereotypes and racial insults are mutually reinforcing and are an effective mechanism that explains the persistence of racial inequality in daily life. The performativity of racist discourse is described by Butler as the following⁵:

Racist epithets not only relay a message of racial inferiority, but that 'relaying' is the verbal institutionalization of that very subordination. Thus, hate speech is understood not only to communicate an offensive idea or set of ideas but also to enact the very message it communicates: the very communication is at once a form of conduct

In this sense, as we will describe in this session, while stereotypes justify subordination, racist discourses reinforce the available racial stereotypes with a performative effect - it proclaims racial inferiority at the same time in which it exerts the effect of subordination.

Stereotypes are elements of differentiation and, therefore, create identity by contrast⁶. The possession of an attribute becomes a differential in terms of the expectations and compromises of an individual's everyday relations with those considered as "normal". In terms of its racial aspect, stigma is symbolic, considering the fact that skin color is neither a physical disability nor a scar. The individual "racially" stigmatized is, in Goffman's terms, discredited, with a characteristic that evidently and immediately marks them⁷.

⁵ BUTLER, Judith. **Excitable Speech**: A politics of the performative. New York, London: Routledge, 1997, p. 72.

⁶ LIPPMANN, Walter. **Public opinion**. New York: Harcourt, 1922.

⁷ ERVING, Goffman. **Stigma**: Notes on the management of spoiled identity. New York: Simon & Schuster Inc, 1963.

Racial stereotypes operate in the construction of a racialized place in Brazilian social structure, acting as a stigma. Although the construction of racial stereotypes is present regardless of the social position occupied by black individuals, it is important to understand how it interacts with class and social spaces. Nogueira⁸ developed a study that demonstrates how racial stereotypes have influenced black people's access to jobs. In this study the author sent job applications to more than two hundred advertised jobs. The interviewees felt that the preference for white employees was "very natural". The majority of responses involved negative remarks about blacks to justify their choice. Fear of being robbed by blacks, stereotyping them as having a lack of hygiene, disobedience, indiscipline, inadequacy in dealing with children, bad smell and laziness were some of the justifications cited. Appearance was also used considerably as a justification for not choosing black candidates such as the response that whites are chosen "because when serving at the table, a white person looks better". For those who preferred employees of color, stereotypes also remained present. The justifications were that blacks are more obedient and obliging in their duties, are stronger, more submissive and have simple needs.

Lima⁹ showed how racial stereotypes reflect the social positions of black people in Brazilian society, with powerful consequences in the labor market. They operate to determine in which fields black people can achieve recognition and success - in general, as artists, musicians and soccer players. What are the areas of employment in which they are "prohibited?" Racial stereotypes operate to strengthen a type of mobility and demarcate the space where blacks can stand out while also reducing the range of possibilities to be occupied by these individuals. The "place" of blacks in the labor market is characterized by less prestigious occupations, low schooling and low income, with jobs that historically focus on domestic work for women, and on manual labor for men.

Racial stereotypes limit the social and economic possibilities for black people at the same time feeding on existing prejudice and reinforcing it. The social representations of blacks as not qualified, lazy, disorganized, violent, dirty, animals, criminals are mostly inherited from slavery and define the social imagination of both whites and blacks and justify the exclusion of blacks from certain social and professional positions.

Other studies have sought to more profoundly examine how racial stereotypes intertwine with situations of racial discrimination. The classic Oracy Nogueira's investigation, written in the 1950s, developed a comparative analysis of the system of color classification in Brazil and in the United States. A highlight of his comparison is the distinction between prejudice of mark and prejudice of origin. The first, which prevails

⁸ NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco**: estudo de relações raciais. São Paulo: T.A. Queiroz, 1985.

⁹ LIMA, Márcia. **Serviço de branco, serviço de preto**: um estudo sobre cor e trabalho no Brasil urbano. 2001. Tese (doutorado em sociologia) – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia, IFCS-UFRJ, Rio de Janeiro, 2001.

in Brazilian society, refers to physical phenotypic characteristics; the term color is used more than race, the acceptance of appearance is marked by a gradient of color based on being lighter or darker. The second type of classification, typical of American society, would be marked by the “one drop rule”, less miscegenation and bipolar racial categories (black and white). His conclusions demonstrate that in Brazilian society, in which there is the prejudice of mark, the explicit situations of conflict are more sporadic, maintaining differentiation and rejection with very subjective variations. Prejudice has an ambiguous character and coexists within friendships between whites and blacks. What is formed, then, in terms of ideology, is an *assimilationist* society, which provides a greater probability of ascension to those who have phenotypes increasingly closer to whites who are the reference. In this context, we do not see clearly a segregationist ideology and a collective reaction towards racial discrimination.

Guimarães says that the absence of explicit racial segregation – what has been called both by the sociological thinking¹⁰ and by the common sense - *racial democracy* enabled the development in Brazil of a “racial etiquette” in which blacks are classified socially by explicit social markers such as color, clothing, and way of speaking and behaving, but the way blacks are treated racially is masked¹¹. Segregation also is subtle, disguising racial grounds under the idea of “good appearance”, occupational ground (“service elevators”), title of property (“private property” or “exclusive places for owners”); or is still hidden under technical or cultural motivation (school merits, preference of clientele, qualification)¹². Racism operates by means of this social etiquette as an element that restricts individual freedom in free circulation in public places, in the consumption of goods and services, in employment and in the professional arena.

¹⁰ In the sociological debate, we point to the important and influential interpretation of Gilberto Freyre’s Brazilian cultural construction of miscegenation, which he considered a positive thing. “Brazilianness” was for him conceived as a result of the productive fusion of antagonistic cultures, arranged in a hierarchy in which the opposites complement each other harmoniously. In his words, “European culture is put in contact with the indigenous, softened by African oil”. Culture was, therefore, shown as the *locus* of a resolution of antagonisms. By resolving antagonisms, this characteristic would be a great virtue, making Brazil a country where there were no racial differences because of one unified national culture making it a racial democracy - see FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 29 ed. Rio de Janeiro: Record, 1994. This idea started to be confronted by Roger Bastide and Florestan Fernandes in the 1950’s in their book *Relações raciais entre brancos e negros em São Paulo* (Racial relations between whites and blacks in São Paulo), published in 1955. Their research results challenged the image of a racial democracy, pointing to the extreme inequality that existed between white and black people. See also the classic work where he dedicates one of his chapters to criticizing the idea of racial democracy: FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1965. See also: BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Editora Anhembi, 1955.

¹¹ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 1997. Tese (livre docência em sociologia) – FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

¹² GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 1997. Tese (livre docência em sociologia) – FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997, p. 36.

More recently, since Brazilian society started to increasingly allow the presence of black people in places that historically were frequented mainly by white people, there are more cases of explicit racism than in the past. Also, the public debate about race has increased since the beginning of the 2000's when the Brazilian government started to address public policies to challenge racial prejudice and racial inequalities¹³. However, it is still difficult to see a strong collective reaction against racial discrimination.

Lamont et al.¹⁴ conducted a substantial comparative investigation in Brazil (Rio de Janeiro), United States (Chicago) and Israel (Tel-Aviv). The primary purpose of the investigation was to understand how racialized minorities responds in confronting racism. According to the authors, although Brazil and the United States present race as a primary basis of groupness, their group dynamic differs a lot: Brazilian racial groupness can be characterized as ambiguous, and the American is strong; as well as the meaning of identity is weak for Brazilians and strong for Americans. So, the image of blurred characterization of racial groups and racism is still working in comparative research. However, the study identifies that racial stereotypes work in the same way. Blacks are identified with low-class status, black men are threatening, and discrimination largely based on race are common in both countries. Gladys Mitchell-Walthour¹⁵ finds high level of black racial groupness in Salvador, Sao Paulo, and Rio de Janeiro and this group identity is largely due to experiences of racial discrimination.

Against this background, in what contexts are there racial insults? Racial insults are episodic manifestations that reproduce and reinforce racial stereotypes. They appear in two typical and opposite situations: in jokes and in conflict. While both present themselves in similar forms, with emphasis on disqualification and on the animalization of the black person, the joke is a form of "diluting" the tension without failing to mark the difference. On the other hand, racial insults that manifest themselves in situations of conflict break the pact of accommodation of racism. It is not a coincidence that conflictive racial insult situations correspond to the great majority of cases taken before the judiciary. It makes racial conflict visible and the victim is mobilized to engage the legal system¹⁶.

Understanding the context in which racial insults are uttered - both in jokes, as in the different types of conflictive situations - allows you to see beyond the meaning of words such as - animalization, lack of hygiene and morality, etc. and forces

¹³ LIMA, Marcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 87, p. 77-95, jul. 2010.

¹⁴ LAMONT, Michèle et al. **Getting respect**: responding to stigma and discrimination in the United States, Brazil and Israel. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

¹⁵ MITCHELL-WALTHOUR, Gladys. **The Politics of Blackness**: Racial Identity and Political Behavior in Contemporary Brazil. New York: Cambridge University Press, 2018.

¹⁶ In our empirical research of legal cases, we found only one case - a song with offensive lyrics - which was in a gray area between a joke and conflict.

you to examine the social dynamics that each utterance triggers. The insult performs a function in race relations. Its repetition creates a background which legitimizes the permanent discrimination and inferior position of black people. In the specific moment of its evocation, it has the strength to recreate social reality to degrade black people, reinforcing or reestablishing the defined social order.

This impetus, which becomes evident when we look more carefully at the cases and types of context in which they occur, is often disregarded in the analysis of judges who are mainly focused on the content of the offense or on the author's intention. The incomprehension of the performativity of racist discourse by Brazilian Courts, as we will see below, is expressed in the cases in which the racial aspect is disregarded to favor only the inter-subjective conflict; or in cases in which the Court does not recognize the author's racist intention.

3. THE DISPUTES FOR THE CREATION OF AN ANTI-RACISM LEGISLATION IN BRAZIL

Today in Brazil we have four kinds of behaviors defined as racist crimes: i) discrimination of treatment and refusal of assistance and access to establishments, employment or positions; ii) racial insult; (iii) the practice or public incitement (with or without using means of communication) of discrimination or prejudice which is a very open description and therefore with disputable coverage; iv) the display and circulation of the swastika. This regulation was a result of a long dispute of the Black movement trying to pass legislation and to reform the description of criminal conduct in order to give teeth to the law.

The demand for anti-discrimination legislation on the part of the Black movement in Brazil had already been expressed since at least 1945 and in a certain way, had already found some support backed by the Federal Constitution of 1946, which prohibited advertising spreading "prejudice of race and color". But the first criminal anti-racism law was motivated by an episode that gained international attention, when the American ballet dancer Katherine Dunham was not allowed to stay in a hotel in Rio de Janeiro because she was black. Soon afterwards, in 1951, Law no. 1390 was approved, given the name of the congressman that had proposed it - Afonso Arinos.

The Afonso Arinos Act classifies as misdemeanors a series of discriminatory conduct: a refusal by commercial establishments, educational establishments, leisure establishments, sports, restaurants or accommodation to assist or serve a customer due to prejudice against race or color; inhibit access to employment in a public or private company due to prejudice against an individual's race or color; inhibit access to a job in the civil service or the armed forces due to prejudice against an individual's race or color. In

Brazil, misdemeanors are considered a less important offense than a crime, punishable with a fine, loss of job or simple prison sentence, ranging from 15 days to 1 year.

The episode involving the ballet dancer and the new law had an ambiguous reaction amongst black militants: there were those who considered the law a victory – which would oblige whites to accept, albeit coercively, black people in their establishments – and others that saw it as a merely symbolic measure impossible to be applied against the dominant classes, which sought only to not address the struggles and social demands of black people¹⁷.

Moreover, the criticisms about the effectiveness of the application of that law were continuous. A few years after its promulgation, it was said that nobody had ever been arrested on the basis of it and questioned the difficulty of proving prejudice. In employment advertisements, for example, the requirement of “good appearance” invariably referred to the non-acceptance of black candidates, but such masked prejudice was not detected by the justice system. Among criticisms of the law, it was pointed out that the conduct described therein were very specific and did not reflect the discriminatory practices and that the fact that the discriminatory act is considered a criminal misdemeanor, and not a felony minimized its severity¹⁸.

The distance between legal mentions to formal equality - maintained also in the military Constitution of 1964 - and the reality of race relations in Brazil began to be more strongly denounced with the articulation of the Black movement at the end of the 1970s with the re-democratization of the country and the emergence of the *Movimento Negro Unificado* (Black Unified Movement). In 1979, the Black Unified Movement held the symbolic burial of the Afonso Arinos Act, denouncing its inefficacy¹⁹.

There were a number of reports of the inefficiency of the law and of people who suffered discrimination and found no support from the justice system. One important black activist was Abdias Nascimento who in a draft bill sought to revoke the Afonso Arinos Act and forecasted racism as a crime against humanity is emblematic in this sense²⁰.

The Afro-Brazilian community has been crying out, for many years, for the withdrawal of the so-called Afonso Arinos Act, i.e. Law no. 1.390/51, and its replacement by a legal

¹⁷ FULLIN, Carmen Sílvia. **A criminalização do racismo: dilemas e perspectivas**. 1999. Dissertação (mestrado em Sociologia) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

¹⁸ NASCIMENTO, Abdias do. **Combate ao racismo: discursos e projetos**. Brasília: Coordenação de Publicações Câmara de Deputados, 1983.

¹⁹ FULLIN, Carmen Sílvia. Direito e Racismo: Observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 6, n. 2, p. 21-35, 2000.

²⁰ Draft Bill 1661, of 1983, available at: NASCIMENTO, Abdias do. **Combate ao racismo: discursos e projetos**. Brasília: Coordenação de Publicações Câmara de Deputados, 1983.

device that actually punishes, as determined in art. 153, § 1, of the Brazilian Constitution, prejudice and discrimination of color and race. The present draft bill, defining such discrimination as a crime against humanity, as the Nazi anti-Judaism and the apartheid regime in South Africa were defined previously, is not only of an MP, but of the entire black community of Brazil, whose members and spokesmen unanimously agree on the ineffectiveness of the so-called Afonso Arinos Act. The first reason is an elementary simplicity: the existence of the said law in any form, from any perspective, was effective in decreasing the practice of racism in our country. Every day, we are faced with facts of discrimination and racial prejudice that never reach the courts of justice or whose processes are filed under one pretext or another or a legal subterfuge. [...] Wielding the "Afonso Arinos Act", which considers racism a misdemeanor (and not a crime, like many believe), is an expedient that the small black middle class has already abandoned - even because in over thirty years of existence (the law is from 1951), no racist has ever been condemned. In fact the "Afonso Arinos Act" does not meet our racial reality because it is absolutely unsuitable to the circumstances in which discrimination occurs in Brazil.

Based on this perception, the proposal - supported by the Black movements - tried to adopt a new law that describes the crime of discrimination, with a more generic description: "the practice of any acts or omissions which, explicitly, covertly or empirically, applies differentiated treatment, offering or causing material or moral damage to persons belonging to human groups historically subject to identification according to the racial, ethnic or epidermal color criteria." The bill also stressed that it was "unnecessary to prove the explicit statement, intentions, opinions or subjective attitudes of the offender", seeking to minimize the difficulty of proving the intention. This bill was never approved and the demand for a criminal law continued being articulated, now in the context of the National Constituent Assembly.

That moment in the history of Brazil began the possibility of communication between civil society and the State, since it is the landmark of the transition from the dictatorial regime to democracy. Different social movements sought to focus on the process of drawing up the new constitutional text forwarding its demands to parliamentarians. For the Black movement, that moment represented the possibility of addressing the State denouncing its omission in relation to the black population²¹ and presenting proposals for policies to minimize Brazilian inequalities based on race.

²¹ In 1988, year of the promulgation of the new constitutional text, various state bodies and the Brazilian media were engaged in promoting events in *commemoration* of the Centenary of the Abolition of Slavery, which the movement strongly fought by promoting acts that denounced the *farce* of abolition and the persistence of inequities in Brazilian society.

The will to influence and participate in the process of drafting a new constitution is very evident in the speech of the activist Hamilton Cardoso²² in the wake of the transition:

Until now the Brazilian Constitutions have not been more than talks between whites. The elites and the military have stuck to the old proverb: "May they, the whites, understand each other". And they did. However, things can no longer be so. The next constituent assembly will have to include, in the new social pact, the understanding of what black and indigenous people think the organization of society should be. The conversation will be democratic, multiracial and popular.

Concerning the denouncement of inequalities, Lélia Gonzalez, important black feminist leader, addressing the constituent parliamentarians during a public hearing, stated:

All who are here present have a great responsibility, especially those who actually do not defend their personal interests or those of their dominant class. To these we do not have much to say and we do not mean much, but to those who actually have a project for the construction of a fair and equal society, where the principle of equality actually materializes, to those we address, we must unite, we need to stand hand in hand. (...) we join those Constituents, those who are effectively representatives of the Brazilian people, to join us, who are sensitive to our proposals, to our denunciations, to our demands, because, I repeat, it is not with the black woman in prostitution; it is not with the black man being arrested every day by a policeman who considers him, above anything else, a suspect, it is not with discrimination in the labor market; it is not with the distorted and undignified presentation of the image of blacks in the media; it is not with pedagogical theories and practices that forget, and omit the History of Africa and of black and indigenous populations in our country, it is not with this that we are going to build a Nation²³.

As we noted, inequalities of various orders were exposed, and concerning them, demands that referred to education, health, police violence, culture, work and access to land were added to the appeal already articulated in the public sphere about penalizing racism. On this issue, what concerns us more for the purposes of this study, activists justified the need for its insertion in the text for the following reasons: the criminalization of racism would unveil the racial democracy myth in so far as it could be denounced and penalized. In addition, they believed that the denouncement

²² CARDOSO, Hamilton. Isso é conversa de branco. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 13-19, dez.1985, p. 13.

²³ SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): Um estudo das demandas por direitos**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015, p. 84.

performed systematically would fulfill a role not only of awareness of society, but also for the mobilization of blacks²⁴.

The final text of the 1988 Constitution acknowledged certain anti-racism demands – especially those more general and with less redistributive effect²⁵ – but inscribed expressly that “the practice of racism” constitutes “a non-bailable crime without statutes of limitation, subject to imprisonment”. This constitutional declaration was considered a victory of the Black movement, as we noted in the speech of the black constituent Benedita da Silva²⁶:

It was in 1988 that the expression of equality and prohibition of discrimination were most emphatic than in any other document. The historically invisible Brazilians were protagonists in the construction of the text of the Magna Carta.

The promulgation of the new Constitution performed a symbolic effect, in declaring expressly the non-acceptance of racism in the democratic social pact. Henceforth, it would be up to the infra-constitutional legislation to define what is meant by the *practice of racism* and regulate the terms of application of a criminal legislation to this issue.

This happened in the following year by means of Law no. 7.716, known by the name of the Member of Parliament (MP) who proposed it, Carlos Alberto Caó. The Caó Act has defined crimes subject to penalty of 1 to 3 years of imprisonment for conduct similar to those described by the Afonso Arinos Act which are: prevent or hinder access; refuse or prevent access to a commercial establishment, teaching establishment, restaurant, of accommodation, public transport, a place in public administration or in the armed forces; deny employment, prevent career advancement, provide differentiated treatment at work; prevent access to social entry in public or residential buildings; and prevent or hinder the marriage or family and social coexistence, due to prejudice of race or color. The new law did not address one of the main criticisms of the Black movement to the Afonso Arinos Act which was that the description of criminal conduct did not correspond to the way racism appears in society since it focuses on acts of explicit segregation while Brazilian racism operates in much more subtle ways.

²⁴ SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988)**: Um estudo das demandas por direitos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

²⁵ Like mentions to the equality principle. To check to what extent such demands have indulged in in the Brazilian Federal Constitution, check: SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988)**: Um estudo das demandas por direitos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

²⁶ Testimony of the MP during the Commemoration of 25 years of the Federal Constitution, available on: <<https://www.youtube.com/watch?v=azKNWwCbBak&feature=youtu.be>>.

The following year, this law was reformed to include the *practice, induction or incitement, by means of social communication or by publication, of discrimination of race, religion, ethnic or national origin*, under penalty of reclusion from 2 to 5 years. The proponent of the amendment affirmed that Law 7.716 was concerned with establishing the punishment for the “routine practices of discrimination of race and color”, but maintained not punishable the conduct of the “preaching, in any form, of racism and discrimination or prejudice of religion, ethnic or national origin, either through publication of any nature, whether through the spoken or televised press.”

In 1994, under the threat of the same punishment, another conduct would be introduced in the legal order as a crime: the manufacture, commercialization, distribution or dissemination of symbols, badges, ornaments, emblems or propaganda that use the swastika, for purposes of dissemination of Nazism. The author of the proposal, in his justification, points out the concern with the expansion of fascist Nazis in the country - expressly stating the *skin heads* and the *white powers* - that “adopt the undeniably racist posture when they violently put themselves in a position of confrontation against Jews, people from the Northeast region, black people and homosexuals”.

In 1997, a wider reform of the law was carried out by MP Paulo Paim, who maintains a strong dialogue with the Black movement. He kept the second above mentioned crime and changed the first excluding the requirement of dissemination in the media. The crime is then described as: “to practice, induce or incite discrimination or prejudice of race, color, ethnicity, religion or racial origin”, under penalty of imprisonment from 1 to 3 years. The use of the media becomes a more serious form of this conduct thus punished with sentences from 2 to 5 years.

The 1997 law also introduces racial insult as a crime. In fact, it creates the qualified form of disparagement, the one that *uses elements referring to race, color, ethnicity, religion or origin*, under the penalty of reclusion from 1 to 3 years. Racial disparagement brings a much more serious penalty than the general crime of “simple disparagement”, to be punished by imprisonment of 1 to 6 months. The ratio of this difference would be that a general disparagement constitutes only an offense to the dignity or the decency of a single person and the racial disparagement is a form of prejudice to the whole group. In the proposal for a legislative change, two years before, Paulo Paim pointed to the need of updating Law 7.716, “to attack impunity” and “to eliminate, in all forms possible, the public manifestation of odious prejudice”. He also refers to the need to curb practices of racism that show themselves in the form of crimes against decency, honor and dignity: “the stereotype, used very often in these behaviors, is a form of prejudice because this is a flippant, ironic, debauched expedient, with an accentuated component of contempt in describing someone”.

The changes to the 1997 law reflect the dissatisfaction already articulated in the public sphere by Black movement activists, in particular by the organization SOS

Racismo. Created in 1990, this organization has a strong presence in the legal field, offering services of guidance and legal assistance to victims of racism, in addition to developing an *advocacy* role with the Legislative bodies. Since the beginning of its operations, it began to denounce the insufficiency of anti-racism legislation in strength and the “lack of political will of the Judiciary Powers” concerning racial issues. One of its founders, Sueli Carneiro, made an assessment of the performance of the law and of the Judiciary in 1996. She points out as obstacles to the effectiveness of the law: the “precarious legal description of the crime of racism”, explaining that “the legislation available does not cover all the situations of discrimination presented to SOS Racismo, since 80% of the cases presented are not included in the scope of the current anti-racism legislation”; “the neglect as to how racial discrimination is treated in Brazil, as if it were an irrelevant subject to the Judiciary; the difficulty of obtaining testimonies and to prove acts of discrimination”; and the “interest to disqualify the crime of racism, classifying it as simple disparagement or defamation, which in our view is a way of concealing the degree of incidence of racial discrimination in Brazil”²⁷. This last point reveals the importance of racist insults as an impetus of perpetuating racism and explains the creation, in 1997, of the crime of *racial disparagement*, with a much stricter penalty than that of simple disparagement²⁸.

4. THE DILEMMAS OF ENFORCEMENT: WHAT HAPPENS WHEN RACISM REACHES THE COURTS

Based on data from empirical research performed between 1998 and 2010 in the Courts of Justice of 9 Brazilian states (Acre, Bahia, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul and São Paulo), we investigated how legislation was applied to these crimes by the Courts²⁹. We analyzed a total of 200 decisions of appellate courts - all of which were available to the public on the electronic sites of such Courts. With respect to the collection of data in the open databanks of the

²⁷ CARNEIRO, Sueli; CORRÊA, Sônia; ADORNO, Sérgio; OLIVEIRA, Eduardo H. P. de. Racismo e Discriminação. *Cadernos de Pesquisa*, n. 4, p. 59-95, Jun. 1996, p. 61-62.

²⁸ The crime of racial disparagement faces a challenge as a recent change in 2009, by means of Law no. 12.033, which did not interfere with the content but with the procedure in the judicial system. The criminal prosecution of such crimes became the initiative of the Public Prosecutor's office, on condition of the authorization of the offended party (what is called in the Brazilian system a public criminal lawsuit conditioned on representation). Until this time, it was necessary that victims interested in suing their aggressors have a lawyer (since the lawsuit was of private criminal nature).

²⁹ This work was the result of the research project “The public sphere and law in Brazil: A case study on decisions involving equality of race”, developed in the Law and Democracy Research Group of the Brazilian Center for Analysis and Planning (CEBRAP) under the scope of the broader Project “Morale, Politics and Law: Autonomy and Critical Theory”. The following researchers participated in the project - under the coordination of Marta Rodriguez de Assis Machado and José Rodrigo Rodriguez: Carolina Cutrupi Ferreira, Fabíola Fanti, Marina Zanatta Ganzarolli, Flávio Marques Prol, Renata do Vale Elias, Carla Araújo Voros, Natália Neris da Silva Santos, Gabriela Justino da Silva and Haydée Fiorino Soula.

Courts of Justice, it is necessary to clarify that not all cases effectively judged by the courts are available online. Therefore, our empirical data is based on decisions available in public databanks, although it does not refer to all of the cases judged³⁰. The selection of the 9 Courts was guided by two factors: the availability of judgments on their websites and the quality of the search engine. In addition, we sought to select Courts from different regions of Brazil in order to diversify the set of material analyzed. The longitudinal cut begins one year after the last amendment of the law. Decision-making ended in 2010, completing twelve-year coverage. Moreover, this decade was crucial for the transformations that occurred in the Brazilian anti-racist agenda that culminated in the approval of the Racial Equality Statute in 2010, which took seven years to be approved.

It is also worth noting that we are speaking of a set of decisions that have already been taken before the Courts, i.e. that have already overcome other important steps – the willingness of the victim to utilize the justice system, filing the case at a police station, the police inquiry, the Public Prosecutor deciding to sue, or the victim having access to a private attorney, and finally the elaboration of the appeal to the Courts.

This means that one cannot, from the studied set, make considerations about the representativeness of these cases in the Brazilian criminal justice system. On the other hand, although not representative, it is a relevant universe. The discoveries this *corpus* was able to provide were pertinent to our research purposes: we were interested in understanding the dynamics of law enforcement, the use of legal concepts and arguments, the obstacles and bottlenecks that operated to generate the general feeling of dissatisfaction with the law. The official data bank provided by the Courts - although incomplete and quite criticized with regard to its use for empirical research - was still able to confront us with some of the system's patterns of action, disputed issues, and the points at which the functioning of the system in the cases of these crimes proved problematic. These data thus helped us to understand the dynamics and the narratives of the Judiciary in relation to racial crimes and to clarify the criticisms that circulate in the public sphere about the enforcement of the law.³¹

³⁰ According to our interviews with people responsible for the public databanks of each Court, we discovered that the criteria for entering data into the public databases were variable or even not identifiable in some Courts. In any case, we can say that we are working with all the cases that were available on public databases. As it is a research with no quantitative pretenses, we understand that the existence of such a lack of all available data does not influence its results. For more methodological information about the construction of the corpus of the research check – MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi e SANTOS, Natália Neris da Silva. Legislação antirracista punitiva no Brasil: Uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, nº 1, p. 60-92, 2015.

³¹ Black activists have articulated various criticisms regarding the implementation of the law. Cf. SANTOS, Ivair Augusto dos. Racismo no Brasil não é criminalizado. [Entrevista concedida a] Luciana Abade. *Jornal do Brasil*, Brasília, 30 sep. 2009. Available on: <https://revistaforum.com.br/blogs/mariafro/bmariafro-ivair-augusto-dos-santos-racismo-no-brasil-nao-e-criminalizado/>. Access: Nov. 05, 2019; O RACISMO minimizado. *Correio Braziliense*, Opinião, p. 20, 13 oct. 2009. Available on: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/43505/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Access: Nov. 05, 2019; SILVA JÚNIOR, Hédio. A política de

4.1. Racial insult as the main issue arriving to the Judiciary

The first feature that calls our attention regarding the set of cases that reached the Judiciary is that these involve, in their great majority, situations linked to verbal offenses with the use of racist insults. We only found three cases in which discriminatory actions (linked to explicit difference of treatment or segregation) were discussed - a case in which the defendant refused to sell a box of matches to the victim in a commercial establishment, stating that they would not sell it to a "black son of a bitch" (*negro filho da puta*), "black thief (*criolo safado*); a case in which the father prevented his daughter from dating a black boy with death threats; and another case of refusal of employment in which the hiring had been agreed and confirmed through an acquaintance, but when the victim turned up in person she was refused the job, and the owner shouted: "Not a black girl, not a black girl" (*negrinha não, negrinha não*). This result gives strength to the Black movements' argument that Brazilian racism does not operate through explicit acts of segregation and that racial insults are more frequent.

We also found only three cases involving public dissemination of racist ideas or incitement of violence. In the first of these cases³², the criminal act consisted of the creation and distribution of leaflets in a public street, preaching the discrimination of black people, homosexuals and Jews and inciting violence. Signed by members of the group *Orgulho Branco* (white pride), the leaflets contained phrases like: "the savagery of black racists from Africa never ends"; "the Zionist manipulation of our children's minds"; "homosexuality threatens civilization, make your day better, make the life of a homosexual a living hell". The other case involved the group *White Power*, which posted more than 200 posters in public streets against quotas for blacks in universities ("today they steal your place in public universities. If you do not act now who will ensure they won't steal places in public employment examinations?"; "White Power fighting for our rights, no matter what happens"; "we must ensure the existence of our race and the future of our children")³³. In the third case,³⁴ the defendants gathered together for a pronouncement of a television program and made racist and discriminatory remarks against people from the Northeast, black people, and Jews.

All the other 194 cases related to racial insults, even if there was a dispute about how to qualify it legally - simple disparagement, racial disparagement or the practice

inclusão do negro é a penal. [Entrevista concedida a] Fernanda da Escóssia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 09 jul. 2001. Available on: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0907200113.htm>. Access: Nov. 05, 2019; SILVA JÚNIOR, Hédio. Quando a lei não sai do papel. [Entrevista concedida a] Andréa Barros. *Época*, Rio de Janeiro, 13 dec. 2010. Available on: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EMI193501-15518,00.html>. Access: Nov. 05, 2019.

³² Criminal Appeal 70012571659, Rio Grande do Sul State Court.

³³ Criminal Appeal 990.08.180555-3, São Paulo State Court.

³⁴ Criminal Appeal 202.256-3/1, São Paulo State Court.

or inciting prejudice. Although in the lower courts there was more controversy in how to legally classify a case related to racial insults, in the Courts we only found one case in which it was recognized that an insult of a racial nature would also be a form of “practicing or inciting prejudice”. All other cases were classified either as racial disparagement or as simple disparagement, and many of them ended up not being recognized as crimes, for different reasons that we will analyze hereinafter.

From the report of the decisions there are, whenever possible, transcripts of the insults from the aggressor to the victim³⁵. The association between black people and “monkeys” is the most common insult. Secondly, we find “dirty black” (*negro/a sujo/a*), “smelly negro” (*negro/a fedida*) or “pig” (*porco/a*), followed by “black bum” (*negro/a vagabunda*) or “lazy negro” (*negro/a folgada*). Another attack frequently observed is “black rascal” (*negro/a safado/a*). Black women are also associated with “bitch” (*cadela*³⁷) and have their sexuality denounced as “easy women” or “sluts” (*biscates ou piranhas*). Aesthetic attributes are also used as aggressions: “black girl with hard hair” (*negra*³⁸ *do cabelo duro*), “black girl with the curly hair” (*negra do cabelo encaracolado*), “hairy black” (*negra cabeluda*). There are also common statements used to offend with the expressions that imagine blacks as outsiders and not workers: “black man’s job” (*serviço de preto*); “black thief” (*negro ladrão*), “junkie” (*drogado/a*). In some cases, the insult is only limited to mention the race or color, assuming that its evocation alone already carries a negative content: “you black guy” (*seu preto*), “it could only be a black” (*só podia ser preto*), “little black woman” (*negrinha*).

We can see that the offensive expressions directed at black people tend to animalize them and associate them with lower standards of hygiene, aesthetics, ethics and sexuality. Racial insult is used as an instrument of humiliation whose “effectiveness lies precisely in establishing distance between the insulter and the insulted, relating them to the terrain of poverty, social anomie, of dirt and of animality”³⁹.

Some discourse intersperse insults directed to the person insulted with more general discourse about the entire group, reinforcing their hierarchy as a subordinate

³⁵ It is important to note that many decisions of appeal courts do not count on a detailed description of the facts and therefore in many cases relating to racial insults, we have not been able to access the content of the offenses. Most of the times the offenses are transcribed without citation of the original source. Thus, it is assumed that this has originated from the report given in the police report or even in the testimony of the parties and witnesses. We only considered the offenses in inverted commas, i.e. we disregarded mentions of offenses in the form of paraphrase by the rapporteur judge, so as to avoid interpretive distortions.

³⁶ We used “black” and not the literal translation of the Portuguese word “negro”, because the word in English has a much serious connotation and occupy a different vernacular place.

³⁷ The original word in Portuguese is the female name of dog which has also the component of comparison with animals.

³⁸ *Nega* is a slang for black woman usually not used in a respectful way.

³⁹ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. *Estud. afro-asiát.*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 31-48, Dec. 2000. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2000000200002&lng=en&nrm=iso. Access: Nov 05, 2019.

social group: “as the saying goes, the police, blacks, bitches and poor people are shit” (*como diz o ditado polícia, preto, puta e pobre é uma merda*), “blacks are worthless” (*negros não prestam*), “only whites should be able to enter the Military Police”, “blacks aren’t welcome here” (*lugar de negro não é aqui*), “blacks have no rights”, “blacks shouldn’t be allowed to live next door to us”. In some cases, although there are not many, there is explicit incitement to violence: “blacks should die, killing one a day isn’t much”. And in some others, slavery is evoked: “blacks are blacks and should be slaves to whites” (*negro é negro e tem que ser escravo de branco*), “the place of blacks is in the *Senzala* (slave quarters)⁴⁰” (*lugar de negro é na senzala*), “blacks should go to the *trunk of a tree*”⁴¹, because this race should not exist”, (*negro tem que ir para o tronco que esta raça não deveria existir*).

4.2. The procedural way out

In order to understand the dissatisfaction of how cases are processed by the justice system we must look at a large number of cases that are dismissed at an early stage, without even analyzing the merit of that case. The processing of cases in the first instance up to an initial decision of conviction or acquittal is not smooth sailing. In many cases, the judges do not even start the criminal lawsuit (and the cases go to the Appeal Courts to challenge this decision); in others, the defense questions its filing in the second instance⁴². In Court, the most frequent decision (29.5%) was to prevent the continuation of the case before a decision based on merit⁴³. The question of a lack of evidence is also quite relevant and is responsible for a good part of the cases in which

⁴⁰ The shared house where enslaved people lived during slavery.

⁴¹ Log in which slaves were tied to be physically punished during slavery time.

⁴² Among the decisions studied, we observed that 58.5% (117 cases) refer to criminal appeals - i.e. cases that have reached a final verdict in the lower courts and are taken before the Court by impulse of one of the parties (Public Prosecutor or Defense) with the objective of having this decision reviewed. Secondly, in 21.5% (43 cases) of the cases we have appeals in the strict sense such that all appeals made against the decision of the judge of first degree who rejected the accusation, i.e. ceased to establish the criminal lawsuit against the aggressor. Finally, with the exception of some rarer cases of appeals or proceedings brought directly to the Courts, 15.5% (31 cases) refer to habeas corpus indicted by the defense seeking to end the criminal lawsuit against the aggressor. See: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi e SANTOS, Natália Neris da Silva. *Legislação antirracista punitiva no Brasil: Uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, nº 1, p. 60-92, 2015.

⁴³ The final verdicts of the Courts had the following profile: in 15% of the cases (30) the Court decided to reject the denouncement or complaint, against 8% (16) that decided to receive and indict the criminal prosecution; in 14.5% (29) decided for the preliminary denial of the lawsuit (denial of criminality, cancellation or annulment of the lawsuit), whereas in 8.5% (17) the decision was to progress. If we add the decisions not receiving the accusation with the termination of the lawsuit we have here a significant figure of 29.5% (59 cases) in which the case did not proceed to a decision based on the merit in the lower courts. We discuss these results in more detail in MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi e SANTOS, Natália Neris da Silva. *Legislação antirracista punitiva no Brasil: Uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, nº 1, p. 60-92, 2015.

it was understood that the criminal lawsuit should not even be started (15 cases). In an important set of cases, rejection was due to a dispute over the legal qualification of the case, involving legal conducts with different tracks in the criminal justice system – racial insults (that are processed through private criminal lawsuit) or racial disparagement and incitement of racism (processed through public criminal lawsuit).

For example, conduct qualified as racist insult by the appellate court, had been qualified initially as practice or incitement of prejudice or as racial disparagement by the lower courts. The issue here is that, although the classification of the conduct is disputable, when the Court changes the qualification, it also concludes that the case should have started and followed through the justice system under a distinct procedural path. As a consequence, when the Court re-qualifies the case, it also prevents its continuation for procedural reasons – or the previous lawsuit is annulled, or the victim has already missed the time period required to initiate a private criminal lawsuit. We will not detail here all the legal and procedural issues that define the termination of the case⁴⁴; but it is important to note that the dispute for the legal qualification of the case triggers a mechanism of procedural short circuit that is largely responsible for the termination of cases of racism. The redefinition of the legal classification given to the case by the Appeal Courts– from practicing racism to racial disparagement or simple disparagement – generates at that moment an irrational result: in so far as these latter offenses are processed through the private criminal lawsuit and not the public like the first, the victim should have filed the private criminal lawsuit in the term of 6 months after the incident; as they did not, evidently because their case was already progressing within the justice system as a public criminal lawsuit, the deadline had now been missed. With the reclassification of the case by the Court, the victim loses the right to sue their offender. This procedural imbroglio – difficult to make sense out of the formalistic juridical jargon – constitutes a significant way out of cases of racism from the judicial system. We can consider it a less costly way out, since judges justify this result on procedural bases and do not discuss conduct.

4.3. When the judge analyses the merits of the case

Considering the cases where the Court analyzed merit, there were 54 convictions (27% of cases) and 40 acquittals (20%). The sentences were given for racial disparagement (27 cases - 55.1%), crimes against honor in its simple form (14 cases - 28.7%), practicing or inciting prejudice (8.1% - 4 cases), discriminatory behavior (6.1% - 3 cases) and there was one case of contempt of a public servant. It is noteworthy that most

⁴⁴ We explain this in more detail in MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi e SANTOS, Natália Neris da Silva. Legislação antirracista punitiva no Brasil: Uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, nº 1, p. 60-92, 2015.

cases relates to disparagement (racial or general) and few cases of the other types of racial crime – racism or discrimination. Penalties varied from 1 year of imprisonment with or without fine (respectively 30.6% and 14.2% of convictions) and between 1 to 2 years plus fine (22.5%). In almost all convictions imprisonment sanctions were converted in alternative penalties.

In analyzing the convictions, it is important to note that in those cases that were finally classified as general disparagement (crime against individual honor) or contempt against public servant, although we had convictions, the racial nature of unlawful conduct was not considered – which happened in 15 cases (30.7%).

The reasons to acquit were basically related to the lack of evidence in 30 cases; in 15 cases the Court understood that the act was not a criminal offense and in 2 cases it considered that the defendant was demonstrably not the author of the infraction. In 1 case, the decision was based on applying a custodial measure based on insanity, i.e. a recognition of the lack of understanding of the defendant.

The allegation of a lack of evidence refers to two types of problems; weak or contradictory testimonial proof regarding the fact or, as we will see below, a lack of proof of intention to discriminate. In the Brazilian criminal system, criminal conduct is punishable if practiced with intention or negligence. Intent is normally referred to as an individual's state of mind that directs her action, but some judges require in cases of racial crimes that besides the intention to act, the author should also demonstrate a special intent to discriminate.

Another group of noteworthy cases are those in which, despite the racist content of the insult, the Court recognized only simple disparagement, disregarding the racial content of the conflict and defining it only as a crime against personal honor. In order to explain the logic of such decisions, we have explored some of them below.

In one of the cases, in which the offender uttered the insult “shitty black” (*negro de merda*), although the accusation and the judge of first instance had classified the insult as racial disparagement, the Appeal Court re-graded it to simple disparagement affirming that the expression “shitty black” is as offensive as “shitty giant” (*grandalhão de merda*) or “shitty shrimp” (*baixinho de merda*), whereby the second element is only an indicator of the recipient of the insult. He stressed further that for this expression, “shitty black”, to be recognized as racial disparagement it would be necessary for the word *black* to have a discriminatory and prejudiced connotation itself⁴⁵.

In other cases of reclassification, the question of intent appears again. The Court requires specific proof of the intent of discriminating or offending an individual's race and ethnicity. The victim was offended by “nameless black girl” (*preta sem nome*), “I’m going to beat you, you black rascal” (*vou te bater sua negra safada*) and the Court

⁴⁵ Criminal Appeal 48272000, São Paulo State Court.

re-graded it to simple disparagement, stating that, although the pursuer has proven her allegations by means of witnesses, the evidence was made in relation to the insults, but not in consideration to the racial feature of the conduct. According to the decision, to prove the specific intent of racial insult it would be necessary to demonstrate by some means that the purpose of the offender was to offend the ethnicity of the pursuer⁴⁶.

The need for proof of the specific intentional element is also the basis of many cases of acquittal. In a clear case of discrimination, the doormen of a nightclub made a condition that the offended would have to pay R\$10,00, to enter the club claiming that because he was “black” he would have to pay, while other people who were accompanying the victim, all white, would not need to pay. The Court decided that the evidence collected was not sufficient for the conviction because there was no proof of racist motivation as the reason for discrimination suffered by the victim⁴⁷. There was also the acquittal of a security guard of a prison who insulted a visitor with the expression “smelly black” (*nego fedido*), because, according to the decision, “there was no conscious and voluntary intent in committing racial discrimination, therefore, clearly, absent of the subjective element of intent”⁴⁸.

If you compare these cases with the ones in which we had convictions, you notice that it is not possible to find a substantial difference in the dynamics of the facts or the offensiveness and seriousness of insults⁴⁹. We were not able to identify any pattern for the recognition of racist intent in some cases and non-recognition in others. Recognizing discriminatory intent or not seems a rather arbitrary judicial decision with no clear reason.

The “heat of the discussion” is also often the cause for acquittal. In one case which reports an argument in a parking lot in which the offender utters phrases such as “you do not know who I am” (*you não sabe quem sou eu*), “it could only be because of your color, you should be in a cage” (*só poderia ser da sua cor, você deveria estar numa jaula*), “just look at me and this thing [referring to the victim] and you’ll know who is right” (*basta olhar para mim e pra essa coisa pra saber quem tem razão*), the offender was convicted in first instance for simple disparagement and acquitted by the Court. The Court decision affirms that you cannot speak of the occurrence of the crime of disparagement when the expressions are uttered during the “heat of discussion” due to the absence

⁴⁶ Criminal Appeal 2005.018057-8/0000-00, Mato Grosso do Sul State Court.

⁴⁷ Criminal Appeal 70015082118, Rio Grande do Sul State Court.

⁴⁸ Criminal Appeal 399.312-3/1-00, São Paulo State Court.

⁴⁹ This second set of cases recognized as racial disparagement involved insults like: “you are black, go and fuck yourself, fuck off” (Criminal Appeal 990.09.112658-6, São Paulo State Court); (*você é uma negra, vai pra puta que o pariu, vai tomar no cu*); “dirty negro, black traitor, black thief, master at cheating, scumbag of syndicalism (negro sujo, neguinho pelego, negro ladrão, papa das falcatrues, escória do sindicalismo) (Criminal Appeal 70017372913, Rio Grande do Sul State Court), “black rascal” (*nega safada*) (Criminal Appeal 332.177-2/4-00, São Paulo State Court).

of the subjective element; “the parties were hot-headed”⁵⁰. The fact that these insults occurred in a situation of “heated debate” and thus - according to the judges - lacked the intention to insult also causes acquittals in cases such as another case in which an offender uttered offensive words against the pursuer, calling her “a dirty black woman” (*negra imunda*), “black Macumba witch” (*negra macumbeira*), “thief” (*ladrona*) and “junkie” (*drogada*), clearly revealing a certain prejudice of race and religion⁵¹. Yet in another case, the Court of the State of Sao Paulo acquitted the defendant, understanding that it was a melee between neighbors, with an exchange of insults in the heat of the moment because of a child whose kite fell into the neighbor’s garden. Despite this, if we look at the words used by the offender we notice they were quite strong: “Go on you son of a bitch, you female monkey! You sons of bitches, fuck off, I want to see someone asking something from this race!” (*vai sua filha da puta, sua macaca, bando de filha da puta, vai toma no cu, eu quero que alguém peça alguma coisa pra essa raça*)⁵². In the same sense, a woman was acquitted who, during a discussion between family members on father’s day, used the expression “black pig” (*negra porca*) to refer to another person. The Court reasons that the case lacks criminal intent, because the parties involved had “feelings of unpleasantness” between one another. For the rapporteur judge, there was only an intention to hit back at the criticism made first by the victim⁵³. Acting “under strong emotion” was also the ground of the decision which acquitted a woman who uttered the following offenses against a man: “you disgusting, grotty, black death... blacks should be in the Senzala (*negro nojento, asqueroso, peste negra... lugar de negro é na Senzala*)”⁵⁴.

The reasoning for this decisions was that the act was offending just the victim, with no racist intention, also led to acquittal in one case in which a cemetery manager said: “This group of blacks is not coming into the cemetery to do work”; “don’t you know that blacks don’t work in the evangelical cemetery”. Accused of prejudice, the defendant was acquitted by the Court of Justice, who said that this “clearly exceeded in the language, he insulted the offended party”, but there was not sufficient evidence of practicing the crime of racism - the disparagement would have been against the person of the victim only, without the intent of practicing prejudice against the black race. This line of reasoning sounds awkward if one pays attention to the content of the insults, especially when they show clear references not only to the individual victim, but also to the black community - “you, blacks”, this “race”, “this group of blacks”. The reasoning of these decisions does not go further in explaining why these insults denote intent to offend only the individual victim.

⁵⁰ Criminal Appeal 50902001, Rio de Janeiro State Court.

⁵¹ Criminal Appeal 483.151.3/3-0000-000, São Paulo State Court.

⁵² Criminal Appeal 990.09.358299-6, São Paulo State Court.

⁵³ Criminal Appeal 418.769-3/2-00, São Paulo State Court.

⁵⁴ Criminal Appeal 2003.050.04038, Rio de Janeiro State Court.

The comments made by one of the judges, the one in the last case stated above, suggests that this outcome relates to the difficulty on the part of judges to recognize racial conflict in Brazilian society. This specific judge aligns the decision with the ideology of racial democracy: “this conduct practiced by the defendant is to be rejected since we live – we, as Brazilians – in a plural and multi-racial democratic society, where any form of discrimination is unacceptable. But we cannot confuse disparagement with the crime of racism”⁵⁵.

The case is also interesting due to the type of defense which is made. The defense claims that at the cemetery there is a black janitor as an employee and that the defendant is not racist because two of his witnesses are black. It is quite common in Brazil that people say they are not racist because they have black friends or relatives. Although the majority of people have discriminatory attitudes, it is difficult to hear someone admitting to be a racist⁵⁶. Another facet of veiled racism.

In other cases, even if a joke is distasteful it is also recognized by the Court as not being a crime of racism. An example is the case where at a room in a health clinic, there was a patient, a doctor and a nurse. The doctor asked the patient to remove his shoes, for a more comprehensive examination. He did not want to, and opposed the request, claiming that he had dirty and “stinky” feet. The doctor said that there would not be any problem with the removal of his shoes, because there was no vulture in the room. The man then replied that there would be, insinuating that the nurse, a black woman, would be the vulture. The Court accepted that the offender’s intention was not clear and that discrimination was not clear. The Court understood that the doctor started playing around, reminding him of the bird, and that the offender retorted with a distasteful joke. He was acquitted because the Court did not recognize the “more serious intention” of offending the victim⁵⁷.

One case that had public repercussions involved a complaint against the singer Tiririca and the director of Sony Music due to the lyrics of one of his songs: “Look at her hair, it looks like steel wool to scour pans. When she passes by, it catches my attention. But her hair, it does its own thing. The stink almost knocked me out. Look, I can’t stand your stench. Look at her hair”⁵⁸. The Court acquitted the defendant by stating that it was

⁵⁵ Criminal Appeal 7001047910, Rio Grande do Sul State Court.

⁵⁶ Research performed in the year 1995 by DataFolha and published in the largest Brazilian newspaper in circulation (*Folha de S. Paulo*) indicated that 89% of respondents consider that there is racism in Brazil, but only 10% acknowledge that they are racist (<http://almanaque.folha.uol.com.br/racismocordial.htm>). In a new survey conducted in 2008 the data showed little variation: «open» prejudice is acknowledged by only 3% of the interviewees, but Brazilians continue to see themselves as a racist society. Ninety-one percent of white people are racist towards black people. See: O RACISMO confrontado. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 Nov. 2008. Available at: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj2311200801.htm>. Access: Nov. 01, 2019.

⁵⁷ Criminal Appeal 327.399-2/5, São Paulo State Court.

⁵⁸ “*Veja os cabelo dela, parece bombril de arear panela. Quando ela passa, me chama atenção. Mas seus cabelo, não tem jeito não. A caatinga quase que me desmaiou. Olha eu não aguento o seu fedô. Veja os cabelos dela*”.

clear in the proceedings that the singer had composed the music for his wife, “without the intention of offending anyone”. In addition, “on reading the lyrics of the song you can see it is something of a joke, nothing serious, i.e., the defendant did not have the deliberate intention (direct intention) of practicing or inciting discrimination or prejudice based on color so the court does not perceive the existence of crime when the agent has no intention of discriminating”. It also did not prove the underlying interest, of racist intent, by the executives of Sony Music in exploiting the work of Tiririca⁵⁹.

5. CONCLUSION: HOW COURTS FAIL TO RECOGNIZE BRAZILIAN RACISM

Richard Delgado and Jean Stefancic speak of the existence of different forms of hate speech. Direct, indirect; covert, open; single or repetitive; sustained by authority and power or not; accompanied or not by threat or physical violence. It can be considered hate speech based on characteristics of the person or group to whom it is addressed, such as race, sex, sexual orientation, and origin. It may be differentiated according to who is speaking. It may be directed at an individual or a group. It can be verbal, written, disseminated on the internet, take the form of a flag, a symbol or a monument. It may be face-to-face or not or more or less virulent or harmful. Each of these variations may also require different regulations, occupy different positions in state responses – maybe not all will come to be governed by criminal law. There is also the civil sphere and administrative law. There are cases that are not ruled at all⁶⁰.

When we think about the construction of a public anti-racism policy, there is much to consider and to decide about what should be regulated and how. This is a process that starts in the law and is then transferred to the Judiciary – of the construction of categories and definitions, establishment of procedures and sanctions. All of these are choices. However, they must be considered. Although we have a long history of criticism of the anti-racism law and on how it has been enforced by the judiciary, the choices made by judges on their legal discourses and interpretations were not clear. The empirical research on court rulings made explicit the legal discourses underlying the decisions that ended up or justifying or condemning an act as racist.

In this article, our objective was to clarify aspects which seem in our opinion to be obscured in this relationship between the dynamics of Brazilian racism and the language of the legislator and the judge. The fact that we have a symbolically important statement in the Constitution that racism is intolerable in our society does not mean to say that, on being designed in detail, i.e. at the junction between the letter of the

⁵⁹ Criminal Appeal 1069.98, Rio de Janeiro State Court.

⁶⁰ DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Understanding words that wound**. Boulder: Westview Press, 2004, p. 11.

law and its interpretation by the judges, the anti-racism policy is not making a series of choices about what is recognized and what is simply neglected. When we understand these choices, it becomes easier to understand the dissatisfaction of the Black movement with the function of the law and locate the focal points of the problem.

On observing the history of anti-racism legislation, we see that legislation that defines racism as segregation or explicitly discriminatory treatment has not been able to understand the subtler and covert forms in which it is manifested in Brazil. Moreover, its first configuration did not understand the racial insult as one of the recurrent forms of racism. In legislative reform, almost ten years after the Federal Constitution, it was necessary to introduce among the crimes with racial motivation the racial disparagement, an exacerbated form of disparagement, with a stricter punishment, which extrapolates the effect of personal insult to recognize the offense to the entire racial group.

We have also seen that even after this legislative change, the results of the enforcement of the law by the judiciary are still fairly reticent. The result allows us to conclude the difficulty of the Courts acknowledging the existence of racism.

Among those cases that had overcome all of the filters of lower instances and had got to the Courts, we observed that most of them by decision of the Court, ended up not overcoming formal and procedural obstacles or were not recognized as crimes. These data without a doubt explains the criticism that cases of racism are not successfully won within the justice system.

Among the 200 cases analyzed, only in 31 was there recognition by the Judiciary of the existence of racist behavior. In the others, the narrative of the victim that there was an act of racism is not recognized by the justice system. This happened either through procedural terminations, or through merit decisions. In the latter group, we found that Courts disregarded the racial nature of the conflict by not recognizing intent of racial crime.

The express use of pejorative references to race or to black skin color does not seem to be sufficient for the courts to recognize the unlawful act offending the dignity of the group. In addition to the clear externalization of prejudice, they require unequivocal proof of the intention to practice discrimination. The Courts also tend not to see racism in cases of disagreements and arguments and when it is said jokingly, even though these episodes have been the trigger to externalize prejudice. Although the doctrine of criminal law requires declaration that an intentional crime has occurred, that the unlawful act is accompanied with proof of the intention of its practice, the requirement to prove, in addition to the intention of performing the action, the specific intention to discriminate. These are excessive demands. This understanding can be questioned, especially by requiring proof of something as abstract as the aim of discriminating or practicing prejudice.

The doctrine of demanding proof of specific intent of being racist can also be criticized by being a very narrow interpretation of racism. Motive-centered doctrines have been criticized by placing a “very heavy, and often impossible, burden of proof” on the wrong side of the dispute; because the injury exists irrespective of the author’s motives and motives are easy to hide and difficult to prove. It takes into account only the author’s perspective – their motives - and not the harm suffered by the victim. And one very concrete output of this interpretation is that by requiring proof of the defendant’s intent, the doctrine limits the number of individual conduct that the judicial system will deem as racially discriminatory⁶¹. This means that the Court is insensible to a large number of conduct that effectively puts more burden on one racial group – conduct that has discriminatory effects and can be effectively harmful to the victims, but are non-intentionally practiced by the author with the aim of being a racist.

Another challenge of our research was that the decisions on the absence of a subjective element were often not adequately justified, which means a lack of criterion for the enforcement of the law. The idea that you can prove somebody’s intention is fiction in criminal law. What is going on inside someone’s head is something unreachable unless externalized. Criminal law generally imputes a certain type of intention based on objective data from reality. The use of highly pejorative expressions associated with blacks, such as those we just described, was considered sufficient to demonstrate the prejudiced intention of the individual in a group of decisions and not in others. Racial intent was a recognized fact in several cases in which we identified convictions for racial disparagement. On the other hand, in an equally-significant number, we found others in which either the racial element is removed, leaving only the crime against personal honor, or the result is the acquittal. In all of these cases, the insults made explicit mention to race and color and we found no standard to differentiate between the cases in which the Courts recognize the discriminatory intent and the cases in which they did not recognize it. The same profile of cases can be considered by the Judiciary as practice or incitement of prejudice, racial disparagement, simple disparagement or an act without any illegality - without any criterion of interpretation being established.

What is required or not to prove intention is a criterion, which became loose and open, the criterion of each specific judge. It opens the margin to very distinct interpretations of the same facts, including judges that require something that is never made clear in order to recognize a racist intention. Judges conclude that there is no intention of practicing prejudice, but in most cases they do not justify what they would be expecting and why the evidence demonstrated and the insult that is undoubtedly racist in nature do not demonstrate racist intention. They seem to be expecting a more

⁶¹ See: LAWRENCE, Charles R. The id, the ego, and equal protection: Reckoning with unconscious racism. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987; ELY, John Hart. The centrality and myth of motivation analysis. **San Diego Law Review**, v. 15, n. 5, p. 1155-1162, aug. 1978.

intense act of segregation, but that in any case it is not clear. When dealing with a subjective concept, of uncertain content, the lack of judicial parameters to define what is racist intent brings unsettling consequences to the rule of law. Excessive discretion opens space for bias and the situation is even more worrisome if we consider that the Brazilian judiciary is composed of 84.5% of white men, married and with children, with a medium age of 45. Only 14% of the judges declared themselves as racially mixed (“pardos”) and 1,4% as blacks⁶².

Facing the results of our research, one of our interpretations is that the non-recognition of racist insult as a form of racism relates to the non-comprehension of its mechanism in the maintenance of racial hierarchies and of its violence.

The disregard of the severity of racial insult has as its premise, that its violence and severity are less than physical violence. This rationalization is at the basis of the racial democracy myth, which, in minimizing the intensity of the conflict, accommodates it in a structure that remains uneven. The “distasteful” joke, the insult that in substance had “no racist intention”, the mere disagreement, the song that was only intended as satire, all these elements compose the type of racist manifestations plainly in force in Brazil but that are not recognized by the Judiciary as forms of racism. Acts of racism are naturalized by the dynamics of our hierarchical social relations and obscured by the justice system, which rarely emits declarations that such acts constitute unlawful acts and should not be tolerated. Judge’s understanding of the law ends up not recognizing the dynamics of racism in Brazilian society and the importance of insult in the maintenance of social hierarchies.

While analyzing the motive-centered doctrine in the American Supreme Court, Charles Lawrence address one important effect of the adoption of this doctrine by the Courts: “the Court creates an imaginary world where discrimination does not exist unless it was consciously intended. And by acting as if this imaginary world was real and insisting that we participate in this fantasy, the Court and the law it promulgates subtly shape our perceptions of society”⁶³.

We think in the legitimizing role legal discourse can have in justifying social order, it is possible to see a perverse alliance between subtle social practices of racism and judicial practices that reduce their importance and favor invisibility and denial. Even though we need not depend on the justice system to break down the invisibility of racism, from the moment that we – as a political community- bet on the strategy of creating laws, we have the expectation and give the legal system authority to decide what

⁶² CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**: Vetores Iniciais e Dados Estatísticos (VIDE). Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2014. Available on: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Access: Nov. 05, 2019.

⁶³ LAWRENCE, Charles R. The id, the ego, and equal protection: Reckoning with unconscious racism. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987, p. 325.

is legal or illegal, tolerated or not tolerated, harmful or harmless. However, the justice system functions to produce and mask or denying racism, and this seems to us an important piece of the puzzle in the reproduction of the ideology of racial democracy.

6. REFERENCES

BANTON, Michael; MILES, Robert. Racism. In: CASHMORE, Ellis. **Dictionary of Race and Ethnic Relations**. 3. ed. London/New York: Routledge, 1994.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Editora Anhembi, 1955.

BUTLER, Judith. **Excitable Speech: A politics of the performative**. New York, London: Routledge, 1997.

CARDOSO, Hamilton. Isso é conversa de branco. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 13-19, dec.1985. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451985000400003&script=sci_arttext&lng=pt. Access: Nov. 05, 2019.

CARNEIRO, Sueli; CORRÊA, Sônia; ADORNO, Sérgio; OLIVEIRA, Eduardo H. P. de. Racismo e Discriminação. **Cadernos de Pesquisa - Novas Faces da Cidadania: Identidades Políticas e Estratégias Culturais**, São Paulo, n. 4, p. 59-95, Jun. 1996. Available at: http://bibliotecavirtual.cebrap.org.br/arquivos/racismo_e_discriminacao_e.pdf. Access: Nov. 05, 2019.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário: Vetores Iniciais e Dados Estatísticos (VIDE)**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2014. Available on: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Access: Nov. 05, 2019.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Understanding words that wound**. Boulder: Westview Press, 2004.

ELY, John Hart. The centrality and myth of motivation analysis. **San Diego Law Review**, v. 15, n. 5, p. 1155-1162, aug. 1978. Available at: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol15/iss5/8/>. Access: Nov 05, 2019.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1965.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 29 ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

FULLIN, Carmen Sílvia. **A criminalização do racismo: dilemas e perspectivas**. 1999. Dissertação (mestrado em Sociologia) - FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999. Available at: <https://bdpi.usp.br/item/001039299>. Access: Nov. 05, 2019.

FULLIN, Carmen Sílvia. Direito e Racismo: Observações sobre o alcance da legislação penal antidiscriminatória no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São

Bernardo do Campo, v. 6, n. 2, p. 21-35, 2000. Available at: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/538>. Access: Nov. 05, 2019.

ERVING, Goffman. **Stigma**: Notes on the management of spoiled identity. New York: Simon & Schuster Inc, 1963.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. O insulto racial: as ofensas verbais registradas em queixas de discriminação. **Estud. afro-asiát.**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 31-48, Dec. 2000. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2000000200002&lng=en&nrm=i-so. Access: Nov 05, 2019.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Preconceito e discriminação**: queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil. 2 ed. Editora 34, 2004.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 1997. Tese (livre docência em sociologia) – FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

LAMONT, Michèle et al. **Getting respect**: responding to stigma and discrimination in the United States, Brazil and Israel. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

LAWRENCE, Charles R. The id, the ego, and equal protection: Reckoning with unconscious racism. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987. Available at: www.jstor.org/stable/1228797. Access: Nov. 05, 2019.

LIMA, Marcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 87, p. 77-95, jul. 2010. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002010000200005&script=sci_arttext. Access: Nov. 05, 2019.

LIMA, Márcia. **Serviço de branco, serviço de preto**: um estudo sobre cor e trabalho no Brasil urbano. 2001. Tese (doutorado em sociologia) – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia, IFCS-UFRJ, Rio de Janeiro, 2001.

LIPPMANN, Walter. **Public opinion**. New York: Harcourt, 1922.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Carolina Cutrupi e SANTOS, Natália Neris da Silva. Legislação antirracista punitiva no Brasil: Uma aproximação à aplicação do direito pelos Tribunais de Justiça brasileiros. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 2, n.º 1, p. 60-92, 2015.

MITCHELL-WALTHOUR, Gladys. **The Politics of Blackness**: Racial Identity and Political Behavior in Contemporary Brazil. New York: Cambridge University Press, 2018.

NASCIMENTO, Abdias do. **Combate ao racismo**: discursos e projetos. Brasília: Coordenação de Publicações Câmara de Deputados, 1983.

NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco**: estudo de relações raciais. São Paulo: T.A. Queiroz, 1985.

SANTOS, Ivair Augusto dos. Racismo no Brasil não é criminalizado. [Entrevista cedida a] Luciana Abade. **Jornal do Brasil**, Brasília, 30 sep. 2009. Available on: <https://revistaforum.com.br/blogs/mariafro/bmariafro-ivair-augusto-dos-santos-racismo-no-brasil-nao-e-criminalizado/> Access: Nov. 05, 2019.

O RACISMO confrontado. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 nov. 2008. Available at: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj2311200801.htm>. Access: Nov. 01, 2019.

O RACISMO minimizado. **Correio Braziliense**, Opinião, p. 20, 13 oct. 2009. Available on: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/43505/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y> Access: Nov. 05, 2019.

SANTOS, Natália Neris da Silva. **A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988)**: Um estudo das demandas por direitos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015. Available on: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13699/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Na-t%C3%A1lia%20Neris.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Access: Nov. 05, 2019.

SILVA JÚNIOR, Hédio. A política de inclusão do negro é a penal. [Entrevista concedida a] Fernanda da Escóssia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 09 jul. 2001. Available on: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0907200113.htm>. . Access: Nov. 05, 2019.

SILVA JÚNIOR, Hédio. Quando a lei não sai do papel. [Entrevista concedida a] Andréa Barros. *Época*, Rio de Janeiro, 13 dec. 2010. Available on: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI193501-15518,00.html>. Access: Nov. 05, 2019.



The applicability of the Internet of Things (IoT) between fundamental rights to health and to privacy

A aplicabilidade da Internet das Coisas (IoT) entre os direitos fundamentais à saúde e à privacidade

MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER^{1,*}

¹ Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil)

mateus.fornasier@unijui.edu.br

<https://orcid.org/0000-0002-1617-4270>

Recebido/Received: 25.06.2019 / June 25th, 2019

Aprovado/Approved: 25.11.2019 / November 25th, 2019

Abstract

This work aims to study main insecurities and uncertainties regarding to IoT, verifying its impact to the exercise of the fundamental rights to healthcare and to privacy. Its specific objectives are: i) to present promises of IoT to healthcare and treatments; ii) to expose risks and uncertainties identified with IoT until the present moment; iii) to analyze ethical and legal principles (mainly in Brazil) concerning to IoT uses. Its main hypothesis is that healthcare can be revolutionarily improved with IoT, but despite of all of that revolution in good practices, good technologies of security, securitized by public policies and legal practices, have also to be implemented and improved by scholars, jurists and politicians. Methodology: hypothetical-deductive method of research, with a qualitative and transdisciplinary method of approach, and a bibliographical research technique. Results: IoT/IoMT presents a great potential of actualization of the fundamental right to health, but the security of the collection and storage of sensitive data should be the first concern

Resumo

este artigo visa estudar as principais inseguranças e incertezas concernentes à IoT, verificando seu impacto ao exercício dos direitos fundamentais à saúde e à privacidade. Seus objetivos específicos são: i) apresentar promessas da IoT aos serviços e tratamentos de saúde; ii) expor riscos e incertezas identificados com a IoT até o momento presente; iii) analisar princípios éticos e jurídicos (principalmente do Brasil) relacionados aos usos da IoT. Sua hipótese principal é de que os serviços de saúde podem ser revolucionariamente melhorados com a IoT, mas apesar de toda essa revolução em boas práticas, boas tecnologias de segurança, asseguradas por políticas públicas e práticas legais, também têm de ser implementadas e aperfeiçoadas por teóricos, juristas e políticos. Metodologia: método de pesquisa hipotético-dutivo, com um método de abordagem qualitativo e transdisciplinar, e técnica de pesquisa bibliográfica. Resultados: IoT/IoMT apresenta um grande potencial de efetivação do direito fundamental à saúde, mas a segurança da coleta e armazenamento de dados sensíveis deve ser a primeira

Como citar esse artigo/How to cite this article: FORNASIER, Mateus de Oliveira. The applicability of the Internet of Things (IoT) between fundamental rights to health and to privacy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 297-321, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.67592.

* Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui-RS Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, Brasil), com Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido). E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br.

in the development of systems involving such technologies, since there is an immense potential of disrespect to the fundamental right to the privacy of individuals from their use, not only by private third parties, but also, by the State.

preocupação no desenvolvimento de sistemas envolvendo tais tecnologias, pois há um imenso potencial de desrespeito ao direito fundamental à privacidade dos indivíduos a partir do seu uso, não apenas por terceiros privados, mas também, por parte do Estado.

Keywords: Internet of Things; healthcare; sensible data; security; privacy.

Palavras-chave: Internet das Coisas; serviços de saúde; dados sensíveis; segurança; privacidade.

CONTENTS

1. Introduction; 2. IoT enhancing the fundamental right to health: promises from present to the future; 3. Risks and uncertainties of the IoT concerning the security of its usage; 4. Fundamental right to privacy and the internet of things: ethical and juridical considerations; 5. Conclusions. 6. References.

1. INTRODUCTION

The first Industrial Revolution (IR) started in Britain around late 18th century with steam and water power transferring manual labor from homes to powered textile machines in factories. The second one came in the early 20th century, with internal combustion engines and electrical power generation (allowing mass production of automobiles, for example). The third IR took place in 1990s with electronics, personal computers, and IT being in the automated production systems. Along with technological advancements and life quality improvements, such revolutions polluted air and water pollution and warmed the planet.

In recent years, it has been communicated that the Internet of Things (IoT) and data analytics are the most significant emerging technologies that have a transformational and disruptive effect to global industry. By digitizing the physical world, IoT can be a driver to the fourth IR. Its application to our lives opens up new opportunities and challenges for governments, enterprises, and individuals.¹

Coined by Kevin Ashton in his presentation made to Procter & Gamble (P&G) in 1999,² the term "Internet of Things" describes a system consisting of network sensors, actuators, and smart objects whose purpose is to interconnect 'all' things, including everyday and industrial objects, in such a way that turns them intelligent, programmable, and more capable of interacting with humans and other devices.³ The internet of things

¹ GENG, Hwaiyu. Internet of Things and Data Analytics in the Cloud with Innovation and Sustainability In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 21- 79; p. 24-25.

² GENG, Hwaiyu. Internet of Things and Data Analytics in the Cloud with Innovation and Sustainability In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 21-79; p. 28.

³ IEEE Standards Association (IEEE-SA). **Internet of Things (IoT) Ecosystem Study**. IEEE Standards Association, The Institute of Electrical and Electronic Engineers, Inc., 2015. Disponível em: https://iot.ieee.org/images/files/pdf/iot_ecosystem_exec_summary.pdf. Acesso em: 4 fev 2019, p. 1.

(IoT) is a technology that enables identifiable computing devices embedded with other interfaces (i.e. humans and machines) linked via networks (wired or not) in order to catch data from the environment it has been exposed, creating an information network to provide digital business models and new services and functionalities.⁴ Some have said that, with the advancement in computing, from the decade of 2010s on we are gradually configuring an era of the IoT - and this technology is gaining world popularity as it captures data from the environment through sensors (which are becoming cheaper and more powerful each day, as it happens with other computing devices).⁵ The reduction of the cost of computing power, as well as the implementation of new technologies (such as the IPV6, which allows connecting almost everything on Earth) prospect the growth of IoT, and an enormous opportunity to connect bot new and existing services in business, education, utilities and healthcare - creating smart-living offerings in the cities with real-time efficiency.⁶

The greatest examples of the potential of the IoT that can be designed and implemented for human benefit go from connected cars to smart cities, passing through smart retail, smart traffic systems and smart factories:⁷ smart cities can have IoT-enabled services (i.e. water management and distribution, energy generation and transmission, logistics, garbage disposal and management, street-lightening, healthcare, surveillance and security, e-governance, etc.); connected cars could permit establishing systems to monitor fuel levels, location, crash prevention, travel-route optimization (with real-time traffic analysis and driverless communication); smart traffic systems could be enabled with IoT in a traffic network of a city to determine the flow of traffic in order to permit necessary decisions to avoid traffic jam and chaos; factories could be more energy efficient with its monitoring, as well as their machines and components could be better treated and replaced by technicians; sensor-based and data-based monitoring of consumer behavior in retail outlets can help the owners to understand specific behavior and product choices, carting facilities to track the items selected by consumers for automated payment and billing through smart phones can alter the business' models; current smart watches help monitor and report physical activities of humans and critical health parameters (i.e. blood pressure, heart rate, etc.) - which can be enhanced to the point of permitting digital health service revolution (also permitting

⁴ CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018, p. 50.

⁵ CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018, p. 52.

⁶ CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018, p. 58.

⁷ CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018, p. 60-63.

other wearable and implanted devices be monitored by physicians in order to make decisions and prescribe drugs).⁸

Along with robotics, artificial intelligence, nanotechnology, quantum computing, biotechnology, 3D printing and autonomous vehicles, the “Internet of Things” mark the fourth industrial revolution. Particularly, it is a concept with potential to impact human lives, improving dramatically security, energy efficiency, education, health, and many other aspects of daily life. It also improves decision-making and productivity of enterprises.⁹

This article is limited to the analysis of IoT issues to fundamental rights (mainly privacy) when such technology is applied to healthcare. Not only matters related to technology itself, but also to juridical and legal questions will be approached in order to develop an initial theoretical landmark for discussing Constitutional Law along such technology development.

The main goal of this work, then, is to study the main insecurities and uncertainties regarding to IoT, verifying its impact to the exercise of the fundamental rights to healthcare and to privacy. In order to do so, the text was divided into three parts. The first one will present promises of IoT to healthcare and treatments as IoT is being implemented to such fields. The second one is destined to expose risks and uncertainties identified until the present moment, as media and science are communicating about them. The third one aims to analyze ethical and legal principles (mainly in Brazil) concerning to IoT uses.

The research problem that drove this work can be described this way: as IoT is getting inside everyday life in several devices, including healthcare, which are the main concerns regarding to security legal systems have to develop in order to evolve in a manner that can make the fundamental right to health become more efficient without being too permissive about the right to privacy?

The primal hypothesis to such questioning is that healthcare can be revolutionarily improved with such technology, making health monitoring a wireless and

⁸ The IoT’s potential can be utilized to realize the Sustainable Development Goals (SDGs) of the United Nations’ “2030 Agenda for Sustainable Development”. Paragraph 15 of the Agenda, which aims to transform our world, specifically mentions and acknowledges the potential of information and communications technology and global interconnectedness has great potential to accelerate human progress, to bridge the digital divide and to develop knowledge societies as does scientific and technological innovation across areas as diverse as medicine and energy. In the other hand, the report “Harnessing the Internet of Things for Global Development”, written as a contribution to the ITU/UNESCO Broadband Commission for Sustainable Development, provides multiple examples of IoT interventions that have been mapped to the Millennium Development Goals (MDGs) and Sustainable Development Goals (SDGs) in various sectors like health, water and sanitation; agriculture and livelihoods; education; the environment and conservation; resiliency, infrastructure and energy; governance and human rights.

⁹ SHARMA, Neha; SHAMKUWAR, Madhavi; SINGH, Indjerit. The History, Present and Future with IoT In: BALAS, Valentina et al. (ed.). **Internet of Things and Big Data Analysis for Smart Generation**. Cham: Springer, 2019, p. 101-160; p. 103.

omnipresent activity, dismissing lots of current inefficient practices (such as *in locus* consultations and batteries of examinations). But despite of all of that revolution (which can make the right to health much more concretized in practice, as it demands less professionals, for example) in good practices, good technologies of security, securitized by public policies and legal practices, have also to be implemented and improved by scholars, jurists and politicians.

About the methodology, the research method used for this paper is hypothetical-deductive, as it parts from a main hypothesis that is tested all along its development. Its method of approach is qualitative and transdisciplinary, because the main characteristics and basis of every argument are used, extracted from several fields of knowledge to analyze their potential transformations to the domain of Law. And its research technique is mainly bibliographical.

2. IOT ENHANCING THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: PROMISES FROM PRESENT TO THE FUTURE

IoT enables information flows from/to and among heterogeneous, highly distributed, real and virtual devices (smart devices, sensors, actuators, etc.). Although its concept originated to enable communication among various types of physical objects for the provision of smart applications, IoT has evolved to enable forms of collaboration and communication between people and things.¹⁰ IoT, when applied to medical issues, plays a fundamental role in remote healthcare, in monitoring health devices to increase their efficient usage, and improving the speed and accessibility of health services.¹¹ It can be used to collect health data from patients through wearables connected to the internet, connecting and communicating in machine-to-machine (M2M) through communicating medical devices. Received data from such devices are stored in a cloud server database linked to platforms, and then, analyzed.

According to Sinnapolu and Alawneh,¹² Android and iOS based smartwatches already contain technology enough to measure blood pressure and heart rate - which, when added to cloud computing could make available for healthcare data enough to trace prognostics about chronic disease such as heart attack, high blood pressure and coronary disease. Healthcare for elderly people (over 65 years old), for exemple,

¹⁰ MIHOVSKA, Albená; PRASAD, Ramjee; PEJANOVIC, Milica. **Human-centered IoT Networks** In DIXIT, Sudhir (ed.). **Human bond communication: the holy grail of holistic communication and immersive experience**. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2017, p. 178.0-219.0; p. 179.0.

¹¹ GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 637.

¹² SINNAPOLU, GiriBabu; ALAWNEH, Shadi. Integrating wearables with cloud-based communication for health monitoring and emergency assistance. **Internet of Things**, v. 1-2, 2018, p. 40-54.

is a very important issue, mainly concerning to chronic diseases - and that sector of population is increasing over the years; then, a rapid adaptation of smartphones and web applications makes them, together with wearables, a preferred platform for health monitoring.¹³

IoMT has potential to reduce days and admissions in healthcare institutions due to the mobility of the wearables, which allow 24/7 monitoring of patients. Patients can recover in the comfort of his/her own surroundings since personalized health care services are now possible anywhere and anytime the patient demands it. The patient would have, then, the opportunity to take care of herself/himself and play a more active role in the care process.¹⁴

But not only on wearables and smartphones can IoMT rely: other ideas for wider structures are being proposed. Milocanovic and Bojkovic¹⁵ have listed several healthcare solutions related to IoMT: ambient assisted living (AAL) (extensions for independent life of elderly individuals in a safe manner, giving them human servant-like assistance in case of any problem); internet of m-health things (m-IoT) (internet-based mobile computing, medical sensors and communication technologies for healthcare services); adverse drug reaction (the patient's device identifies the drug by means of barcode); community healthcare (CH) (specialized service used for obtaining collective technical requirements as a package, to form organizations such as a virtual hospital); children health information (CHI) (a service developed to address children with emotional, behavioral or mental health problem and their family members); Semantic medical access (SMA) (application that employs medical rule engines to analyze massive amounts of sensor data stored in the cloud); indirect emergency healthcare (IEH) (service that can offer many solutions, such as information availability, after notification, post-accident action, and record keeping); embedded gateway configuration (EGC) (allows for automated and intelligent monitoring by employing a medical sensor network based on the IoT and personal mobile gateway); and embedded cost prediction (ECP) (a service for ubiquitous healthcare that applies IoT-enabled remote health with a context predictor for patients).

All those devices and processes can be named under the label Remote Health Monitoring (RHM), which continuously stores persons' health data, allowing health workers not only to what happens in real time, but also what is supposed to

¹³ SWAROOP, K. Narendra et al. A health monitoring system for vital signs using IoT. **Internet of Things**, v. 5, n. 2019, p. 116–129.

¹⁴ MELCHERTS, Helga E. The Internet of Everything and Beyond: the Interplay between Things and Humans In DIXIT, Sudhir (ed.). **Human bond communication: the holy grail of holistic communication and immersive experience**. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2017, p. 439.0-468.0; p. 459.

¹⁵ MILOVANOVIC, Dragorad; BOJKOVIC, Zoran. Cloud-based IoT healthcare applications: Requirements and recommendations. **International Journal of Internet of Things and Web Services**, v. 2, 2017, p. 60-65.

happen.¹⁶ Heart rate, pulse rate, blood pressure, patient's temperature, respiratory rate, as well as medication and diet monitoring, are parameters that can be caught in the data flow providing elementary analysis so as to enable progress of expectations of a health program and/or treatment in real time. Then, RHM can improve physicians' abilities to manage and monitor patients in innovative healthcare settings, utilizing advanced methods to gather health information from the patient's common environment, transmitting data to healthcare providers in different places to analyze and recommend programs for better health or disease control. This way, faster diagnosis and decision-making are enabled by compiling several data.¹⁷

There are several technological issues that have to be solved before the liberation of the full potential of such technologies, though.¹⁸ Accurate data acquisition, bandwidth, interoperability between hardware and software, limitation of battery life, biocompatibility of sensors - beside delivery of good health services - are the main ones (not to mention security and privacy issues, that will be approached later here).

Based on the possibilities of IoT (which, when applied to medical and health issues, can be named *Internet of Medical Things*, or IoMT), in 2015 the president Barack Obama (USA) launched the *Precision Medicine Initiative*, aiming to improve therapies by a "tailoring" of prevention and treatment strategies in order to fit the specifics of each individual patient.¹⁹ This means the recognition, by politics, of a new paradigm in healthcare, in which the "one size fits all" treatment is substituted by a totally individual and specific approach, which has a potential to make diagnosis and treatments much more precise than currently.

Not only for faster, more precise and remote diagnosis and treatments could IoMT contribute: the huge amount of data could be read for discoveries of diseases such as cancer and other genetic diseases. When environmental and lifestyle measurement (which can be measured and registered by simple devices such as wearables) is added to genomic profiles (which could be, in the future, also developed by IoMT devices and strategies, such as automated DNA sequencers), such complex diseases (that

¹⁶ GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 637-638.

¹⁷ GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 640-641.

¹⁸ GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 688-689.

¹⁹ BOROVSKA, Plamenka. Big Data Analytics and Internet of Medical Things Make Precision Medicine a Reality. **International Journal of Internet of Things and Web Services**, v. 3, 2018, p. 24-31.

have diagnosis that depend on a complex of factors) can be studied in a much more precise database.²⁰ It can be imagined that, when added to other technologies such as machine learning and artificial intelligence (AI), IoT, big data analytics and cloud computing could deliver together, then, not only treatments, diagnosis and prognosis, but also deep and life-important knowledge.

There are also examples of applying IoT to formal education, informal learning and structural training - specially in complex situations involving teamwork, which is very important for improving qualities in healthcare services delivery. Bannan, Gallagher and Lewis²¹ consider that in the space of emergency training simulations (historically limited either to fully live-action human observable field-basis simulation and computer simulations), IoT opens innovative, hybrid digital-physical opportunities for delivering and for understanding outcomes of training and education efforts in a more comprehensive way, offering new insights and methods in the challenges of training new healthcare professionals.

All those promises in technology are formidable, then, from the point of view of the health as a fundamental right. And if we consider the constitutional regulation of such fundamental right in Brazilian current Constitution, they have a huge potential for actualizing what article 196²² enforce about that right. They could also help actualizing article 198, II of Brazilian Constitution,²³ which enlists integral care and prevention as corollaries for healthcare services. Enlisting health as a fundamental right in Brazil in 1988 Constitution is a very criticized matter because of the lack of effectiveness it has in practice. As said by Bulos,²⁴ Public Authorities charged with carrying out the constitutional message, have not considered the principle of universal and isonomic treatment, according to the current stage of medical science. Thus, such norm has not had any concrete effect, because in Brazil, access to health is proportional to the economic situation of the person. And, as explained by Nascimento,²⁵ there are no public policies capable of conferring such right to all the population, due to the wrecking of the Brazilian Unique Health System (Sistema Único de Saúde, SUS); as consequences of

²⁰ BOROVSKA, Plamenka. Big Data Analytics and Internet of medical Things Make Precision Medicine a Reality. **International Journal of Internet of Things and Web Services**, v. 3, 2018, p. 24-31.

²¹ BANNAN, Brenda; GALLAGHER, Shane; LEWIS, Bridget. Next-Generation Learning: Smart Medical Team Training In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 222-249; p. 222-223.

²² "Health is the right of all and the duty of the State, guaranteed by social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other aggravations and universal access to actions and services for their promotion, protection and recovery".

²³ "Integral care, with priority for preventive activities, without prejudice to the care services".

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1436.

²⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdez do (org.) **Tratado de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379-437; p. 391.

such impoverishment, the wealthiest ones hire health insurance companies, while the poorest ones receive discriminatory treatment (long lines, bad-delivered services, lack of medicines and machines, etc.).

In the wake of those important criticisms, IoMT added to other *avant-garde* technologies could help actualizing such right because: i) technologies such as wearables, sensors, smartphones and smartwatches are becoming each day more popular and economically accessible (then, they would be means for facilitating communication between patients and healthcare State institutions); ii) they could make healthcare service much better delivered (both in speed and quality); iii) the duty of the State to provide a better service would become easier not just with the creation of newer institutions, but also with politics of incentives for citizens to acquire gadgets (which would also benefit technology companies and financial institutions/banks, for example); iv) reduction of risks of diseases and prevention would be much more effective with remote monitoring, which would save the State huge amounts of resources that would be spent with remedies, treatments, surgeries, etc.

It can be preliminary concluded, then, that IoT (and IoMT) have potential to revolutionize healthcare services and systems through application and improvement of everyday devices and techniques (such as wearables, cloud computing and internet-based communication) in addition to other yet sophisticated techniques (machine learning, artificial intelligence, big data analysis and genetic automated mapping) in order to collect/analyze data and, with such structures, make better diagnosis, prognosis, prevention and treatment. But several technical, ethical and juridical concerns have worried scholars that see this interesting technical field as promising.

It is very visible that IoT when applied to medical issues has a huge potential to enhance healthcare services, then. But when the issue is communicating personal information through electronic networks, security issues - such as risks of leaking data, system invasions and a huge plethora of crimes concerning to individuals' honor and privacy - and this is why such risks and insecurities must be approached.

3. RISKS AND UNCERTAINTIES OF THE IOT CONCERNING THE SECURITY OF ITS USAGE

Security is the first main concern about using IoT/IoMT. As gadgets and devices are connected to the net, the risk of viruses, malwares and hacker invasions constantly worries researchers and scholars - not as a simply potential risk, but as a real menace. To illustrate this fact, for example, in October 2016 the first malware to invade IoT was introduced in the world, able to infect connected devices; it easily accessed devices by using default login information of users, turned those devices into Botnet for DDoS (Distributed Denial of Service) attacks that brought many service websites to stop

working for hours (including big hosting companies); that malware is available as open source for modification - which made a modified version of the malware be introduced after some hours of the main attack.²⁶

The use and evolution of IoT depend mainly on the security aspect, as now the security measures should control the actions both of users and objects. In parallel, being its devices characterized by constrained computing resources, it is impossible to use conventional security mechanisms. Moreover, heterogeneity and the multiple interconnections of devices produce huge amounts of data that are hard to manage.²⁷

Unfortunately it is utopian to believe in a total security for any system, as there is always likelihood of dangers or threats and new vulnerabilities arising everyday.²⁸ But it is important to highlight that for IoMT, security is essential, because a single insecure point in a system of healthcare costs a human life. Negash et. al²⁹ report, for example, that an insulin pumper in a system of management of glucose based on IoMT can be hacked within 100 feet; then, gateways and sensor nodes must be highly considered, because if only one of the devices/components is hacked, the entire system can be manipulated (or even controlled) by invaders.

Likewise, hacked data could fall into the hands of people with dubious intentions. An insurance company, for example, could illegally collect information concerning its customers' health - which could show that the forces who should originally be working toward the well being and health of patients could end up turning against him/her.³⁰

Taking into consideration that (real and hypothetical) concerns, then, it has been suggested that a solid security system ought to incorporate verification procedures and advancements, confirming supplier and patient identifier in order to guarantee gadgets are used by approved personnel, as well as interconnections between devices must be secured by advanced processes and protocols.³¹ It is important to point out that, as healthcare frameworks process and store extremely delicate information - and,

²⁶ SHARMA, Neha; SHAMKUWAR, Madhavi; SINGH, Indjerit. The History, Present and Future with IoT In: BALAS, Valentina et al. (ed.). **Internet of Things and Big Data Analysis for Smart Generation**. Cham: Springer, 2019, p. 101-160; p. 141.

²⁷ GRAMMATIKIS, Panagiotis I. Radoglou; SARIGIANNIDIS, Panagiotis G.; MOSCHOLIPS, Ioannis D. Securing the Internet of Things: Challenges, threats and solutions. **Internet of Things**, v. 5, 2019, p. 41-70.

²⁸ SÁNCHEZ, Julia et al. Security in Smart Grids In: SUN, Hongjian; WANG, Chao; AHMAD, Bashar I. (ed.). **From Internet of Things to Smart Cities: Enabling Technologies**. Boca Raton: Taylor & Francis, 2018, p. 433-547; p. 440.

²⁹ NEGASH, Behailu et al. Leveraging fog computing for healthcare IoT In: RAHMANI, Amir M. et al. **Fog computing in the Internet of Things: intelligence at the edge**. Cham: Springer, 2018, p. 336-395; p. 355.

³⁰ ROXIN, Ioan; BOUCHEREAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104.0-193.0; p. 174.4.

³¹ GUNTUR, Sitaramanjanya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA,

in this sense, not only technical solutions (i.e. encryption and ID administration) must be developed, but regular activities (i.e. purchaser support, divulgence, open mindfulness, customer instruction, socio-ethical based customer rights, security accreditation, responsibility based self-direction, transparency, accumulation constraint, shopper assent, etc.) have also to be included.

One of the main reasons behind the vulnerabilities of IoT is concerning to its main characteristic: the vulnerability of devices that form it, the high-constraining level of the resources of many devices, and the decentralization of the designs can be enlisted here. The ubiquity of the IoT also makes huge amounts of information easily available for invaders. And finally, the establishment of trust among actors in a such decentralized net is another important problem - which demands the development not only of technical schemes (such as context-aware architectures and cryptography), but also security policies such as deployment of reputation schemes enabling devices to decide concerning the level of trust that can be dedicated to other actors interaction with them.³²

Aly et al³³ describe main menaces to the usage of IoT in society, systematizing them as it follows. In first place, it must be informed that there will be several challenges to forensics in the IoTs environments - as with the increasing of insertion of such technology in common life, people will probably start suing one each other based on their behavior in the IoT and on security characteristics of devices/networks of people. For start facing those challenges, device level forensics (which involves collecting potential digital evidence from the participating physical IoT devices such as audio, video, memory, graphics, etc.), cloud forensics (that is because, as the evolution of the sophisticated security threats from devices where most data generated is being moved to the Cloud, forensics strategies have to be adapted to that domain as well), and network forensics (for in network environments, potential attack logs can be extracted and used to conduct the digital investigation process, such as industrial networks, home networks, LANs, WANs, MANs, etc.) have to be developed.

Another important field of undesired attacks to IoT is related to the unexpected data usage. The widespread usage of ubiquitous computing enabled by IoT technologies, has been noticeably pervasive. Daily routine, habits, general health data are private informations that could be inferred from presumably even from non-critical data.

Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things:** advances, challenges and applications. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 684-685.

³² TSIATIS, Vlasos. **Internet of Things:** technologies and applications for a new age of intelligence. 2 ed. London: Academic Press, 2019, p. 478.

³³ ALY, Mohab et al. Enforcing security in Internet of Things frameworks: A Systematic Literature Review. **Internet of Things**, v. 6, 2019, p. 1-24.

Technical limitations of IoT devices when faced to the computational complexity put another technological problem for IoT, as resources such as memory, computation, and energy, are limited in IoT devices and create a crucial bottleneck in the adoption of security measures for real-time on-board implementations. Interoperability of security protocols for each layer of security in global IoT have also to be developed, combining effectively security standards at each layer.

Because of the heterogeneity of networks, architectures and protocols, IoT paradigm devices, clouds and networks become even more vulnerable to single points of failure than any other paradigm. Then, IoT requires mechanisms and standards to introduce redundancy while keeping in view the trade-off between costs and the reliability of the entire infrastructure.

Trusted updates and management are also a very important failure issue for security in IoT smart devices. Such matter has to be regulated by a complex governance that has to be developed for IoT, and blockchain technology could be combined to it for making safety available in such domain, but even that technology puts other challenges to IoT. Despite providing robust approaches for securing IoT, the blockchain systems are also vulnerable, because the consensus mechanism depending upon the miner's hashing power can be compromised, thereby allowing attackers to host the blockchain. And private keys with limited randomness can be exploited to compromise the blockchain accounts.

Another very complex challenge put by IoT is the autonomy devices can acquire with its development, as pointed out by Sfar et al.³⁴ That autonomy enable objects to participate actively, recognizing events, changes in their environment, and react without human intervention. It can be said that networks, instead of simply linking communication between points and processing data, are expected to become intelligent and capable of perceiving, sensing and acting, recognizing, acting and reacting. Then, IoT security must also acquire greater autonomy in perceiving threats and reacting to attacks, based on a cognitive, systemic approach.

Moreover, ubiquity of IoT raises legitimate questions about human privacy, and how to cope with the heterogeneity of user and application requirements in terms of security services. This requires developing adaptive, context-aware and user-centric security solutions. This diversity in terms of security requirements can be addressed via the adaptive, context-aware management of security profiles and policies.

Legally speaking, security has to be taken in the highest account as well - not only because of the importance of the fundamental right to health and life (as pointed out above), but also to avoid prosecutions, lawsuits and extenuating bureaucracy to actualize rights in practice. Both consumers and suppliers have to be protected from

³⁴ SFAR, Arbia Riahi et al. A roadmap for security challenges in the Internet of Things. **Digital Communications and Networks**, v. 4, n. 2, , p. 118-137, abr. 2018.

time-consuming lawsuits that can explode in number, as class actions and product liability lawsuits (among several others) could be brought against IoT manufacturers and other stakeholders (i.e. application developers) by affected consumers.³⁵

Regulation and governance of IoT/IoMT have also to be delicately and detailedly discussed before full implementation of such technology in everyday life of millions of patients/citizens. Being the main interested actors in enhancing of health/life, citizens have to take part in the regulation processes, even though huge private companies have driven the development and evolution of IoMT. Then, the management of its regulation should be with the support by all (i.e. governments, private sector, civil society and international organizations), and not only under the control of one single organization (i.e. the ICANN). Furthermore, non-discriminatory access and transparency must be elected as fundamental principles for the governance of IoT, as well as accountability. Transparency and non-discriminatory access can mobilize civil society to influence constitutional and architectural principles of a regime of governance, and also foster the stability of the developed legal framework. And accountability improves the governance regimes of organizations.³⁶

It was seen, then, that there are many possibilities of breaking a system in order to collect personal information obtained and stored through IoT/IoMT systems. It was also seen that scholars have been concerned not only with technical solutions for those problems, but also to regulating strategies (such as new types of legal principles) in order to better regulate preventively and responsively those technologies. But there still are very important legal observations concerning to fundamental right to privacy and how it is being considered regarding to such regulatory strategies.

4. FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY AND THE INTERNET OF THINGS: ETHICAL AND JURIDICAL CONSIDERATIONS

Some of the worries related to data we can find in the internet are increased in IoT. Allhoff and Henschke³⁷ study that issue from the possibilities of building a profile of users: smart homes, for example, could show the routines, consuming habits and other current information about people who use such technology - and that information is communicated back to the manufacturers (being that not all of that information is even encrypted). It means that not only the market could have access to such data, but also that hackers could make use of such information for bad purposes (making possible

³⁵ MARAS, Marie-Helen. Internet of Things: security and privacy implications. **International Data Privacy Law**, v. 5, n. 2, p. 99-104, 2015, p. 102.

³⁶ WEBER, Rolf H. Internet of things – Need for a new legal environment? **Computer Law & Security Review**, v. 25, p. 522–527, 2009, p. 526-527.

³⁷ ALLHOFF, Fritz; HENSCHKE, Adam. The Internet of Things: Foundational ethical issues. **Internet of Things**, v. 1–2, p. 55-66, 2018.

that intimate aspects of a person's life). According to the authors, Europe has already enforced its General Data Protection Regulation (GDPR) since mid-2018, and in Courts around the USA the right to digital privacy has started to be recognized, but IoT is still mostly unregulated - but there are lots of pitfalls to privacy which are disposable to bad intentioned third parties.

The unauthorized use of private health information could present huge security risks to the patients. Then, compact smart sensors that record, store and transmit to a server demand secure approaches.³⁸ Ensuring privacy must not be only a matter of specialized arrangements (i.e. encryption, ID administration and security upgrading). The prerequisites of IoMT communication systems in healthcare applications are interoperability (which is expected to empower diverse things to cooperate to give the desired benefit), bounded idleness and reliability (which should be concerned when managing emergency circumstances in order for the intercession); furthermore, authentication, security, privacy and respectability use be compulsory when sensitive information is exchanged over the effective.

Health conditions - which could comprehend since simple and current information such as mood, stress level, demographics (e.g., gender, marital status, job status, age), smoking habits, overall well-being, personality type, levels of exercise, types of physical activity or movement, until serious and sensible information, such as progression of Parkinson's and/or Alzheimer's disease, HIV, cancer, epilepsy and schizophrenia - could be inferred from data analysis hugely collected by IoMT devices.³⁹ Such informations could be manipulated to build an unwanted user's profile, which would be very useful for health insurance and pharmaceutical companies. The devices could also be used for eavesdropping by third parties, and all such problems concerning to privacy could erode consumers' confidence on such technology.

Moreover, as IoT is a digital technology, ethical aspects must be consider to its design and use from a digital perspective. The digital actors are all stakeholders (i.e. designers of IoT devices/services, standardization and governing bodies, vendors and users). Then, a normative digital ethics must be developed to define moral standards for IoT design and operation by analyzing the impact of reliability, security, data ownership and traceability, user consent, compliance to legal and regulatory requirements and social values.⁴⁰

³⁸ GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha. **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703; p. 682.

³⁹ SOLANGI, Zulfiqar Ali et al. **The future of data privacy and security concerns in Internet of Things** In: 2018 IEEE INTERNATIONAL CONFERENCE ON INNOVATIVE RESEARCH AND DEVELOPMENT (ICIRD), 11-12 May 2018, Bangkok. Available at: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8376320>. Access in: Jun 24 2019.

⁴⁰ CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018; p. 135.9-137.2.

In order to utilize the full potential of the IoT, national and international legislation needs to be complied too. Storing sensitive personal data for healthcare in a system demands that data privacy laws get complied to it. The system should enable storing sensitive data in a way that preserves confidentiality and privacy according to ethical/legal principles. Furthermore, enabling data protection in the system will be an essential part of ensuring the compliance of the system with relevant international and national legal standards.⁴¹

The ability to collect a constant and regular flow of personal information, from a privacy perspective, may cause significant privacy risks to users.⁴² Collected information could reveal locations, habits, and physical conditions of an individual over time. If shared without proper restrictions, this information could be reused for unknown purposes, shared with unscrupulous third parties, or retained even when it is no longer relevant at the individual's circumstances have changed.

The more data is collected, the more risk there is that it may be used for different purposes. Then, there is a principle called *data minimization*, which can be found throughout several privacy frameworks addressing protection of data and policy initiatives. Such principle refers to a limitation of data that companies should collect, retain and disposed securely once the information is no longer needed.⁴³ In this sense, a balance is needed between developers and users of IoT services in their goals of collecting personal information, being pointed out that data collection practices must be a basis for developing data minimization policies. Data minimization acquires a renewed importance when we analyze that retaining large amounts of data can tempt IoT service provider to sell such information to interested third parties (i.e. insurance and marketing companies).⁴⁴

In the emerging market of IoT, a consensus between the industrial actors in the domain must arrive, many concerning to compatibility between products to communicate and exchange data. Nowadays, each company uses its own technological solutions. Task forces from several manufacturers have recently discussed standards for IoT, in order to allow devices to mutually understand each other and determine the requirements regarding connectivity and interoperability. Standardization is central in the case of a need for technological convergence. The notions of norms and standards

⁴¹ MELCHERTS, Helga E. The Internet of Everything and Beyond: the Interplay between Things and Humans In DIXIT, Sudhir (ed.). **Human bond communication: the holy grail of holistic communication and immersive experience**. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2017, p. 439.0-468.0; p. 449.

⁴² GILBERT, Françoise. Privacy and Security Legal Issues In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 1582-1636; p. 1587-1588.

⁴³ GILBERT, Françoise. Privacy and Security Legal Issues In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 1582-1636; p. 1596-1597.

⁴⁴ GILBERT, Françoise. Privacy and Security Legal Issues In: GENG, Hwaiyu. **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 1582-1636; p. 1600-1601.

are present in Europe, and in America under the same name: a norm is a frame or reference published by an official international organization for standardization (i.e. ISO, ECS, AFNOR, IEEE); a standard is group of recommendations advocated by a group of representatives and informed users that is widely disseminated and used. HTML format for the web is the prime example of this type of procedure.⁴⁵

Nowadays, the fundamental right to private life collides with the omnipresence of the Internet and pervasive computing; individuals communicate and exchange between pairs displaying a desire for collaboration rather than exclusion.⁴⁶ Because of such important changes in private life, a general principle to guide the development of the IoT was issued by the European Commission:⁴⁷ *the security of information and the protection of private life* must be part of the basic requirements for IoT (and related) services. Service providers must deploy the necessary means to guarantee the security of the information and devices during the setting up of their applications, and they must preserve the confidentiality of the information they possess as well.⁴⁸

Although establishing norms and standards is very important, it must be recognized that the development of connected devices and services raises unprecedented problems in regard to regulation, mainly related to novel situations that are not subject to the current legislation or even to any current regulatory body. Because the relatively rapid IoT growth (according to the estimates,⁴⁹ there will be several billion connected devices by 2020), a judicial and technological framework is all the more important.⁵⁰

Major companies (such as IBM, Intel, Ericsson, Samsung or Microsoft) have created several international organizations around them to ensure regulatory functions, such as the *IoT Security Foundation* (nonprofit organization that approaches security aspects of the IoT) and the *Open Connectivity Foundation* (which proposes better interoperability between devices originating with different manufacturers). Nevertheless, both

⁴⁵ BOUHAÏ, Nasreddine. The IoT: Intrusive or Indispensable Objects? In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 10-42; p. 18.6-19.5.

⁴⁶ ROXIN, Ioan; BOUCHERAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104.0-193.0; p. 163.7.

⁴⁷ DIGITAL AGENDA FOR EUROPE, IoT Privacy, Data Protection, Information Security, A Europe 2020 Initiative, 2013.

⁴⁸ ROXIN, Ioan; BOUCHERAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104.0-193.0; p. 164.6.

⁴⁹ ROSE, Karen.; ELDRIDGE, Scott D.; CHAPIN, Lyman. The Internet of Things: an overview. **The Internet Society (ISCO)**, 2015. p. 8.

⁵⁰ ROXIN, Ioan; BOUCHERAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104.0-193.0; p. 169.5.

multidisciplinary and multi sectorial regulation is necessary to standardize the IoT development at the international level (the same way the Internet was regulated).⁵¹

In order to guide the regulation of data obtained and stored by devices, Holdowsky et al⁵² enlisted four basic principles, as it follows: i) knowledge and choice (users must be notified when the data collection occurs, and must be able to decide about the recording); ii) the purpose of the data collection and usage limitations (companies must notify the user and explain the purpose of the operation whenever they collect data of users - and business must also commit to use the data only in a limited way, with the knowledge of the user); iii) minimization (business must only recover what is necessary for its service to function, when they collect data from users); iv) responsibility and security (data are private and belonging to the user - thus, business are responsible for what they collect and must use it with all the possible care to guarantee data security against third-part interference).

Weber⁵³ has pointed out that a new legal environment is necessary for IoT/IoMT, advocating for better security environments and higher confidentiality standards, as privacy and data protection are especially important for maintaining privacy in IoT. This is why, as well, new regulatory approaches to ensure security and privacy are needed - and, particularly, practices such as interception of attacks, data authentication, access control and guarantee of privacy of consumers.⁵⁴ But not only the establishment of legal principles must be emphasized: the nature of IoT demands a differentiated, heterogeneous legal frameworks, which must take into account the technicity, globality, ubiquity and verticality of IoT. The limited national legislation is not appropriated to such context, but self-regulation would also not be enough to ensure security and privacy. Then, internationally established substantial key principles is defended by the author.

Industry standards also must be created, in order to limit the collection and use of data relating to sensible information (health, religion, sexual orientation, etc.).⁵⁵ Processing and storing sensible data by IoT devices, clouds and networks require express consent of concerned individuals, and this should be done with adequate measures to ensure that the data collection are uniquely belonging to the concerned individual.

⁵¹ ROXIN, Ioan; BOUCHERAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In BOUHAI, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104.0-193.0; p. 169.5-170.5.

⁵² HOLDOWSKY, J. et al. **Inside the Internet of Things (IoT)**. Westlake: Deloitte University Press, 2015.

⁵³ WEBER, Rolf H. Internet of things – Need for a new legal environment? **Computer Law & Security Review**, v. 25, n. 6, p. 522-527, nov. 2009.

⁵⁴ WEBER, Rolf H. Internet of Things – New security and privacy challenges. **Computer Law & Security Review**, v. 26, n. 1, p. 23-30, jan. 2010.

⁵⁵ WEBER, Rolf H. Internet of things: Privacy issues revisited. **Computer Law & Security Review**, v. 31, n. 5, p. 618-627, dec. 2015.

Protecting personal data demands self-regulation on the part of consumers. From that perspective, individuals should be able to control and choose which data are collected, by who and when such collection occurs, as the IoT basically is a repository for every aspect of an individual's life - then, its applications should facilitate the rights of accessing, modifying and deleting personal data.⁵⁶ Moreover, the consent users provide for using IoT devices, as well as data collected by such gadgets ought to be informed, freely given, and users should not be economically penalized - or even have degraded access to capabilities of their devices - if they decide not to use a specific service.

A policy of data minimization (through periodical deletion of no longer needed data, as well as of storing data only as needed) must be practiced, in order to reduce harm associated with data breaches and to minimize the risk of deviated usage. But even self-regulation and well developed data policies (which would be embedded in the devices' operational systems themselves) are not enough: privacy must be recognized as a human right, as it occurs in many law systems around the world - and that human right must have serious reflections even on self-regulation systems and policies.

When analyzing juridical and ethical questions concerning to subcutaneous chips to collect medical information (a technology that could also be used for IoMT - and even if it would not, there are analogous characteristics between both technologies), Matos, Menezes and Colaço⁵⁷ enlist a series of principles for safety of sensible personal data:

- a) correlation in collection and processing informations;*
- b) accuracy of collected data* (sided by the obligation in its updating);
- c) function of collecting* (being that such function must be known before collection) - and that principle can be divided into other three principles: i) pertinency (the collection must be specified in the relationship between collected data and the intended purpose); ii) non-abusive use (the collection ought to be specified in the relationship between the function of collection and the usage of its data); iii) right to oblivion (elimination or putting into anonymity of data that are not necessary anymore);
- d) publicity* (there must be a a public database concerning to personal information);
- e) personal access* (the individual must have personal access to information collected about him/herself in order to obtain copies, correcting wrong information, integrating the incomplete ones and eliminating the illegally obtained ones);

⁵⁶ MARAS, Marie-Helen. Internet of Things: security and privacy implications. **International Data Privacy Law**, v. 5, n. 2, p. 99-104, 2015.

⁵⁷ MATOS, Liliane Gonçalves; MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Limites à implantação de chips subcutâneos: a tutela da privacidade como instrumento de proteção da pessoa na sociedade da informação. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 267-300. set./dez. 2017.

f) logical/physical collection of data.

According to the authors (and inspired in Rodotà),⁵⁸ that principological basis can enable juridical thought about dealing data - in which the negative/passive posture about data protection could be substituted by a positive/dynamic position. The juridical technique about data protection also changes - from a repressive capability, given to the private individual only after violation, to a direct and continuous power to control data collectors, independently of the existence of an actual violation. But that basis of new principles would not be enough, by itself, to protect sensible data. Such basis must be associated to those contained in the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet (Lei n. 12.965/2014) and, mainly, to the unity of the juridical system through the collation of fundamental and human rights.

Juridically speaking about constitutional privacy (which is institutionalized in article 5, X, of Brazilian Constitution of 1988), Ávila and Woloszyn⁵⁹ highlight an important theoretical difference between the notions of *privacy*, *intimacy* and *secrecy* (which are imbricated, but not synonymous). Such notions are differentiated by the degree of exclusivity the individual confers to the information: this way, *privacy* comprehend the widest scope of the three, and regards to those informations related to familiar, laboral and communitarian environments (which are safe from unwanted publicity according to the will of its titular); *intimacy* has a narrower scope, in which there are informations about the individual which he/she intends to keep in secrecy. In this sense, intimacy is the essential nucleus of the privacy - and neither privacy nor intimacy can be changed by infra constitutional norms (or even by new amendments). *Secrecy*, by its turn, is contained in other norm (article 5, XII), and regards to those information that are private, but which Brazilian Constitutional Law provides the possibility of disclosure with a judicial writ such as financial and some professional informations).

It is important to highlight that when the Constitution was promulgated, cell-phones and the internet were not part of the reality, and so, it would not be fair to make a strict/literal interpretation of such possibilities of privacy, intimacy and secrecy. The new reality must be studied in order to make a new legal framework and new principles related to such important fundamental rights.

In order to supply such void, in 2018 Brazil has enforced a *Personal Data Protection General Act* (Lei 13.709/2018), aiming to, among other goals, restrict activities regarding to personal data processing, being that, to be considered totally legal, a group of norms must be observed by service providers. In its article 6, a group of principles is

⁵⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Coord. Maria Celina Bondin de Moraes. Translation to Portuguese by Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60.

⁵⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017.

enlisted and enforced: *finality, adequacy, necessity, free access, quality of data, transparency, security, prevention, non-discrimination, and accountability*. Of all those principles, Mulholland⁶⁰ highlights that finality and non-discrimination are the most important ones concerning to sensible data.

Finality principle preconizes that data must be processed for predetermined purposes, which must be explicitly pre-informed to the data owner, and with severe restrictions to ulterior usage for other functions. Non-discrimination principle, by its turn, establishes prohibitions for using personal data in order to illegally or abusively discriminate people. When law related discrimination to illicitness and abusiveness, it seems to recognize possibilities of distinctive treatment to people from data analysis, as long as it is not illegal or abusive - or, in other words, it would be possible to distinguish people when making, for example, data mining, but without *excluding* people from dignity. Then, it would be legally possible, for example, to classify people according to their age, for example to calculate prices of car insurance; however, when such classification is related to sensible data (such as genetics, health conditions, sexual behavior, etc.), which are part of people intimacy, an interpretation parallel to constitutional meanings must be done. In this sense, in another example, insurance companies could not explore sensible data of people who have a genetical predisposition to cancer, or a sexual behavior that is considered of high risk, in order to charge them extremely high fees (to the point that they could not afford such insurances).

The same legal act defines, in its article 5, I and II, the differences between *personal data* and *sensible personal data*. The first one regards to natural persons, while the second one is related to race, ethnicity, religious orientation, political opinion, affiliation to labor union or religious, philosophical or political organization, data regarding to health conditions or sexual life, genetic or biometric data, when linked to a natural person.

It must be said that the Act promotes a very strong importance to consenting of the owner of data to admit the processing - in other words, when he/she manifests free, informed and unmistakeable consent for a legally determined finality (article 5, XII); moreover, such consent must be realized in a highlighted and specific form (article 11, I). Then, it seems to be very protective and parsimonious when regarding to contractual freedom about sensible data. However, it permits processing sensible data without free consent when it is indispensable for executing public policies provided by law (article 11, II, *b*). Certainly, an unconstitutionality can be seen here, as the State could promote discrimination of certain groups (for example, in social security public policies) without consent of the owner of sensible data, for example.

⁶⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: Uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

And this is the neuralgic point of Brazilian legislation concerning to privacy and public policies of healthcare enhancement through IoMT: if such unconstitutional legal dispositive get enforced in this area, not only Brazilian government will be potentially causing discrimination, but also, letting an open pitfall for security in public services involving IoT.

5. CONCLUSION

After all that argumentation, it can be concluded that IoT, when applied to medical issues, plays a fundamental role in remote healthcare, increasing efficient usage of health devices, and improving accessibility of healthcare services. Moreover, several useful devices for that technologies (such as smartphones, wearables and sensors) are already available and very popular among consumers, and with the passing of times, they can be increasingly used by elderly people (who needs the most health monitoring because of age and chronicle diseases). Admissions in healthcare institutions could be reduce, and this is a fact that potentially could reduce public spendings on healthcare (as a physical institution would not be needed for several patients anymore).

All those potentials and much more are really admirable from the point of view of actualizing health as a fundamental right. And when Brazilian constitutional regulation of such fundamental right is considered. IoT/IoMT could enhance healthcare services, then. But when the issue is communicating personal information through electronic networks, security issues (i.e. leaking data, system invasions and crimes concerning to individuals' honor and privacy) must be considered.

Hacked data could fall into the hands of people with deviated intentions. Health insurance companies and governments could illegally collect information concerning its customers' health - which could show that the forces who should originally be working toward the well being and health of patients could end up turning against him/her. And all risks are aggravated when we analyze that IoT/IoMT are characterized by ubiquity, collecting all types of personal data (including sensible ones) 24/7.

As healthcare frameworks process and store extremely delicate information - and, in this sense, not only technical solutions (encryption and ID administration, for example) must be developed, but regular activities (consumer support, divulgence, open mindfulness, customer instruction, socio-ethical based customer rights, security accreditation, responsibility based self-direction, transparency, accumulation constraint, shopper assent, etc.) have also to be included.

Security has to be taken in the highest account not only because of the importance of the fundamental right to health and life, but also to avoid prosecutions, lawsuits and extenuating bureaucracy to actualize rights in practice. Both consumers and suppliers have to be protected from time-consuming lawsuits that can explode in

number, as class actions and product liability lawsuits (among several others) could be brought against IoT manufacturers and other stakeholders (i.e. application developers) by affected consumers.

Regulation and governance of IoT/IoMT have also to be delicately and detailedly discussed before full implementation of such technology in everyday life of millions of patients/citizens. Being the main interested actors in enhancing of health/life, citizens have to take part in the regulation processes, even though huge private companies have driven the development and evolution of IoMT. Then, the management of its regulation should be with the support by all (i.e. governments, private sector, civil society and international organizations), and not only under the control of one single organization.

Ensuring privacy must not be only a matter of specialized arrangements. Health conditions could be inferred from data analysis hugely collected by IoMT devices. Such informations could be manipulated to build an unwanted user's profile, which would be very useful for health insurance and pharmaceutical companies. The devices could also be used for eavesdropping by third parties, and all such problems concerning to privacy could erode consumers' confidence on such technology. Collected information could as well reveal locations, habits, and physical conditions of an individual over time. If shared without proper restrictions, this information could be reused for unknown purposes, shared with unscrupulous third parties, or retained even when it is no longer relevant at the individual's circumstances have changed.

In order to regulate privacy throughout the use of IoT/IoMT regarding to sensible data, then, perhaps the two main (but not only) legal principles are finality of collected data and non-discrimination. Brazilian legal acts concerning to such matter seem to be attending to such need, but left a huge door open not only to disrespect of privacy by bad intentioned third parties, but also to the government itself, as public policies could make use of sensible personal data in order to attend public interests.

6. REFERENCES

ALLHOFF, Fritz; HENSCHKE, Adam. The Internet of Things: Foundational ethical issues. **Internet of Things**, v. 1-2, p. 55-66, 2018.

ALY, Mohab et al. Enforcing security in Internet of Things frameworks: A Systematic Literature Review. **Internet of Things**, v. 6, p. 1-24, 2019.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017.

BANNAN, Brenda; GALLAGHER, Shane; LEWIS, Bridget. Next-Generation Learning: Smart Medical Team Training In: GENG, Hwaiyu (Ed.). **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 222-249; p. 222-223.

BOROVSKA, Plamenka. Big Data Analytics and Internet of medical Things Make Precision Medicine a Reality. **International Journal of Internet of Things and Web Services**, v. 3, p. 24-31, 2018.

BOUHAÏ, Nasreddine. The IoT: Intrusive or Indispensable Objects? In BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 10-42.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUDHURI, Abhik. **Internet of things, for Things, and by Things**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2018.

GENG, Hwaiyu. Internet of Things and Data Analytics in the Cloud with Innovation and Sustainability In: GENG, Hwaiyu (Ed.). **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 21-79.

GILBERT, Françoise. Privacy and Security Legal Issues In: GENG, Hwaiyu (Ed.). **Internet of Things and Data Analytics Handbook**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2017, p. 1582-1636.

GRAMMATIKIS, Panagiotis I. Radoglou; SARIGIANNIDIS, Panagiotis G.; MOSCHOLIPS, Ioannis D. Securing the Internet of Things: Challenges, threats and solutions. **Internet of Things**, v. 5, p. 41-70, 2019.

GUNTUR, Sitaramanjaneya Reddy; GORREPATI, Rajani Reddy; DIRISALA, Vijaya R. Internet of Medical Things: remote healthcare and Health Monitoring Perspective In: HASSANIEN, Aboul Ella; DEY, Nilanjan; BORRA, Surekha (Ed.). **Medical Big Data and Internet of Medical Things: advances, challenges and applications**. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2019, p. 633-703.

HOLDOWSKY, J. et al. **Inside the Internet of Things (IoT)**. Westlake: Deloitte University Press, 2015.

IEEE Standards Association (IEEE-SA). **Internet of Things (IoT) Ecosystem Study**. IEEE Standards Association, The Institute of Electrical and Electronic Engineers, Inc., 2015. Available at: https://iot.ieee.org/images/files/pdf/iot_ecosystem_exec_summary.pdf. Access in: 4 fev 2019.

MARAS, Marie-Helen. Internet of Things: security and privacy implications. **International Data Privacy Law**, v. 5, n. 2, p. 99-104, 2015.

MATOS, Liliane Gonçalves; MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Limites à implantação de chips subcutâneos: a tutela da privacidade como instrumento de proteção da pessoa na sociedade da informação. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 267-300. set./dez. 2017.

MELCHERTS, Helga E. The Internet of Everything and Beyond: the Interplay between Things and Humans In DIXIT, Sudhir (Ed.). **Human bond communication: the holy grail of holistic communication and immersive experience**. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2017, p. 439-468.

MIHOVSKA, Alben; PRASAD, Ramjee; PEJANOVIC, Milica. Human-centered IoT Networks In DIXIT, Sudhir (Ed.). **Human bond communication: the holy grail of holistic communication and immersive experience**. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2017, p. 178-219.

MILOVANOVIC, Dragorad; BOJKOVIC, Zoran. Cloud-based IoT healthcare applications: Requirements and recommendations. **International Journal of Internet of Things and Web Services**, v. 2, p. 60-65, 2017.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: Uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdez do (Org.) **Tratado de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379-437.

NEGASH, Behailu et al. Leveraging fog computing for healthcare IoT In: RAHMANI, Amir M. et al. (Ed.). **Fog computing in the Internet of Things: intelligence at the edge**. Cham: Springer, 2018, p. 336-395.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Coord. Maria Celina Bondin de Moraes. Translation to Portuguese by Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSE, Karen.; ELDRIDGE, Scott D.; CHAPIN, Lyman. The Internet of Things: an overview. **The Internet Society (ISCO)**, 2015.

ROXIN, Ioan; BOUCHERAU, Aymeric. Introduction to the technologies of the Ecosystem of the Internet of Things In: BOUHAÏ, Nasreddine; SALEH, Imad (Ed.). **Internet of Things: Evolutions and Innovations**. Digital Tools and Uses Set series, vol. 4. London: Wiley-ISTE, 2017, p. 104-193.

SÁNCHEZ, Julia et al. Security in Smart Grids In: SUN, Hongjian; WANG, Chao; AHMAD, Bashar I. (Ed.). **From Internet of Things to Smart Cities: Enabling Technologies**. Boca Raton: Taylor & Francis, 2018, p. 433-547.

SFAR, Arbia Riahi et al. A roadmap for security challenges in the Internet of Things. **Digital Communications and Networks**, v. 4, n. 2, p. 118-137, abr. 2018.

SHARMA, Neha; SHAMKUWAR, Madhavi; SINGH, Indjerit. The History, Present and Future with IoT In: BALAS, Valentina et al. (ed.). **Internet of Things and Big Data Analysis for Smart Generation**. Cham: Springer, 2019, p. 101-160.

SINNAPOLU, GiriBabu; ALAWNEH, Shadi. Integrating wearables with cloud-based communication for health monitoring and emergency assistance. **Internet of Things**, v. 1–2, p. 40–54, 2018.

SOLANGI, Zulfiqar Ali et al. **The future of data privacy and security concerns in Internet of Things** In: 2018 IEEE INTERNATIONAL CONFERENCE ON INNOVATIVE RESEARCH AND DEVELOPMENT (ICIRD), 11-12 May 2018, Bangkok. Available at: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8376320>. Access in: Jun 24 2019.

SWAROOP, K. Narendra et al. A health monitoring system for vital signs using IoT. **Internet of Things**, v. 5, p. 116–129, 2019.

TSIATSIS, Vlasos. **Internet of Things: technologies and applications for a new age of intelligence**. 2 ed. London: Academic Press, 2019.

WEBER, Rolf H. Internet of things – Need for a new legal environment? **Computer Law & Security Review**, v. 25, p. 522–527, 2009.

WEBER, Rolf H. Internet of Things – New security and privacy challenges. **Computer Law & Security Review**, v. 26, n. 1, p. 23-30, jan. 2010.

WEBER, Rolf H. Internet of things: Privacy issues revisited. **Computer Law & Security Review**, v. 31, n. 5, p. 618-627, dec. 2015.



L'accès indirect des citoyens aux cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France

The indirect access of citizens to constitutional courts in Germany, Brazil and France

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS¹

¹Karl-Franzens-Universität Graz (Áustria)

carolina.alves-das-chagas@uni-graz.at

<https://orcid.org/0000-0002-9486-6344>

Recebido/Received: 12.12.2017 / December 12th, 2017

Aprovado/Approved: 28.08.2019 / August 28th, 2019

Résumé

La participation démocratique, une des bases de l'État de Droit, doit être présente parmi tous les pouvoirs de l'État et, cela vaut dire aussi, certainement, dans le pouvoir Judiciaire. Une des manières d'apprécier une telle participation est à travers l'accès des citoyens aux Cours constitutionnelles. Cet accès peut être développé d'une manière directe ou indirecte, individuelle ou collective, de même qu'il peut varier d'un pays à l'autre. La présente recherche a comme but l'analyse de la participation citoyenne indirecte dans les Cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France. À la fin, il est possible de constater que l'élément de la participation démocratique est souvent mis en conflit avec l'efficacité de ces Cours. En outre, il est remarquable certaines conceptions institutionnelles aient été créés pour garantir cette participation, mais ont en pratique un résultat différent en raison des normes internes des Cours.

Mots-clés: juridiction constitutionnelle; contrôle de constitutionnalité; tiers intervenants; audience publique; droit comparé.

Abstract

Democratic participation is one of the bases of the Rule of Law and thus should be found throughout all the branches of the State, including the judicial one. One of the ways to measure this kind of participation could be through analyzing the possibilities of citizens to access their constitutional courts. This access can be direct or indirect, individual or collective, and could differ within the different countries. The following paper aims to analyze the indirect participation of citizens in the Constitutional courts of Germany, Brazil and France. At the end, it will be notice that the element of democratic participation is usually conflicting with the efficiency of the work in the courts. Furthermore, it is remarkable that some of the internal designs of the courts, made for ensuring this kind of participation, are often neglected by the courts' internal regulations.

Keywords: constitutional courts; judicial review; third-party interventions; public audiences; comparative law

Como citar esse artigo/How to cite this article: CHAGAS, Carolina A. L'accès indirect des citoyens aux cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 323-348, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.56881.

CONTENTS

1. Introduction; 2. La participation au dialogue constitutionnel: l'accès indirect; 2.1. Les tiers intervenants au processus constitutionnel; 2.1.1. La participation au contrôle de constitutionnalité abstrait; 2.1.2. La participation au contrôle concret et l'objectivation de la demande; 2.2. Les audiences publiques: le débat dans les juridictions constitutionnelles; 2.2.1. Les audiences liées aux parties du processus – la préparation du jugement; 2.2.2. Les audiences liées aux thématiques abordées – la collecte des informations; 3. Conclusion; 4. Références.

1. INTRODUCTION

Les Constitutions contemporaines attribuent à l'État plusieurs activités, de manière que, si les institutions majoritaires n'arrivent pas à les réaliser de façon effective et appropriée aux yeux de l'opinion publique, il y a de plus en plus une tendance de ces citoyens à mobiliser les juridictions, surtout la juridiction constitutionnelle, en visant l'efficacité de son agenda politique.¹

Les Cours constitutionnelles ne décident pas dans un vide politique, de façon que, pour rendre possible des décisions intelligentes et effectives, elles doivent être perceptives et réactives au contexte politique.² Il est vrai que les Cours sont sensibles au degré d'acceptabilité de leurs décisions et, par conséquent, évaluent leur légitimité et organisent leur intervention selon les attentes sociales autour de leur rôle.³ Par ailleurs, une Cour constitutionnelle doit être capable d'opérer ses facultés non seulement avec les parties d'un processus, mais aussi avec la sphère publique en général, en travaillant comme un forum de contestation ouvert et disponible.⁴

Lorsque beaucoup des Cours constitutionnelles utilisent leurs juridictions pour décider "au nom du peuple", il apparaît comme une conséquence logique que leur légitimité soit dépendante, dans une certaine mesure, de la pluralité de la société reflétée dans ces travaux.⁵ Les Cours constitutionnelles, de manière générale, n'ont pas le pouvoir pour forcer l'observation de leurs décisions. C'est-à-dire qu'elles dépendent des acteurs politiques et de la société pour que leur rôle et le respect pour leur autorité soient efficaces.⁶

¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 76.

² MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 196.

³ MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition). Position 3157.

⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**, p. 116 e 187.

⁵ BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary in Germany. **German Law Journal**, vol. 05, n. 10, 2009, p. 1323.

⁶ ZYPRIES, Brigitte. The Basic Law at 60 – Politics and the Federal Constitutional Court. **German Law Journal**, vol. 11, n. 01, 2010, p. 95/96.

Dans ce cadre, il semble indispensable qu'une Cour constitutionnelle ait une base solide pour un dialogue avec la population. Il est vrai que cela peut être fait selon diverses méthodes. Néanmoins, la présente recherche va se focaliser sur la participation citoyenne dans les saisines constitutionnelles dans ces Cours. De même, le sujet de recherche est centré sur trois pays – l'Allemagne, le Brésil et la France – qui ont conceptions institutionnelles différentes, mais qui ont, toutefois, aussi des points des convergences, ce qui enrichit la comparaison.

À partir de la prémisse ici partagé et des pays cités, il faut vérifier les formes passibles d'accès des citoyens à la juridiction constitutionnelle des Cours constitutionnelles, une des façons d'améliorer leur légitimité et la participation des citoyens au Judiciaire, pour une meilleure qualité du débat des sujets constitutionnels.

Nonobstant l'importance de l'accès dans sa modalité directe, c'est-à-dire, lorsque les citoyens agissent comme des requérants des saisines devant les Cours constitutionnelles, l'accès indirect sera en focus, lorsque son étude est encore plus faible à la doctrine juridique.

L'accès indirect est ici mentionné comme une possibilité de participation au dialogue constitutionnel dans les Cours constitutionnelles, qui ne sont pas caractérisées comme participation d'une partie requérante. Dans ce cas, les participations comme tiers intervenants au processus constitutionnel et dans les audiences publiques des Cours constitutionnelles seront étudiées.

Bref, la présente recherche a comme but de vérifier les moyens avec lesquels les Cours constitutionnelles sélectionnées garantissent ces participations et comment elles jouent ce rôle d'institution ouverte et démocratique.

2. LA PARTICIPATION AU DIALOGUE CONSTITUTIONNEL: L'ACCÈS INDIRECT

Dans une Cour constitutionnelle, non seulement les décisions produites sont importantes, mais aussi la possibilité d'identifier quelles voies ont été suivies et quelle a été la manière utilisée pour les atteindre.⁷ Ainsi, il reste important d'analyser également les moments à travers lesquels les citoyens peuvent participer au dialogue constitutionnel de façon indirecte.

L'interprétation de la Constitution doit être produite par une dynamique complexe d'interactions entre les pouvoirs publics et entre ces derniers et la société civile.⁸ Interlocuteurs externes, même s'ils n'ont pas le pouvoir de décider une demande – ou

⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 220.

⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 208.

au moins l'extension de la demande -, ils peuvent être participants des processus constitutionnels, puisque le fardeau politique de l'inclusion, de l'empathie et de la réactivité se réfère également à eux.⁹

Une Cour constitutionnelle interagit normalement non seulement avec les plaideurs, mais aussi avec la sphère publique largement conçue et indirectement imaginée. Elle a la possibilité d'agir comme catalyseur de la délibération externe et de travailler comme un "forum de contestation" ouvert et accessible. De plus, elle peut être mieux accueillie au milieu social lorsqu'elle déclenche un processus de délibération parmi les citoyens.¹⁰

L'absence d'une telle participation peut résulter dans une apathie politique parmi les secteurs importants de la population, ce qui peut apporter de mauvaises conséquences à la démocratie, car les intérêts et les opinions pertinents ne seront pas pris en compte. Selon Carlos Santiago Nino, "une implication politique accrue ne devrait pas surcharger le système avec des demandes insatiables, mais peut donner aux gens un sens de responsabilité dans les préoccupations exprimées".¹¹ La participation atténuée l'abîme entre le gouvernement – ou les Cours - et la société, de sorte que "la réalisation de niveaux élevés de participation devrait être l'objectif permanent de l'action politique et judiciaire".¹²

Évidemment la question de rendre possible une telle participation indirecte et le degré de cette participation peuvent impacter à l'efficacité des travaux dans la Cour – l'extension d'une délibération peut être moins pratique face à une possible urgence ou la nécessité de rendre au processus une durée raisonnable.¹³ Sur cette question, Thierry Santolini affirme que "face au danger permanent d'engorgement, les juridictions constitutionnelles ont (...) fortement renforcé les conditions de recevabilité des recours directs. Ces mêmes préoccupations ont également influé sur les modalités du débat contradictoire, imposant une limitation du nombre de plaideurs et privilégiant une procédure essentiellement écrite".¹⁴

C'est pour cela que les différentes Cours constitutionnelles mettent différentes intensités pour promouvoir la participation indirecte. Cela dépend de comment elles se rapportent avec cette question d'efficacité. L'accès indirect donc est une possibilité

⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 45.

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 116-117.

¹¹ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 154.

¹² NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 160.

¹³ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 36-37.

¹⁴ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 273.

d'amplifier la participation populaire sans vraiment amplifier la liste des légitimés dans les saisines constitutionnelles.

Contrairement aux possibilités d'accès aux Cours constitutionnelles comme requérants des saisines constitutionnelles, les citoyens peuvent être présents à la juridiction constitutionnelle comme participants externes à la saisine, soit comme tiers intervenants au processus (2.1), ou soit à travers les audiences publiques (2.2). La manifestation des tiers intervenants ou la mise en œuvre des audiences publiques ne lient pas obligatoirement les juges, mais certainement peuvent les aider dans leurs jugements, en rendant possible l'appropriation d'autres arguments dans le débat et les probables effets et implications de leurs décisions.¹⁵

2.1. Les tiers intervenants au processus constitutionnel

La figure du tiers intervenant permet que les personnes externes au processus constitutionnel puissent intervenir lorsque des problématiques de pertinence sociale sont discutées, en visant l'extension du débat dans un sujet déterminé. Une telle participation peut encourager la manifestation des divers points de vue présents dans le tissu social, ce qui est important, en tenant compte que ces personnes peuvent être affectés par une des décisions ultérieurement.¹⁶

Lorsqu'il s'agit d'une juridiction constitutionnelle, où les questions débattues concernent la communauté nationale, l'intervention est plus difficilement autorisée par des défenseurs de situations individuelles. La nature objective du contrôle de constitutionnalité – même de certains contrôles concrets – favorise la présence des tiers porteurs d'intérêts collectifs.¹⁷

Les personnes représentant un intérêt collectif ont le but d'aider la Cour constitutionnelle dans sa mission. Par conséquent, ces Cours promeuvent une ouverture sélective du procès constitutionnel, "qui répond au besoin d'enrichir le débat contradictoire avec des sujets porteurs d'intérêts collectifs qui, en tant que tels, synthétisent par leur typicité les positions conflictuelles comprises dans le procès incident".¹⁸

La plupart du temps donc les personnes entendues comme tiers ne sont pas des plaideurs, "elles n'ont, en principe, aucun intérêt personnel à défendre, leur rôle essentiel est d'éclairer le juge, non de prendre part au débat contradictoire".¹⁹ Ainsi, d'une manière générale les tiers peuvent avoir des attributs capables de garantir la fortification

¹⁵ CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS*, vol. 9, n. 2, 2014, p. 23.

¹⁶ SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, vol. 207, p. 153-196, maio 2012. p. 154.

¹⁷ SANTOLINI, Thierry. *Les parties dans le procès constitutionnel*. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 320.

¹⁸ SANTOLINI, Thierry. *Les parties dans le procès constitutionnel*. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 344.

¹⁹ SANTOLINI, Thierry. *Les parties dans le procès constitutionnel*. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 277.

du débat constitutionnel avec des arguments techniques et scientifiques,²⁰ ou même pour contribuer avec d'autres perspectives et des arguments sociaux. Cependant, même si les Cours constitutionnelles acceptent l'intervention des tiers, généralement elles le font avec circonspections, pour éviter les risques d'engorgement.²¹

Pour accéder à la juridiction constitutionnelle, le tiers peut être participant dans un processus de contrôle de constitutionnalité abstrait (2.1.1.), ou même, dans un processus de contrôle concret de constitutionnalité (2.1.2.), bien que ce dernier ait, en théorie, comme but principal la résolution d'un cas d'espèce.

2.1.1. *La participation au contrôle de constitutionnalité abstrait*

Étant donné que la participation de tiers intervenant arrive plus souvent pour aider la défense d'un intérêt général, il est plausible que son utilisation soit plus observée dans les saisines de contrôle abstrait de constitutionnalité. Elle se présente aussi comme une possibilité de rendre plus démocratique un contrôle qui, de façon générale, est strict à certaines légitimités politiques.

En Allemagne, selon la prérogative prévue dans §27a BVerfGG, « la Cour constitutionnelle fédérale peut inviter des tiers experts à présenter des observations ». Cela est aussi présent au §22 (5) du Régiment interne de la Cour.²² La participation de tiers est directement liée donc à la production des preuves et à des elucidations des juges constitutionnels.²³ Elle est généralement requise par la Cour pour apporter surtout deux avantages : l'un d'informer la juridiction sur tous les points de vue possibles du sujet ; l'autre d'aider à l'acceptation sociale de la décision, en intégrant les personnes intéressées.²⁴

Celui qui souhaite participer au contrôle de constitutionnalité abstrait comme tiers - soit des personnes physiques, soit des personnes morales - doit manifester son intérêt au juge rapporteur. Il est vrai, néanmoins, que cela ne peut qu'arriver après l'appel de la Cour. Autrement dit, la Cour constitutionnelle n'accepte pas de manifestation spontanée.²⁵ La décision qui permet ou non cette participation fait partie d'un choix discrétionnaire de la Cour.²⁶

²⁰ SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, vol. 207, p. 153-196, maio 2012. p. 163.

²¹ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 279.

²² §22 (5) - Sur proposition du membre rapporteur ou après décision du sénat, la présidente ou le président du sénat demande à des personnes particulièrement qualifiées dans un domaine de faire une expertise relative à une question déterminante pour la décision de la Cour.

²³ SACHS, Michael. **Verfassungsprozessrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 23.

²⁴ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 105.

²⁵ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 106.

²⁶ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 105.

Les questions adressées aux tiers intervenants peuvent être de nature technique ou juridique. Toutefois, la Cour constitutionnelle, avant d'utiliser les informations acquises, les communique aux autorités qui participent au processus ou d'autres tiers (Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26.3.2014 – BvR 3185/09, Rn 11).²⁷ Par ailleurs, comme les tiers intervenants ne sont pas qualifiés comme parties au processus, ils n'ont pas le droit de demander à la Cour que ses arguments soient vraiment considérés. Habituellement, leurs opinions sont présentes dans le rapport du procès et, au moins, de manière générale, dans les motifs de la décision (BVerfGE 135, 155 [193, Rn 94] ; 134, 204 [218, Rn 50] ; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, Rn 12).²⁸

L'idée de contribution citoyenne au débat se trouve plus stricte, lorsqu'elle ne se matérialise qu'avec l'initiative et la volonté de la Cour constitutionnelle.

Laparticipation des tiers dans le contrôle de constitutionnalité abstrait à la juridiction constitutionnelle françaiseest possible aussi dans une situation particulière.

Cette participation est reconnue sur le nom de "portes étroites".²⁹ Les portes étroites correspondent à "un simple document, non formalisé, par lequel ceux qui n'ont pas d'accès procédural au Conseil constitutionnel tentent de lui faire entendre une préoccupation, dans un sens ou dans l'autre, au sujet de la loi déferée".³⁰

La création date d'une époque où les citoyens n'avaient pas la possibilité de défendre leurs droits fondamentaux devant le juge constitutionnel (avant donc l'institution de la QPC), ce qui a encouragé les personnes physiques et morales à adresser des mémoires au Conseil constitutionnel, en attirant l'attention sur l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de loi en cours d'adoption.³¹ Ainsi, en général, il est possible que des citoyens, des associations, des syndicats, des entreprises, des organisations professionnelles, entre autres, puissent introduire une telle communication.³²

²⁷ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 106.

²⁸ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 107.

²⁹ Le nom a été créé par le Doyen Georges Vedel, utilisé par lui dans l'article « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite », **La vie judiciaire** 11-17 mars 1991; BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In : <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 10.

³⁰ BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In : <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 10.

³¹ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 327.

³² BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In : <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 14.

Bien qu'il n'ait pas de disposition législative, les portes étroites sont implicitement admises par le Conseil constitutionnel, en permettant, par conséquent la participation de personnes ne disposant pas de la qualité pour agir devant lui, tandis que les arguments n'ont pas encore été critiqués par les requérants.³³ Comme il n'y a pas des paramètres normatifs à être observés, l'admissibilité des portes étroites dépend exclusivement de l'analyse de la demande de participation par les juges constitutionnels.

Évidemment que cette participation a comme but principal la contribution au débat constitutionnel, mais d'une façon, quand même particulière, lorsqu'elle promeut "la réflexion du juge sans enrichir le débat contradictoire. Les parties sont tenues dans l'ignorance et ne peuvent donc répliquer à ce genre d'initiative qui bénéficie exclusivement à l'information du juge".³⁴ Autrement dit, les portes étroites "aident le Conseil à enrichir le débat en dégeant un angle d'attaque constitutionnel que la lettre de saisine n'avait pas identifié".³⁵

À la fin, tout le monde gagne quand la réflexion du juge est la mieux éclairée possible et qu'elle est soumise à une bonne qualité et pluralité d'arguments.³⁶ De plus, les portes étroites permettent également que le Conseil puisse "disposer d'une meilleure appréhension du cas d'espèce sans avoir pour cela à élargir le cercle des plaideurs et risquer d'accroître l'engorgement des rôles".³⁷

Un débat qui a toujours imprégné l'application des portes étroites était la non-publication de ces instruments. Bien qu'il ait des arguments solides pour ou contre cette publication,³⁸ le Conseil constitutionnel a décidé en 2017 de bénéficier la publication des actes, en instituant le devoir de publication d'une liste de ces contributions extérieures,³⁹ de sorte que le débat avec la société soit développé de façon plus large et informée.

³³ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 328.

³⁴ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 328.

³⁵ BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In: <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 19.

³⁶ BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In: <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 20-21.

³⁷ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 329.

³⁸ BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In: <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>. p. 35-42.

³⁹ « Le Conseil constitutionnel peut recevoir aussi des « contributions extérieures », appelées parfois « portes étroites », qui, dans le cadre de l'examen *a priori* d'une loi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, n'ont pas le caractère de documents de procédure. Il est apparu opportun au Conseil constitutionnel de porter désormais à la connaissance du public la liste des « contributions extérieures » qui lui sont adressées.

Il mérite d'être également souligné le fait que, même avec l'introduction de la QPC à la juridiction constitutionnelle française, en produisant une "ouverture" aux portes du Conseil constitutionnel, la pratique des portes étroites n'a pas diminué, ce qui vaut aussi pour leur réception par les juges.⁴⁰ Or, il reste évident que les portes étroites sont devenues des instruments internalisés du contrôle de constitutionnalité abstrait français et que la participation citoyenne a gagné donc sa place dans la procédure constitutionnelle abstraite.

L'ordre juridique brésilien a également créé des possibilités d'élargir la participation citoyenne sans agrandir la liste de légitimités à la procédure constitutionnelle avec l'autorisation de la manifestation de tiers dans les saisines de contrôle de constitutionnalité abstrait. Ils peuvent être reconnus comme *amicus curiae*, ou comme des experts pour aider la Cour.

Premièrement, la juridiction constitutionnelle brésilienne a des dispositions législatives qui permettent explicitement la participation des *amicus curiae*, ce qui est souvent utilisé par la Cour suprême, en reconnaissant leur contribution au débat démocratique au niveau juridictionnel.⁴¹ Selon l'art. 7, § 2° de la Loi 9.868/1999 et l'art. 6, § 2° de la Loi 9.882/1999, le juge rapporteur peut, en considérant l'importance du sujet versé dans la saisine et la représentativité des postulants, autoriser la manifestation d'autres organes ou entités intéressés au procès constitutionnel.

Il vaut le dire, il faut avoir deux exigences légales pour participer à la saisine comme tiers : être une personne morale (une association ou entité) et que ses membres soient affectés par la décision concernée (représentativité) – ce qui éloigne la participation des personnes physiques.⁴² La décision qui admet ou non la participation d'un tiers n'est pas susceptible d'être révisé.

Il est intéressant de mettre en évidence le fait que la Cour suprême autorisait déjà la participation des *amicus curiae* aux saisines de contrôle de constitutionnalité abstrait avant à la disposition législative.⁴³ La manifestation de ces tiers peut faire

Dorénavant, la liste de ces contributions extérieures sera donc mise en ligne sur le site Internet du Conseil constitutionnel en même temps que sa décision. »; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. « Communiqué sur les «contributions extérieures», du 27 février 2017 ». In: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/communique-sur-les-contributions-exterieures.148638.html>>.

⁴⁰ BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In: <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denis-de-bechillon/>>. p. 14.

⁴¹ ADI 3.045, juge rapporteur Celso de Mello, jugement du 10-8-2005, *DJ* de 1-6-2007; ADPF 41-Agr, juge rapporteur Ellen Gracie, jugement du 15-6-2009, *DJE* de 19-6-2009.

⁴² ADI 4.178, juge rapporteur CezarPeluso, jugement du 07-10-2009, *DJ* de 16-10-2009 ; ADI 3.695, juge rapporteur TeoriZavascki, jugement du 9-4-2014, *DJ* de 14-4-2014.

⁴³ ADI 748, juge rapporteur Celso de Melo, *DJ* 18/11/1994; CARDOSO, O. V., "Amicuscuriae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro", p. 9.

allusion sur les questions de droits, sur les faits, ou sur l'interprétation de la norme en question.⁴⁴

Comme l'intervention de tiers à l'ordre juridique français, initialement la Cour suprême brésilienne n'admettait que des manifestations écrites pour les *amicus curiae*, mais il ne restait pas longtemps pour permettre aussi la sustentation orale, comme on le verra prochainement.⁴⁵

D'une façon générale, il y a une absence de raisons spécifiques dans les décisions qui admettent la participation de ces tiers, en dénotant le côté discrétionnaire du juge constitutionnel. Toutefois, il reste indispensable que l'intéressé, au moment de demander une intervention, démontre qu'il va contribuer de façon innovatrice au débat procédural.⁴⁶

La participation des tiers aux saisines de contrôle de constitutionnalité abstrait dans la juridiction constitutionnelle brésilienne n'arrive pas seulement à travers l'initiative de représentants des citoyens, mais aussi à travers une proposition du juge rapporteur de la saisine, ce qui le rapproche de l'ordre juridique allemand.

À partir de cette deuxième possibilité, le juge rapporteur, lorsqu'il envisage être nécessaire l'élucidation du sujet concernant ou de ces circonstances de fait, peut demander des informations additionnelles à des experts.⁴⁷ Ainsi que les *amicus curiae*, la contribution des experts est faite par écrit ou à l'oral. Cette participation est très courante dans la juridiction constitutionnelle brésilienne,⁴⁸ surtout aux audiences publiques, comme on le verra prochainement.

En général, les juridictions constitutionnelles ici analysées tendent à garantir les interventions des représentants de la société au contrôle de constitutionnalité abstrait, lequel contrôle est normalement caractérisé pour n'avoir que des autorités publiques comme requérants légitimés. Cela est donc une autre voie légitime pour garantir une contribution au débat de la protection constitutionnelle aux citoyens. Cette participation est possible aussi au contrôle de constitutionnalité concret.

⁴⁴ CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS*, vol. 9, n. 2, 2014, p. 7.

⁴⁵ CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS*, vol. 9, n. 2, 2014, p. 7.

⁴⁶ SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, vol. 207, p. 153-196, maio 2012. p. 182-183.

⁴⁷ Article 9º, § 1º, Loi n. 9.868/1999 et article 6º, §1º, Loi 9.882/1999.

⁴⁸ Elle était présente, par exemple, dans certains cas importants, comme sur la recherche avec des cellules souches (ADI 3510), l'avortement de fœtus anencéphales (ADPF 54) et de mariage homosexuel (ADPF 132 et ADI 4277) – BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do "amicus curiae"*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 5, n. 2, jun./dez. 2013. p. 173.

2.1.2. La participation au contrôle concret et l'objectivation de la demande

Le contrôle de constitutionnalité concret, puisqu'il est basé sur un cas d'espèce, semble ne pas avoir une structure qui, a priori, va réveiller l'intérêt de tiers au processus. Pourtant, l'intensification de l'objectivation de ces saisines, en rendant également important la protection générale de l'ordre constitutionnel, a influencé dans la participation d'autres personnes qui ne sont pas les parties dans le processus constitutionnel. Par conséquent, "le caractère concret du contrôle est alors sensiblement réduit".⁴⁹

Cela vaut, par exemple, pour le cas de la juridiction constitutionnelle française. La création de la QPC a non seulement transformé les justiciables en nouveaux acteurs du contentieux constitutionnel – participation direct du citoyen comme partie du processus –, mais aussi a transformé les "portes étroites", jusqu'ici dominantes, en portes ouvertes à la participation des tiers – moyen indirect de la participation citoyenne.⁵⁰

La participation des tiers peut favoriser, comme déjà souligné, le développement des différentes idées et arguments devant le Conseil. De plus, l'effet *erga omnes* d'une décision rendue à l'occasion d'une QPC favorise aussi avec l'intérêt de contribuer aux débats, tandis qu'il "peut susciter le désir de parties à une autre instance en cours ou de personnes potentiellement concernées par la disposition législative contestée, à faire connaître au Conseil constitutionnel leur argumentation".⁵¹

Ainsi que le cas des "portes étroites", l'intervention à la QPC n'a pas de disposition normative spécifique au début. Ce silence permettait au Conseil de décider de forme entièrement libre, en réservant d'éventuelles interventions dans le cadre de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.⁵²

C'est donc le Conseil constitutionnel lui-même qui a eu l'occasion de préciser les règles relatives aux interventions devant lui. L'intervention était différée la première fois dans la QPC 2010-42 du 7 octobre 2010. Le Conseil a donc estimé que le tiers demandeur avait intérêt légitime à intervenir dans la procédure pour défendre une loi qui traite particulièrement de sa situation. "Après sa communication, l'ensemble des parties et autorités de l'État ont alors pu y répondre". Le Conseil constitutionnel a visé dans sa décision le mémoire en intervention du tiers participant (le syndicat CFE-CGC) – "ce simple visa traduit l'admission d'une intervention devant le Conseil constitutionnel".⁵³

⁴⁹ SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 324.

⁵⁰ DRAGO, Guillaume. Le nouveau visage du contentieux constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4 n. 84, p. 751-760, 2010. p. 751.

⁵¹ GUILLAUME, Marc. Le Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. *La gazette du palais*, n° 54 du 23 février 2010, p. 11.

⁵² MAUGÜÉ, Christine ; STAHL, Jacques-Henri. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 90.

⁵³ GUILLAUME, Marc. La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité. In: PERRIER, J-B. (dir.). **La question prioritaire de constitutionnalité**. Aix-Marseille: Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 123.

Néanmoins, il ne s'est pas passé très longtemps pour que le Conseil décide de compléter son règlement intérieur, en 21 juin 2011, pour ouvrir explicitement la possibilité aux personnes, autant qu'elles justifient un "intérêt spécial", de lui adresser des observations en intervention, dans l'article 6 de son règlement intérieur pour les QPCs.⁵⁴

Initialement, les interventions n'étaient utilisées que dans un format écrit.⁵⁵ On va voir qu'il est déjà possible aussi de participer à des audiences publiques et d'exprimer des arguments comme un tiers intervenant.

Au Brésil, bien que peu orthodoxe au début, cette espèce de participation au contrôle de constitutionnalité concret – qui est fait devant la Cour suprême à partir du recours extraordinaire – a grandi surtout à partir de l'introduction de la "répercussion générale"(art. 102, §3, CRFB).⁵⁶

Ce réquisit de la répercussion générale aide l'objectivisation de la saisine, lorsqu'il demande un certain degré d'intérêt général au sujet du cas d'espèce. Cela est approfondi à partir de la possibilité d'une intervention de tiers pour aider la détermination de cette répercussion.⁵⁷

En effet, ce nouveau cadre du contrôle concret a justifié, selon les juges eux-mêmes, la possibilité de participation de tiers intervenants à ces saisines, de sorte qu'ils permettent cette intervention à ceux qui ont déjà une répercussion générale reconnue.⁵⁸ Cette rapproche jurisprudentielle est aussi présente dans une disposition législative qui permet le juge rapporteur d'admettre l'expression des tiers, en considérant la pertinence du contenu (art. 1.038, I du Code de procédure civile).

⁵⁴ MAUGÜÉ, Christine ; STAHL, Jacques-Henri. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed. Paris : Dalloz, 2013, p. 91.

Article 6

(al.2) Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1er et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er. Il leur est impartì un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission.

⁵⁵ Commentaire de la Décision n. 2010-42 QPC : « En application de l'article 10 du règlement du 4 février 2010, seuls les représentants des autorités de l'État et les parties peuvent prendre la parole à l'audience publique. Il n'en a donc pas été ainsi pour l'avocat de la CFE-CGC qui est intervenu lors de la procédure devant le Conseil constitutionnel ».

⁵⁶ Cette répercussion est définie légalement comme l'existence de questions pertinentes du point de vue économique, politique, social ou juridique, lesquelles questions vont au-delà des intérêts subjectifs de la saisine (art. 1.035, §1º, Code de procédure civile). De plus, il est garanti l'existence de répercussion générale aux recours visant à contester les décisions contraires à la jurisprudence dominante de la Cour suprême, décisions en jugements des cas répétitifs ou décisions qui ont reconnu l'inconstitutionnalité de traité ou loi fédérale (art. 1.035, §3º, Code de procédure civile). De la décision qui examine ce réquisit il n'est pas possible appeler (art. 1.035, caput, Code de procédure civile).

⁵⁷ Article 1.035, §4º du Code de procédure civile.

⁵⁸ Sur cette question, par exemple, RE 659.424, juge rapporteur Celso de Mello, jugement du 9-12-2013, *DJ* de 13-12-2013.

Nonobstant cette disposition, qui permet une participation plus large, en englobant des personnes physiques, la compréhension de la Cour suprême est que les réquisits permettant la participation des tiers au contrôle de constitutionnalité concret doivent être les mêmes du contrôle abstrait⁵⁹ – en rendant n'importe quelle participation plus stricte.

Contrairement à l'admission des tiers aux saisines de contrôle concret en France et au Brésil, en Allemagne la participation de tiers reste proche à celle développée au contrôle abstrait. C'est-à-dire, elle reste une prérogative du juge, qui doit demander la contribution - et pas de personnes intéressées à contribuer librement au processus. De plus, le membre rapporteur peut demander à des tiers de présenter leur point de vue avant qu'il y ait la décision sur la recevabilité d'une demande de contrôle concret des normes ou sur l'admission d'un recours constitutionnel (§41 GO BVerfG). Pour le reste, les mêmes règles appliquées au contrôle abstrait sont aussi utilisées pour le contrôle concret.

L'intervention de tiers intéressés au contrôle de constitutionnalité concret intensifie donc l'objectivisation de ces saisines du moment que les juges empêchent de comptabiliser un intérêt social dans les cas d'espèces des particuliers pour valoriser ces interventions. Néanmoins, lorsqu'on est intéressé à l'élargissement du débat constitutionnel, il est intéressant de souligner que les Cours, en général, sont disposées à offrir d'autres modalités de participation, même si, dans certaines juridictions, encore de manière très étroite.

La participation indirecte n'existe pas seulement de manière écrite, mais aussi à travers des audiences orales et publiques.

2.2. Les audiences publiques: le débat dans les juridictions constitutionnelles

Les audiences publiques sont un moyen de cristallisation des débats dans le cadre de juridictions constitutionnelles. Elles sont, avec la participation écrite des tiers intervenants, une possibilité d'ouvrir le dialogue sur la signification du texte constitutionnel aux divers secteurs de la société civile, en ratifiant la tradition constitutionnaliste qui fait du consentement populaire une partie importante des fondations constitutionnelles.⁶⁰

La différenciation de membres de la société qui participent comme tiers intervenants ou dans une audience publique peut ne pas être vraiment claire. Toutefois, l'occasion de pouvoir s'exprimer directement devant le juge peut renforcer l'argumentation et le contradictoire, ainsi comme il reste encore des juridictions qui autorisent

⁵⁹ RE 592.891, juge rapporteur Rosa Weber, Jugement du 15-05-2012, *DJ* de 21-05-2012.

⁶⁰ TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper No. 15-08**. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2589178>>. p. 18.

une participation plus large aux audiences qu'à l'intervention comme tiers, comme au Brésil.

L'utilisation des audiences publiques, généralement, rassemble la volonté d'une Cour de légitimer ces décisions,⁶¹ lorsqu'elle essaye de rapprocher la société de leurs événements, avec l'ouverture et/ou diffusion de leurs débats. Ainsi, leur importance est, surtout, avec l'élargissement de l'accès à la justice et de la fomentation d'un vrai débat au-delà des murs des Cours. Elles ont donc tendance à promouvoir une valeur éducative sociale, en conférant un intérêt plus fort aux décisions des organes publics et rendant un gouvernement plus ouvert.⁶²

Il était déjà prouvé que les audiences publiques dans les Cours constitutionnelles, comme l'allemande, influencent également la magnitude de la couverture médiatique de leurs décisions : l'apparition aux médias sont plus grandes des décisions qui ont été rendues après une audience publique, en apportant une influence sociale plus impactant.⁶³

En général, elles peuvent être une partie obligatoire des étapes d'adjudication d'une Cour, ou une partie d'un choix discrétionnaire des juges. Lorsqu'elles sont discrétionnaires, il est plus fréquent qu'elles soient employées aux cas identifiés comme les plus importants, d'expression et de conséquences politiques et sociales plus grandes. Ou même, il est possible aussi de plaider leur utilisation comme mécanisme employé contre la menace de non-respect à certaine décision de la Cour.⁶⁴

Il est vrai que les audiences publiques dans la juridiction constitutionnelle peuvent avoir une large application, comme en Colombie, où elles sont utilisées, au-delà des jugements, après les décisions de la Cour constitutionnelle, pour accompagner leur mise en œuvre.⁶⁵ Néanmoins, la présente recherche va se concentrer sur les utilisations les plus fréquentes, celle avec l'expression orale des parties pour la préparation du jugement de la Cour (2.2.1.) et celle qui veut développer le sujet de la saisine, en aidant la Cour dans le processus de collecte des informations (2.2.2.).

⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

⁶² LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition). Pos. 6502, 6513, 6523, 6536 e 6540.

⁶³ KREHBIEL, Jay N.. **The Politics of Judicial Procedures**: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court . In: <http://graduate.artsci.wustl.edu/files/graduatepages/imce/krehbiel/krehbiel_hearings_website_version_2.pdf>, p. 16/17.

⁶⁴ KREHBIEL, Jay N.. **The Politics of Judicial Procedures**: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court . In: <http://graduate.artsci.wustl.edu/files/graduatepages/imce/krehbiel/krehbiel_hearings_website_version_2.pdf>, p. 25 et 27.

⁶⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. « El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales ». In: GARGARELLA, Roberto. (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (KindleEdition), Pos. 4357.

2.2.1. *Les audiences liées aux parties du processus – la préparation du jugement*

Il arrive souvent que les Cours constitutionnelles permettent, comme les tribunaux ordinaires, des argumentations orales des parties de la saisine pour renforcer le débat et rendre favorable le contradictoire. Cela se déroule avec une audience publique.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande essaye de s'organiser autour de la partie orale pour ces jugements, à partir de l'observation du principe constitutionnel général de l'art. 103, (1) de la Loi fondamentale, qui garantit à l'individu un droit d'être entendu devant les tribunaux.

Toutefois, l'une des premières règles à faire mention aux audiences devant la Cour, au §17 de la Loi relative à la Cour (BVerfGG), a un caractère subsidiaire, prévu au processus de manière générale. Cela vaut dire qu'elles ne sont applicables que devant l'absence d'autres règles plus spécifiques dans la Loi de la Cour constitutionnelle (BVerfGG).

Les audiences publiques sont – en théorie – la règle dans l'adjudication de la Cour constitutionnelle, en ayant deux exceptions : les dispositions contraires de la Loi sur la Cour constitutionnelle (BVerfGG) ou le renoncement explicite de toutes les personnes intéressées par la procédure (art. 25 (1) BVerfGG). Si la saisine ne comporte pas de parties, comme dans le contrôle abstrait de normes (différemment du contrôle concret ou du recours constitutionnel), la Cour demande à l'organe constitutionnel requérant.⁶⁶ En outre, il y a des cas où l'audience publique est impérative.⁶⁷

Comme prévu aussi au Code de procédure civile (GVG), les audiences de la Cour constitutionnelle sont généralement publiques, bien qu'elles n'arrivent que dans de rares cas.⁶⁸ Il est vrai qu'avec cette possibilité d'avoir une réserve légale aux audiences, la procédure constitutionnelle est devenue essentiellement écrite, ce qui représente, en réalité, une conséquence logique de la grande quantité de saisines reçues par la Cour, en rendant impossible une procédure orale dans tous les cas.⁶⁹

Par exemple, il est possible que la Cour renonce à des audiences dans le cadre d'un recours constitutionnel,⁷⁰ et cela vaut dès la décision de son

⁶⁶ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 97.

⁶⁷ Par exemple, pour la mise en accusation du Président fédéral, selon le §55 (1) BVerfGG.

⁶⁸ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz...**, p. 54.

⁶⁹ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 96.

⁷⁰ §94, (5), BVerfGG – « (...) La Cour constitutionnelle fédérale peut renoncer à tenir une audience publique, si la Cour n'attend aucun apport à la procédure d'une telle audience et que les organes constitutionnels ayant le droit de s'exprimer et ayant adhéré à la procédure y renoncent ». En pratique, presque toutes les saisines se déroulent de manière écrite - LENZ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 632.

admission.⁷¹ La possibilité d'une renonciation par la Cour est également présente en ce qui s'agit du contentieux électoral⁷² et dans le contrôle concret des normes.⁷³

Habituellement, les arguments oraux sont réservés aux cas de plus grande importance politique et surtout connectés avec le contrôle de la constitutionnalité abstrait ou le litige entre organes (*Organstreit*), où les audiences ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire de la Cour, mais liées au droit des autorités politiques et le gouvernement de se manifester. Seulement eux, ils peuvent demander l'abdication d'une audience.⁷⁴

La publicité des audiences signifie que leur diffusion peut être faite avec des enregistrements sonores et filmés, selon le §17a (1) BVerfGG, sauf si la Cour considère que leur interdiction est justifiée "en raison d'intérêts légitimes des personnes intéressées par la procédure ou de tiers ou en raison du bon déroulement de la procédure" (§17a (2) BVerfGG). De plus, il vaut dire aussi que les citoyens ont la possibilité d'y assister en personne.⁷⁵

De plus, la Cour fait une distinction entre les cas décidés avec et sans une audience. La décision avec des arguments oraux s'appelle *Urteil* et celle sans les arguments oraux, *Beschluss*.⁷⁶

Il faut encore souligner que la Cour constitutionnelle rend sa décision, après un délibéré secret, dans un moment postérieur à l'audience publique et que ce moment ne peut pas dépasser trois mois de la session de l'audience.⁷⁷ Il reste visible donc l'absence d'une forte influence des audiences publiques dans les jugements de la cour, soit parce qu'elles arrivent très rarement, soit parce que la décision finale est rendue à huis clos.

L'ouverture du Conseil constitutionnel à la société, qui était possible avec l'introduction participative des tiers intervenants, est intensifiée avec les audiences publiques. Les audiences publiques sont devenues une pratique récurrente du Conseil pour le jugement de la QPC,⁷⁸ ce qui représente une innovation, lorsqu'il siège depuis 1959 à "huis clos" et n'accepte les observations qu'à titre exceptionnel.⁷⁹

⁷¹ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 96.

⁷² §48 (2), BVerfGG – « La Cour constitutionnelle fédérale n'est pas obligée de tenir une audience publique si une telle audience ne fait vraisemblablement pas avancer la procédure ».

⁷³ §82a (3), BVerfGG – « La Cour constitutionnelle fédérale peut rendre sa décision sans audience publique ».

⁷⁴ KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court. **Journal of Comparative Law**, vol. 3, n. 2, p. 194-211, 2009. p. 203-204.

⁷⁵ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 54.

⁷⁶ §25 (2) BVerfGG.

⁷⁷ §30 (1) BVerfGG.

⁷⁸ Article 5 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les Questions prioritaires de constitutionnalité – « *Le président inscrit l'affaire à l'ordre du jour du Conseil et fixe la date de l'audience. Il en informe les parties et autorités mentionnées à l'article 1er. Il désigne un rapporteur parmi les membres du Conseil constitutionnel* ».

⁷⁹ Exception prévue depuis 1995 au règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs - GUILLAUME, Marc. Le Règlement

De manière générale, les audiences doivent être publiques, “sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel”⁸⁰. Les sessions sont enregistrées et font objet d’une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle au public et, après, sur le site internet du Conseil constitutionnel.⁸¹ Ainsi, elles assurent une importante porte d’accès au citoyen – ou son représentant – mais garantissent aussi un contact avec la société à partir de la transparence et la diffusion du débat constitutionnel.

Les audiences dans un premier moment servent donc à donner aux parties, à travers ses représentants, la possibilité de présenter leurs éventuelles observations orales avant le jugement.⁸² C’est important surtout lorsque l’on pense qu’elles sont un moyen de fortifier le contradictoire dans la juridiction constitutionnelle. D’une manière générale, la contrainte du délai de trois mois ne permet pas l’organisation du contradictoire de forme traditionnelle, de manière prévue pour les QPCs comme deux salves successives, où les arguments des autorités et des parties sont préparés simultanément.⁸³

Ainsi, “la tenue de l’audience publique donne, en plus, une nouvelle possibilité pour les parties de s’exprimer oralement devant le Conseil, le cas échéant pour répliquer aux observations complémentaires produites au cours de la seconde salve”⁸⁴.

La participation citoyenne dans ce cas est remontée à la permission aux tiers intervenants de présenter aussi des arguments oraux à l’audience. Bien que dans un premier moment le Conseil n’ait que reconnu un droit de manifestation écrite à ces tiers, dans la QPC n. 2010-76 du 26 novembre 2010 il a considéré que “dès lors qu’une intervention est recevable, l’intéressé doit être invité à présenter, s’il le souhaite, des observations orales à l’audience”, car “son intérêt d’intervenir justifie qu’il en soit ainsi tant à l’écrit qu’à l’oral”⁸⁵.

À la juridiction constitutionnelle française, les audiences au cadre d’une QPC sont importantes, non seulement pour permettre le renforcement des arguments avant la décision finale de la saisine et, dans ce cadre, l’exploration maximale des idées

intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. **La gazette du palais**, n° 54 du 23 février 2010. p. 12.

⁸⁰ Article 23-10 de l’ordonnance n. 58-1067 du 7 novembre 1958.

⁸¹ Articles 8 et 9 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPCs.

⁸² Article 10 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPCs.

⁸³ MAUGÜÉ, Christine ; STAHL, Jacques-Henri. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed.. Paris : Dalloz, 2013, p. 93-95.

⁸⁴ MAUGÜÉ, Christine ; STAHL, Jacques-Henri. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed.. Paris : Dalloz, 2013, p. 95.

⁸⁵ GUILLAUME, Marc. La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité. In : PERRIER, J-B. (dir.). **La question prioritaire de constitutionnalité**. Aix-Marseille : Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 2011, p. 125.

présentes à la société, mais, également, car seulement “les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l’audience peuvent participer à la délibération.”⁸⁶

Toutefois, il faut souligner que la décision n’est pas rendue au moment de l’audience, mais dans une date ultérieure fixée dans le respect du délai de trois mois. Cette délibération en particulier n’est pas publique.⁸⁷

Au côté de la juridiction constitutionnelle brésilienne, la Cour suprême utilise également les audiences publiques comme règle pour ses jugements. Ainsi, toutes les décisions dans le contrôle de constitutionnalité, soit concret ou abstrait, comme les décisions des recours constitutionnels pour la protection des droits fondamentaux, sont rendues dans une audience, en général, ouverte au public.⁸⁸

Dans cette audience publique, les autorités impliquées, les parties et les tiers intéressés, dévidement représentés par leurs avocats, ont le droit de se manifester.⁸⁹ Fini le débat oral, chaque juge commence, chacun à son tour, à prononcer ses raisons et, ensuite, sa décision.⁹⁰ Il est important de mettre en évidence que toutes les décisions finales de la Cour suprême sont rendues de façon *seriatim*, c’est-à-dire, avec l’agglomération de toutes les décisions des juges, en trouvant la majorité des votes.

La participation citoyenne aux audiences publiques de jugement au Brésil arrive surtout avec la participation des tiers. Mais il y a, également, un impact social important produit par ces audiences, étant donné que les citoyens peuvent y assister et qu’elles sont diffusées en direct sur une chaîne de télévision de la propre Cour et, après, sur internet.

En somme, on observe que les juridictions brésilienne et française donnent une importance plus grande à cette participation orale que leur homologue allemande, étant donné que les audiences publiques sont les règles pour la procédure constitutionnelle dans les premières et arrivent plus rarement dans cette dernière.

Par ailleurs, l’accès des citoyens à travers les audiences publiques pour les jugements n’a pas une différence importante avec celui rendu propice par l’expression écrite des tiers intervenants. La distinction est plus de nature qualitative, sur la croyance qu’un débat oral peut mieux fomentier la délibération. En effet, une différenciation plus claire peut être trouvée dans certaines audiences d’instruction.

⁸⁶ Article 11 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPCs.

⁸⁷ Article 11 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPCs - GUILLAUME, Marc. La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité. In : PERRIER, J.-B. (dir.). **La question prioritaire de constitutionnalité**. Aix-Marseille : Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 2011, p. 17.

⁸⁸ Article 124 du Règlement interne de la Cour suprême fédérale.

⁸⁹ Articles 131 et 132 du Règlement interne de la Cour suprême fédérale.

⁹⁰ Article 135 du Règlement interne de la Cour suprême fédérale.

2.2.2. Les audiences liées aux thématiques abordées – la collecte des informations

Certaines juridictions constitutionnelles font une différenciation entre les audiences liées aux parties du processus et leurs argumentations orales, de celles utilisées pour l'instruction de la Cour.

Il est vrai qu'à la Cour constitutionnelle allemande il est difficile d'argumenter une différenciation spécifique entre les audiences établies pour l'organisation des jugements et celles de la collecte des preuves aux processus constitutionnels, faute de leur rareté.

Ainsi, généralement, lorsqu'une audience est fixée pour proportionner l'argumentation orale des parties intéressées, il est aussi le moment de la collecte des informations des tiers experts, qui vont contribuer au débat constitutionnel et, par conséquent, aider à la formation de la décision de la Cour.⁹¹ C'est-à-dire que les mêmes procédures et règlements que les audiences sont appliquées ici.

Normalement, quand ces audiences sont instaurées, les juges ont déjà discuté des questions juridiques fondamentales du cas avant l'audience publique, ce qui rend plus difficile un changement de leurs jugements. Néanmoins, une influence plus grande peut être exercée à propos des données factuelles, sociales, politiques ou scientifiques.⁹² De plus, il fait partie occasionnellement de la pratique de la Cour constitutionnelle faire ressortir expressément les connaissances obtenues à travers les audiences publiques (BVerfGE 132, 195 [231, Rn 84] – ESM).⁹³

À la juridiction constitutionnelle française, il est possible que le Conseil instaure dans le cadre d'une QPC une audition d'instruction pour écouter des experts.⁹⁴ Pour garantir le contradictoire et éviter de trop rallonger la durée de l'instruction, le règlement intérieur évoque la possibilité des parties et des autorités de participer.⁹⁵ Néanmoins, cette espèce d'audience n'est pas beaucoup utilisée. Une des raisons possibles peut être le délai strict que le Conseil doit observer.

En effet, ce sont les audiences publiques d'instructions du contrôle de constitutionnalité au Brésil qui méritent d'être mises en évidence plus grande dans cette sous-section. Or, ce cas d'audience publique brésilienne était identifié par Mark

⁹¹ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court. *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, p. 194-211, 2009. p. 204.

⁹² LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 98.

⁹³ LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 99.

⁹⁴ MAUGÜÉ, Christine; STAHL, Jacques-Henri. *La question prioritaire de constitutionnalité*. 2. ed. Paris : Dalloz, 2013, p. 98.

⁹⁵ Article 6

(al.1) Lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et les autorités mentionnées à l'article 1^{er} sont invitées à y assister. Il leur est ensuite imparti un délai pour présenter leurs observations.

Tushnet comme un des nouveaux mécanismes de formation du droit constitutionnel, qui sont caractérisés par les hauts niveaux de participation populaire.⁹⁶ Selon le juriste américain, les audiences publiques à la Cour suprême brésilienne sont un moyen de démocratiser l'interprétation constitutionnelle, lorsqu'elles incluent un large nombre de représentants de la société civile.⁹⁷

Cette espèce d'audience a comme but de collecter les opinions des experts, scientifiques, juristes, citoyens et de ses organisations représentatives, sur les thématiques abordées dans la saisine constitutionnelle, aussi bien dans le contrôle de constitutionnalité abstrait que le concret. La convocation d'une audience publique est prérogative du juge rapporteur qui, visant la clarification du sujet abordé ou des situations de fait présentes à la saisine, peut demander des informations additionnelles.⁹⁸ Pour cela, il offre la possibilité, dans un délai déterminé, de personnes intéressées se présenter pour l'audience et fixe une date pour son déroulement.

De façon générale, la participation citoyenne est composée de représentants de divers secteurs de la société civile. De plus, les juges rapporteurs ont garanti une grande quantité de participants, qui varie habituellement entre dix à cinquante.⁹⁹ La primauté du juge rapporteur se montre présente aussi à la manière dont les travaux vont se développer dans l'audience.¹⁰⁰ Ils sont les responsables pour organiser les sections, l'ordre de passage des argumentations et de choisir les questions à être discutées. Cela est vraiment plus prononcé étant donné que généralement seulement le juge rapporteur participe à ces audiences.¹⁰¹

Il y a deux différences plus étonnantes entre ces audiences publiques et l'intervention de tiers comme *amicus curiae* à la Cour suprême brésilienne. Premièrement, dans les audiences publiques il est possible que des personnes physiques participent au débat, différemment de la participation comme tiers.¹⁰² En second lieu, les tiers

⁹⁶ TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper No. 15-08**. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2589178>>. p. 1.

⁹⁷ TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper No. 15-08**. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2589178>>. p. 17.

⁹⁸ Articles 9, §1 et 20, §1 de la Loi n. 9.868/1999; article 6, §1 de la Loi n. 9.882/1999 et articles 154 et 155 du Règlement interne de la Cour suprême fédérale.

⁹⁹ TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper No. 15-08**. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2589178>>. p. 14.

¹⁰⁰ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

¹⁰¹ CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS**, vol. 9, n. 2, 2014, p. 20; SOMBRA, Thiago Luis. Why should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative tool in constitutional adjudication?, **German Law Journal**, vol. 17, issue 4, out. 2016. p. 658.

¹⁰² Néanmoins, la participation en général des organisations arrive plus que des personnes physiques - SOMBRA, Thiago Luis. Why should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative tool in constitutional adjudication?, **German Law Journal**, vol. 17, issue 4, out. 2016. p. 663.

peuvent demander une participation de façon spontanée, tandis que la participation dans les audiences dépend directement d'un appel du juge rapporteur.¹⁰³

Jusqu'à 2017, la Cour suprême brésilienne a organisé vingt-deux audiences publiques.¹⁰⁴ Parmi celles qui ont été déjà jugées, il est possible d'observer dans les votes des juges qu'ils sont perméables à cette espèce de participation, étant donné que les raisonnements de participants ont été mentionnés dans leurs argumentations, soit de manière expresse ou non.¹⁰⁵

Toutefois, nonobstant leur importance et potentiel argumentatif, ces audiences publiques, en général, n'ont pas développé jusqu'ici toutes leurs qualités délibératives. Elles sont réduites à l'exposition de différentes opinions, sans un vrai échange et débat d'informations et d'arguments ; en réalité, des contre-arguments directs ont été réfutés par beaucoup de rapporteurs.¹⁰⁶ Néanmoins, les audiences peuvent aller au-delà des purs moments informatifs aux juges, en rendant possible les dialogues entre les différentes sphères de la société et en mettant en évidence les opinions dissidentes de la thématique.¹⁰⁷

Par ailleurs, il est aussi important, pour que les participations dans les audiences soient plus pertinentes et contribuent vraiment au dialogue, que les décisions réfléchissent directement aux raisonnements apportés par les participants et utilisés par les juges, ce qui n'arrive pas tout le temps (aussi dans les autres juridictions constitutionnelles). Elles ne doivent pas être seulement un événement symbolique, mais aussi être l'objet d'une réflexion sérieuse et fruit d'une vraie ouverture au dialogue de la Cour.¹⁰⁸

En somme, la Cour suprême brésilienne n'arrive pas à jouir de toutes les qualités délibératives des audiences publiques d'instruction, soit parce qu'elle ne permet que les participants s'engagent dans un vrai débat ; soit parce que ses juges ne réalisent pas ensemble un dialogue à propos des idées apportées par celles-là ; ou même, parce que les décisions finales écrites exposent de manière très faible la délibération des

¹⁰³ CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS**, vol. 9, n. 2, 2014, p. 21.

¹⁰⁴ Audiences réalisées dès 2009; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Audiências Públicas**, <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>.

¹⁰⁵ GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dec. 2015. p. 149-150.

¹⁰⁶ GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dec. 2015. p. 151.

¹⁰⁷ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 116-117.

¹⁰⁸ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 120-121; GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dec. 2015, p. 155.

audiences, surtout face à l'absence de la nécessité des juges de répondre à ces arguments directement.¹⁰⁹

Les audiences publiques liées à l'instruction de la Cour ont, en général, le potentiel de produire des plus larges et fructueux débats, étant donné qu'elles ont plus de participants et peuvent toucher une pluralité d'aspects différents de la thématique débattue avec des experts. Toutefois, il est possible d'observer qu'elles ne sont pas beaucoup utilisées, ou, quand elles le sont, ne développent pas tout leur potentiel. Le problème d'utiliser ces audiences seulement pour améliorer l'image de la Cour – sans intérêt à développer la délibération – ou le problème du prolongement de la durée des saisines avec une participation trop intense des individus sont encore des questions qui méritent de meilleures réponses.

3. CONCLUSION

Le but de la présente recherche était d'analyser les possibilités pour un citoyen – ou ses représentants sociaux – d'accéder indirectement aux Cours constitutionnelles. D'une manière générale, l'accès citoyen peut arriver de deux manières : direct ou indirect. C'est-à-dire, comme des parties requérantes ou comme participants au débat constitutionnel, sous condition de tiers intervenant et/ou de participant en audiences publiques. L'approche de cette recherche était sur la dernière.

Les trois pays étudiés ont garanti cette espèce de participation, bien que chacun à sa manière. L'Allemagne a une Cour constitutionnelle fédérale que, dans un premier moment, semble accessible aux citoyens, après tout, dans sa juridiction il y a la prévision d'un recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) d'applicabilité très large.

Toutefois, son accès indirect ne semble pas être beaucoup participative, étant donné que l'organisation des audiences publiques et l'admission de tiers intervenants sont des exceptions à la juridiction constitutionnelle allemande.

Au Brésil, ses audiences publiques – surtout lesquelles pour l'instruction de la Cour – sont développées de plus en plus, sous la base d'ample participation et pluralité d'idées.

Néanmoins, ces prémisses d'inclusion ne sont pas renforcées par une efficace aux travaux de la Cour – que se rencontre débordée avec la quantité excessive des saisines, ordinaires et constitutionnelles –, par l'extrême discrétion des travaux des juges rapporteurs et par l'absence d'un réel dialogue entre les participants étendus à la Cour et les juges ou les autres participants.

¹⁰⁹ GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dec. 2015. p. 155.

La juridiction constitutionnelle française, en revanche, commence à fortifier la participation citoyenne dans ses murs à partir de la mise en œuvre efficace de la Question prioritaire de constitutionnalité. Non seulement les citoyens ont gagné une modalité d'accès direct au Conseil constitutionnel – bien qu'à travers une saisine indirecte –, mais aussi les audiences publiques sont devenues également règle à l'adjudication du Conseil et il a été attribuées aux tiers intervenants des garanties participatives plus fortes. Malgré tout, il y a encore place pour l'amélioration ; par exemple, avec une motivation plus détaillée des décisions du Conseil, à partir desquelles il soit plus visible l'observance d'un tel dialogue social.

Certaines conclusions, d'autre part, sont communes aux trois juridictions. L'objectivisation des saisines du contrôle de constitutionnalité concret était un des points importants observé. Dans les trois pays étudiés, il était possible d'observer une tendance à aborder les questions constitutionnelles apportées par des cas d'espèces dans une perspective plus ample que seulement les possibles violations concrètes, laquelle qu'observe la protection de l'ordre constitutionnel complètement. Le but donc est d'établir une interprétation cohérente du texte constitutionnel valable à tous et vraiment garantir la suprématie de la Constitution pour tous les cas.

Cette objectivisation arrive surtout avec la possibilité d'avoir des interventions de tiers et des décisions avec un effet *erga omnes*. L'intéressant à toute cette idée est d'avoir les arguments et perspectives des citoyens, parties originaires de la saisine, ou des tiers intervenants, exerçant influence à une décision finale qu'aura impact dans tout l'ordre juridique. C'est-à-dire, une vraie possibilité de participation.

Néanmoins, avoir la possibilité d'accès ne vaut rien si les arguments ne seront pas tenus vraiment en compte, ou si le dialogue entre tous les participants n'est pas bien établi. D'abord, il est possible de vérifier que les juridictions constitutionnelles en question mettent en place des possibilités des saisines – en général – efficace aux citoyens. Par ailleurs, elles, en visant agrandir leur légitimité, permettent de plus en plus des interventions dans leurs saisines. Bref, Allemagne, Brésil et France ont tous des possibilités d'accès indirect à ces Cours constitutionnelles – bien qu'un pays puisse être plus ouvert qu'un autre.

La question la plus difficile en suspens est de savoir si ces participations ont un impact effectif. Avec la méthodologie appliquée à cette recherche il n'est pas possible d'avoir une réponse définitive et totalement conclusive à cette quête. Toutefois, le potentiel pour arriver à quelques remarques est présent.

Premièrement, l'absence de mention directe des arguments des participants peut être considéré une entrave au développement dans dialogues aux juridictions constitutionnelles. Il est vrai que normalement il existe une obligation de répondre aux parties de la saisine, mais cela n'est pas toujours éloigné aux tiers intervenants. Souvent les arguments que non sont pas utilisés par la Cour ne sont pas tenus en compte dans sa

décision et, même quand ils le sont, il manque, parfois, mentionner l'auteur qui les avait cités. Cette absence donc dévalue le dialogue et diminue son impact.

En deuxième lieu, l'idée de dialogue est également perdue lorsque les audiences publiques sont rendues. Ce qui était observé est que les participants de la société – parties ou non –, parfois n'ont pas la possibilité de prendre la parole et, lorsqu'ils ont, dans la plupart du temps ils ne peuvent pas placer un contre-argument directement aux arguments apportés par un autre participant. Autrement dit, les audiences servent uniquement à l'élucidation des juges, en restant loin de n'importe quelles aspirations participatives que les participants peuvent avoir.

Cependant, il doit être encore souligné que l'ouverture à la participation est normalement accompagnée d'une augmentation du nombre de saisines et, par conséquent, une diminution de l'efficacité des travaux de la Cour. Ainsi, il est compréhensible que les Cours constitutionnelles aient créé de plus en plus mécanismes pour le blocage des plusieurs saisines, en filtrant lesquelles plus importantes – le même valant pour les participations de tiers.

Toutefois, d'un autre côté, l'efficace et la participation doivent être en équilibre, car les deux sont importants pour la concrétisation de la juridiction constitutionnelle. En conséquence, la recherche de l'efficacité ne doit pas être mise en œuvre au détriment total d'une participation. Un possible alternatif pour ne pas avoir un nombre croissant de saisines serait d'augmenter l'accès indirect, surtout l'importance des audiences publiques.

Il reste incontestable que la perspective que rendre possible l'accès de citoyens aux Cours constitutionnelles doit être changée pour rendre possible un vrai dialogue et un impact réel des participations à l'interprétation constitutionnelle, au-delà d'une simple instruction des juges. La légitimité des décisions des juridictions constitutionnelles doit être réelle et pas seulement un artifice rhétorique.

4. RÉFÉRENCES

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do "amicus curiae". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RE-CHTD)**, vol. 5, n. 2, jun./dez. 2013.

BÉCHILLON, Denys de. **Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel** – Notes du Club de juristes. In: <<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>>.

BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary in Germany. **German Law Journal**, vol. 05, n. 10, 2009.

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Audiências Públicas**. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS**, vol. 9, n. 2, 2014.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Communiqué sur les «contributions extérieures», du 27 février 2017. In: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/communiquer-sur-les-contributions-exterieures.148638.html>>.

DRAGO, Guillaume. Le nouveau visage du contentieux constitutionnel. **Revue française de droit constitutionnel**, vol. 4 n. 84, p. 751-760, 2010.

GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dec. 2015.

GUILLAUME, Marc. La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité. In : PERRIER, J-B. (dir.). **La question prioritaire de constitutionnalité**. Aix-Marseille : Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

GUILLAUME, Marc. Le Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. **La gazette du palais**, n° 54 du 23 février 2010.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court. **Journal of Comparative Law**, vol. 3, n. 2, p. 194-211, 2009.

KREHBIEL, Jay N. **The Politics of Judicial Procedures**: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court. In: <http://graduate.artsci.wustl.edu/files/graduatepages/imce/krehbiel/krehbiel_hearings_website_version_2.pdf>.

LENZ, Christopher; HANSEL, Ronald. **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Handkommentar**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

MAUGÜÉ, Christine; STAHL, Jacques-Henri. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. ed.. Paris: Dalloz, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

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

SACHS, Michael. **Verfassungsprozessrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

SANTOLINI, Thierry. **Les parties dans le procès constitutionnel**. Bruxelles : Bruylant, 2010.

SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, vol. 207, p. 153-196, maio 2012.

SOMBRA, Thiago Luis. Why should Public Hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative tool in constitutional adjudication?, **German Law Journal**, vol. 17, issue 4, out. 2016.

TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper No. 15-08**. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2589178>>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZYPRIES, Brigitte. The Basic Law at 60 – Politics and the Federal Constitutional Court. **German Law Journal**, vol. 11, n. 01, 2010.



La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos: una propuesta para su ponderación y otorgamiento

The gratuity of positive rights as human rights: a proposal for its ponderation and concession

CARLOS MANUEL ROSALES ^{1, *}

¹ Universidad de Chile (Chile)

carmaroga@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2035-9358>

Recebido/Received: 18.04.2018 / April 18th, 2018

Aprovado/Approved: 17.11.2019 / November 17th, 2019

Resumen

El reconocimiento y la implementación de los Derechos Humanos ha generado que su cumplimiento sea en algunos casos a costa del erario. Este artículo analizará si los derechos prestacionales solicitados como Derechos Humanos, deben ser otorgados sin condiciones, o si, al contrario, debe existir un mecanismo para que no haya abuso en su exigibilidad y justiciabilidad.

Palabras clave: derechos humanos; exigibilidad; justicia; interpretación; ponderación.

Abstract

The recognition and the implementation of the Human Rights has generated that his fulfillment is in some cases at the cost of the budget. This article will analyze if positive rights requested as human rights, they must be granted without conditions, or if, on the contrary, a mechanism must exist in order that there is no abuse in their enforceability and justiciability.

Keywords: human rights; enforceability; justiciability; interpretation; ponderation.

Como citar esse artigo/How to cite this article: ROSALES, Carlos Manuel. La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos: una propuesta para su ponderación y otorgamiento cavalcanti, **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 349-373, maio/dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.58988.

* Doctor en derecho por la Universidad de Chile (Santiago, Chile). E-mail: carmaroga@gmail.com.

CONTENIDO

1. Introducción; 2. Derechos prestacionales; 3. Los derechos humanos; 3.1. reconocimiento; 3.2. tutela y protección; 4. Principios pro personae y progresividad; 5. Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos. 6. ¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto?; 7. Casos de estudio; 7.1. Derecho a la salud sin costo al paciente; 7.2. Educación superior gratuita; 7.3. Suministro de agua gratuito; 8. Conclusiones; 9. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes son el reflejo de la sociedad. Son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación. para poder alcanzar justicia, bien común, seguridad, etc.¹ Alimón, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se deben cumplir con los requisitos legales para su operación.²

Por otro lado, como es sabido, los Derechos Humanos (DDHH) son una edificación moral universal, que son reconocidos y reconstruidos a partir de diversos tratados, convenciones, declaraciones, entre otros; que sirven como los valores probatorios para medir la legitimidad del Estado.³ También, se debe observar que los DDHH son obligatorios e intrínsecos, no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación, ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos.⁴

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad⁵ y los Derechos Humanos provienen de reconocer a la persona con ciertas prerrogativas mínimas, para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida.⁶ Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, más no en la forma de su cumplimiento. Empero, los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza, derechos, obligaciones, requisitos, operación y

¹ ACKERMAN, Bruce. **Social Justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980. p.164.

² MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando Ojesto. Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política. In: TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (Org.). **Testimonios sobre el desempeño del TEPJF**. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003. p. 469.

³ *Vid.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Los derechos humanos y su protección por el PJF**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

⁴ He considerado incluir en este análisis la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos que establecen un conjunto de normas, para que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos políticos, con el objetivo de consolidar y fortalecer el sistema democrático.

⁵ Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995. p. 19-22.

⁶ LARA SÁENZ, Leoncio. **Derechos Humanos y Justicia Electoral**. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003. p. 39-40.

ejecución de estos. Al contrario de los Derechos Humanos su principal activo es su valor intrínseco, y que sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades.⁷

Por lo que es menester preguntar, ¿los Derechos Humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado?⁸ o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un DDHH, se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio.

Este artículo intentará proponer algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos DDHH, cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional, sin que se desprotejan los mismos o se demeriten los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos.⁹

Se empezará exponiendo que son los derechos prestacionales y luego, diversos temas que provienen de los Derechos Humanos como su reconocimiento, tutela y protección, y si su cumplimiento debe ser absoluto e incondicional. También se expondrán los principios *pro personae* y de progresividad que amplían la instrumentación de los DDHH. Para materializar lo anterior, se analizarán algunos casos de derechos prestacionales que brinda el Estado (salud, educación, agua y energía eléctrica), los elementos jurídicos para su solicitud, los requerimientos instituciones para que sean efectivos y averiguar cuáles son los límites para ser exequibles.

Esta investigación hace una exposición y disertación, al considerar si un Derecho Humano se debe tutelar y conceder sin condición, o si debe haber requisitos para su exigibilidad y justiciabilidad, para que no se fomente, una política de concesión automática irrestricta y gratuita, fundamentado con base en los DDHH.¹⁰

2. DERECHOS PRESTACIONALES

El concepto prestaciones incumbe al plural de prestación. Por prestación se refiere a aquel servicio o bien que una autoridad, o en su caso un contratante, que sirven o le piden a otro.¹¹

Uno de los términos más divulgados que se genera en relación es con el de prestaciones sociales.

Una prestación es aquel servicio que el Estado o una empresa privada están obligados a brindar por medio de sus empleados y que garantizan bienes o servicios para mejorar la calidad de vida, como es el cuidado de la salud.

⁷ BIX, Brian. **Jurisprudence**. Durham: Carolina Academic Press, 2004. p.88.

⁸ Se tomará en consideración y como referencia algunos casos paradigmáticos, principalmente de México.

⁹ WILLIAMS, Melissa; WALDRON, Jeremy. **Toleration and its limits**. New York: New York University Press, 2008. p. 369.

¹⁰ Contradicción de Tesis 293/2011.

¹¹ WADE, H. W. **Estudio del derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 18.

El Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, en especial, la de las poblaciones en riesgo y que no están en igualdad de circunstancias. El Estado redistribuye la riqueza, y al mismo tiempo presta servicios públicos, cuyos fines son conseguir una vida digna. El desempeño de su función social del Estado debe contar con una infraestructura adecuada de asistencia y destinar recursos suficientes para los programas que lo sostienen y respaldan.

El Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, en especial, la de las poblaciones en riesgo y que no están en igualdad de circunstancias. El Estado redistribuye la riqueza, y al mismo tiempo presta servicios públicos, cuyos fines son conseguir una vida digna. El desempeño de su función social del Estado debe contar con una infraestructura adecuada de asistencia y destinar recursos suficientes para los programas que lo sostienen y respaldan.¹²

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Constitución y las leyes orgánicas.¹³ Gradualmente, los derechos de prestación se les van dando condiciones de eficacia, que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática, que luego tiende a convertirse en un derecho subjetivo.¹⁴

Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo. Esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque precisamente son sólo un programa de acción estatal, una intención institucional.¹⁵

¹² NINO, Carlos S. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale, 1996. p. 1-5.

¹³ Randy Barnett estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. BARNETT, Randy. **Restoring the lost constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

¹⁴ Sentencia de la Corte constitucional colombiana T 207/95.

¹⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Problemas de la Justicia Constitucional. In: OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (Co-ord.). **Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas**. Ciudad de México: IFE, 1999. p. 397. La relevancia de este principio es fundamental en los denominados derechos sociales. *Vid.* CARBONELL, Miguel. **Corte, jueces y política**. Ciudad de México: Fontamara, 2007. p. 23.

3. LOS DERECHOS HUMANOS

El contenido de los Derechos Humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los Derechos Humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no puede materializarse en las personas.¹⁶

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.¹⁷ Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.¹⁸

Acompañado a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,¹⁹ esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.²⁰

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana,²¹ pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su

¹⁶ Derechos humanos. Naturaleza del concepto “garantías de protección”.

¹⁷ CARMONA CUENCA, Encarna. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. **Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas**, Sevilla, n. 2, p. 173-197, 2006. p. 185.

¹⁸ Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética.

¹⁹ *Vid.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Dignidad humana**. Ciudad de México: PJF, 2013.

²⁰ Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.

²¹ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad hoc, 2010. p. 24; 44.

naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados.²²

3.1 Reconocimiento

Los Derechos Humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral, y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales, y que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o substantiva para su cumplimiento. El otro sistema que se le conoce como positivista, les da su valor a los DDHH a partir de estar incorporados a un cuerpo jurídico nacional. Estos sistemas jurídicos los adaptan y los adoptan a partir de tratados, convenciones, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, que fueron ratificados por ese Estado.

3.2. Tutela y protección

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado.²³ Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando están plenamente garantizadas a la población, y con ello, se resguarde su efectividad. En el caso de los DDHH, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos.²⁴

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas.²⁵

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación y la protección, se realiza en dos sentidos.²⁶ En el primero, como función preventiva para que no se atente contra los DDHH, y en un segundo instante, para que en caso de que

²² Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

²³ ACKERMAN, Bruce. **We the people. Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 224.

²⁴ SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991. **Ratio Juris**, vol. 7, número 14, ene./jun. 2012. p. 141-158.

²⁵ VILLAR BORDA, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. **Revista Derecho del Estado**, n. 20, dic. 2007. p. 73-96.

²⁶ GÓMEZ SANCHÉZ, Yolanda. Estado Constitucional y protección internacional. In: GÓMEZ SANCHÉZ, Yolanda; PÉREZ MARCOS, Regina María (Coord.). **Presente, pasado y futuro de los DDHH**. Ciudad de México: CNDH, 2014. p. 231-280.

hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos.²⁷

4. PRINCIPIOS PRO PERSONAE Y PROGRESIVIDAD²⁸

En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de Derechos Humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro personae. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.²⁹ En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado.

En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio “pro homine” tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: 1.) Principio favor *libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; 2.) Principio de protección a víctimas o principio favor *debilis*; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, 3) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.³⁰

El principio de progresividad estuvo originalmente vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), porque se estimaba que éstos imponían a los Estados, obligaciones positivas de actuación que implicaban el suministro de recursos

²⁷ PICARD DE ORSINI, Marie; USECHE, Judith. Una nueva dimensión del Estado de Derecho: el Estado Social de Derecho. **Provincia**, Mérida, número especial, p. 189-218, 2006. p. 189-218.

²⁸ *Id.*, MEDELLÍN, Ximena. **Principio Pro persona**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

²⁹ Principio pro personae. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable.

³⁰ Principio pro homine. Variantes que lo componen.

económicos y que su plena realización estaba condicionada por las circunstancias económicas, políticas y jurídicas de cada país.³¹ Así, en los primeros instrumentos internacionales que reconocieron estos derechos, se incluyó el principio de progresividad con la finalidad de hacer patente que esos derechos no constituyen meros “objetivos programáticos”, sino genuinos Derechos Humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados, como la de garantizar niveles mínimos en el disfrute de esos derechos, garantizar su ejercicio sin discriminación, y la obligación de tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción; así como obligaciones de cumplimiento mediato que deben ser acometidas progresivamente en función de las circunstancias específicas de cada país.³²

Así, la progresividad constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.³³

El Estado tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus Derechos Humanos.³⁴ Por tanto, el principio de progresividad exige a todas las autoridades del Estado, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los DDHH y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los DDHH de quienes se someten al orden jurídico del Estado.³⁵

³¹ ARANGO, Rodolfo. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital**. Bogotá: Universidad de los Andes, 2002. p.16.

³² Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales.

³³ Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Mínimo existencial y justicia constitucional**. Recurso electrónico consultado: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>. Acceso en: 3 sept. 2018.

³⁵ Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el Estado mexicano.

5. EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho.³⁶ Esta exigibilidad es un acto en que se excita a la autoridad un proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo un DDHH. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento. Ante esto, se emitirá una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DDHH.³⁷

Esta exigibilidad como se hizo notar está acompañada de la justiciabilidad, para que sea efectiva.³⁸ Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal.³⁹

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de DDHH no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege el DDHH, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto que implica, que el reconocimiento de los DDHH no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptores de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado, sin importar si proviene de una empresa pública o privada.⁴⁰

La posibilidad de ganar servicios o derechos de manera gratuita con base a los DDHH pudiera ser o parecer un acto para conseguir ventaja o abuso del sistema normativo. Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.⁴¹

³⁶ KOJÉVE, Alexandre. **La noción de autoridad**. Buenos Aires: Nueva visión, 2005. p. 36.

³⁷ CARMONA CUENCA, Encarna. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. **Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas**, Sevilla, n. 2, p. 173-197, 2006. p. 187.

³⁸ LINZ, Juan J. **Problems of democratic transition and consolidation**. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1996. p.5 y ss.

³⁹ STA 175, Rel. Min. Gildar Mendes, enjuiciada el 17.03.2010.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Mínimo existencial y justicia constitucional**. Recurso electrónico consultado: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>. Acceso en: 3 sept. 2018. Estos llamados "triumfos" son acuñación de Ronald Dworkin, que advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Ed. Abelot-Perrot, Argentina, 1996.

⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Mississippi: Oxford University Press, 2004. p.5, 21-48.

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DDHH no son un cheque en blanco. Sino que hay que ponderarlos, según sea el caso, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún DDHH. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial.⁴²

Debo puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un Derecho Humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si: (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los derechos humanos. El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.⁴³

6. ¿CUMPLIMIENTO INCONDICIONAL, INTRINSECO Y ABSOLUTO?

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DDHH o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo.⁴⁴ Los DDHH son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengue algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo.⁴⁵ O ponderar si la tutela o protección que se solicita, colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional.⁴⁶

⁴² Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). *Vid.*, del autor, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007. p. 422-423.

⁴³ Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio.

⁴⁴ En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal, y se encuentran por debajo de la constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

⁴⁵ HART, H.L.A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon, 1988. p. 7; 14.

⁴⁶ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de derecho en el constitucionalismo social**. Buenos Aires: EUDEBA, 1987. p.146.

¿Pero es más importante tutelar y proteger los DDHH, que la propia Constitución?

⁴⁷ Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico (funcionario o juez) y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los DDHH, de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese Derecho Humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamare: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; se restringe alguna libertad; si es *sine qua non* para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombrare como: ponderación mínima.

7. CASOS DE ESTUDIO

En el siguiente apartado, se presentarán y analizarán diversos asuntos en que los solicitantes exigieron la protección constitucional de sus DDHH, para que pudieran acceder a varios bienes o servicios que presta el Estado o empresas particulares, sin ningún costo, y poder tener una vida digna o realizarse libremente su personalidad.⁴⁸ Asimismo, se adjuntan los casos legales y criterios jurisprudenciales más relevantes sobre cada uno de los temas expuestos, para exponer la interpretación que hacen de cada Derecho Humano, y como decidieron que se debían proteger estos.⁴⁹

7.1. Derecho a la salud sin costo al paciente

El primer caso que se analizará sucedió en México, en el que unos elementos pertenecientes a la Secretaria de Marina (SEMAR) fueron despedidos por que se conoció que tenían la infección del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) de esa época fue el medio para resolver este entuerto.

Ahora, resulta conveniente indicar que dentro de las funciones principales del ISSFAM, deben suministrar prestaciones de carácter social, económico y de salud a los militares en activo, en situación de retiro, a sus derechohabientes, a los pensionistas y a los beneficiarios.

⁴⁷ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous power**. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 23-33, 58-59 y 199.

⁴⁸ ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 179 y ss.

⁴⁹ PICARD DE ORSINI, Marie; USECHE, Judith. Una nueva dimensión del Estado de Derecho: el Estado Social de Derecho. **Provincia**, Mérida, número especial, p. 189-218, 2006. p. 189-218.

Pero al conocerse la condición de los elementos de la Marina fueron separados de sus funciones, y luego dados de baja sin una causa justificada. También determinaron la Institución que no debían de cuidar su derecho a la salud, por no ser una enfermedad adquirida por el desarrollo de sus labores.

En el desarrollo del tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó el contenido y el alcance que tienen para el caso concreto las garantías de igualdad, de no discriminación y de acceso a la salud.

Asimismo, la Corte consideró pertinente aludir a los alcances de la garantía de discriminación en el sentido de que la Constitución instituye que todos los hombres son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. De esta forma, el principio de igualdad dispone que este es uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.

Sin embargo, se consideró que debía tenerse en cuenta que no toda desigualdad de trato o exclusión se traduce en un acto discriminatorio, en tanto es necesario que tales actos afecten la dignidad de las personas o tengan como resultado, restringir o anular sus derechos y libertades.

En adición a lo anterior, se tomó en cuenta que al reconocer en los Tratados Internacionales la posibilidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales, particularmente, en el caso, los que se relacionan con las personas que padecen una disminución física, psíquica o sensorial, y en ese entendido se retomaron los contenidos de la normatividad internacional sobre la materia y estableció una especial protección para ese grupo de personas.

Para dar respuesta a los argumentos esgrimidos, se determinó que en ningún momento se privó a los quejosos de alguna de las garantías previstas en la Constitución por la circunstancia de que se tomen o no en cuenta los años de servicio por el solo hecho de establecerse en la ley distintos requisitos para los sistemas de seguridad social un militar en las condiciones de salud que narra el solicitante, éste siendo sometido a un trato que afecte su dignidad humana.

Se consideró que de darse alguna violación con respecto a la dignidad humana ésta sería por contravenir al *derecho de protección de la salud* o el mandato de no discriminación, pero no, como sucedía en los casos analizados, por la existencia o inexistencia de mayores o menores requisitos en la ley para otorgar el derecho a recibir asistencia médica y suministro de medicamentos, máxime si se trataban de requisitos fundados objetivamente. En el caso, la distinción establecida respecto al número de años exigidos en cada régimen de seguridad social se vinculó con la diferenciación que

de éstos se hizo en la Constitución, refiriéndose a las leyes de seguridad social aplicables a la población abierta de las que se ocupan de quienes pertenecen al ejército. Por tanto, dicha finalidad se consideró constitucionalmente admisible.

Los accionantes de los distintos juicios aludieron que se trasgredieron en su perjuicio las garantías individuales consagradas en la Constitución, pues fueron objeto de discriminación por motivo de condiciones de salud. se observó la preferencia del interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros y de terceros, frente al interés del militar diagnosticado con alguna infección recurrente atribuibles a estados de inmunodeficiencias, en el caso VIH, quién pese a ello está respaldado por las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud, inclusive al grado de hacer posible el retiro definitivo del militar respectivo, la consecuente eliminación de sus percepciones y la sustracción de los beneficios de seguridad social que ordinariamente le corresponderían en activo.

El Sistema de Protección Social en Salud debe estar *previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios, excepto cuando "exista la incapacidad de la familia" para cubrir la cuota relativa, en el sentido de que no impedirá a los enfermos incorporarse y ser sujetos de los beneficios que se deriven del Sistema de Protección Social en Salud.*

De lo expuesto, se concluyó en la sentencia respectiva que la garantía de acceso a la salud pone en responsabilidad del Estado el establecimiento de los mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud, en la cual encontramos la asistencia médica y el suministro de medicamentos, y a su vez se encuentran los diversos regímenes de seguridad social.

Como argumento relativo al caso, se comentó la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no se entiende derivada directamente del mandato constitucional, sino que requiere la necesaria existencia de una ley que habilite el ejercicio de este derecho cuya creación se encuentra asignada al legislador ordinario. De esta manera el Máximo Órgano Jurisdiccional resolvió un tema de suma importancia respecto a las garantías de igualdad, no discriminación y derecho a la salud previstas en la Constitución.

Asimismo, la SCJN ha generado diversas tesis jurisprudenciales en que reconoce la importancia y valor del derecho a la salud. Se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los

derechos,⁵⁰ el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.⁵¹

La Corte ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1º del artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁵²

⁵⁰ SALAZAR, Pedro. Justicia constitucional y democracia. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Corte, jueves y política**. Ciudad de México: Fontamara, 2007. p.39.

⁵¹ Derecho a la salud. Su naturaleza normativa.

⁵² Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 4º de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y su complementariedad con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

El Sistema de Protección Social en Salud prevé para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, *se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.*⁵³

Asimismo, la SCJN ha señalado que el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC.⁵⁴ En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12º del citado Pacto, se impone al Estado, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.⁵⁵

⁵³ Salud. El derecho a su protección conforme al artículo 4º, tercer párrafo, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, es una responsabilidad social.

⁵⁴ Vid, CERVANTES, Magdalena. ¿Hay justicia para los DESC? Ciudad de México: UNAM, 2014.

⁵⁵ Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo.

También, la Corte ha ampliado la protección de la salud como derecho fundamental del que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado en la Constitución, el artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, *no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico*. Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale.⁵⁶

7.2. Educación superior gratuita

La educación es una de las metas de la agenda con objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas al 2030. Es un elemento clave para el progreso sostenible de las naciones. Con la educación se busca alcanzar el pleno desarrollo de las personas, en todas y cada una de las etapas de su vida, de manera que no se agota al culminar los estudios básicos, tiene un alcance progresivo y permanente en mujeres y hombres con la finalidad de perfeccionar sus capacidades, habilidades y destrezas, para alcanzar su máximo desarrollo.

Esta idea la vemos reflejada en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. XII), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. 12°), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26°), la Convención de los Derechos del Niño (Art. 28°), Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (Art. 24°) o el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (Arts. 26°, 27° y 29°).⁵⁷

⁵⁶ El Instituto Mexicano del Seguro Social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud.

⁵⁷ En la actualidad se ha ampliado el alcance del derecho a la educación con nuevas interpretaciones judiciales. Aquí destacan los casos en que se determinó que una institución privada puede considerarse autoridad responsable para efectos de la protección constitucional; sobre la obligación de las instituciones educativas de evitar situaciones de violencia y discriminación; respecto de los compromisos asumidos por el Estado para garantizar educación a las personas; y, por el derecho a la educación bilingüe o multilingüe de las personas indígenas. Amparo en revisión (AR) 35/2014.

En distintas ocasiones,⁵⁸ la SCJN ha emitido resoluciones contra instituciones privadas de educación; recientemente en el estado de Chiapas⁵⁹ se dictó una sentencia, que determinó que una universidad privada sí puede ser considerada autoridad responsable. Se señaló procedente el amparo contra particulares, cuando aquellos crean, modifican o extingan situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, con base en una concesión otorgada por el Estado para ejercer esa función, de tal manera que se asimila al servicio que en su lugar brindaría el ente público, sin que para ello sea necesario que forme parte de un ente estatal.

Respecto de la educación como obligación del Estado.⁶⁰ la Corte estableció que el Estado debe adoptar políticas públicas que permitan a todo ser humano recibir la formación, instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognitivas, intelectuales, físicas y humanas, como elemento principal en la formación de su personalidad y que para hacerlo efectivo tienen que cumplir obligaciones como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, impartirse por las instituciones o por el Estado de forma gratuita y ajena de toda discriminación. Asimismo, estableció que la educación debe tener las siguientes características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Es decir, la Corte determinó que el derecho a la educación es una estructura compleja a cargo de las autoridades con obligaciones impuestas que deben cumplirse.

Las resoluciones del Poder Judicial han sentado precedentes que han abierto el camino hacia una revisión de las políticas públicas o el funcionamiento de los sistemas educativos y ha generado transformaciones en la aplicación del derecho a la educación.

En otro asunto, una estudiante de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo (UMSNH), obtuvo un amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que garantizó la gratuidad de su educación hasta que concluya su licenciatura.⁶¹

La ciudadana impugnó la constitucionalidad del Acuerdo del Consejo Universitario que determinaba que a partir del ciclo escolar 2014 los alumnos de educación media superior y superior debían cubrir cuotas de inscripción o reinscripción en sus respectivas escuelas y facultades. Inconforme, la alumna recurrió a la protección constitucional contra el acuerdo por considerar que violenta el Derecho Humano a la educación y el principio de progresividad. Se basó en el Artículo 138° de la Constitución de Michoacán de Ocampo, que establece que la educación superior impartida por la entidad será gratuita, y en Artículo 1° de la Constitución Federal que estipula el deber de respetar los DDHH de conformidad, entre otros, con el principio de progresividad.

⁵⁸ AR 78/2014, AR 323/2014, Incidente de suspensión 87/2015, Queja 213/2015, AR 261/2015.

⁵⁹ Amparo 902/2016.

⁶⁰ AR 323/2014.

⁶¹ AR 1374/2015.

Por lo que se concedió el amparo a la estudiante a efecto de desincorporar de su esfera jurídica la obligación de cubrir las cuotas en los subsecuentes ciclos escolares. Sin embargo, el rector y el tesorero de la Universidad interpusieron la revisión del amparo.

Al resolver el recurso, la Corte confirmó la sentencia recurrida y amparó a la estudiante al considerar que los actos reclamados “violaron su Derecho Humano a la educación previsto en el Artículo 3º de la Constitución Federal y desarrollado por el Artículo 138º de la Constitución del Estado de Michoacán”.

También determinó que se violó el principio de progresividad, porque *“las autoridades responsables no demostraron fehacientemente la ausencia de recursos económicos para garantizar la gratuidad de la educación superior impartida por el estado de Michoacán, ni que hubieran realizado todos los esfuerzos posibles para obtenerlos”*.

Los jueces de la Suprema Corte precisaron que la autonomía universitaria no exime a la Universidad de respetar el derecho a la gratuidad de la educación superior reconocido por la Constitución local, ya que dicha figura “constituye una garantía institucional del derecho a la educación cuya finalidad es maximizarlo, no restringirlo”. Además, indicó que, en virtud del principio de progresividad, una vez que dicha entidad ha extendido la gratuidad a la educación superior tiene prohibido adoptar medidas regresivas.

Al conceder la protección constitucional a la estudiante, el gobernador del estado estará obligado a transferir a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación que reciba la quejosa hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción.

En tanto, la Universidad y sus autoridades deberán abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la estudiante, es decir, evitar, como mínimo, cobrarle las cuotas de inscripción durante su educación superior.

La SCJN ha configurado en el artículo 3º constitucional un contenido mínimo del derecho a la educación que el Estado Mexicano está obligado a garantizar con efecto inmediato; contenido que puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo del principio de progresividad.

En efecto, se puede establecerse la gratuidad de la educación en virtud del *principio de progresividad*; y, además, debe respetar otros principios como el de acceso sobre la base de las capacidades y la no discriminación en el acceso, permanencia y conclusión, entre otros.⁶²

Asimismo, en el artículo 1º de la Constitución mexicana establece que las principales fuentes de reconocimiento de DDHH son la propia Constitución y los Tratados Internacionales. El Derecho Humano a la educación está reconocido tanto en los artículos 3º y 4º de la Constitución, como en diversos instrumentos internacionales, entre los

⁶² Derecho a la educación. Su configuración mínima es la prevista en el artículo 3º Constitucional.

que destacan los artículos XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13º del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo De San Salvador”; y 28º de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Las normas citadas coinciden en lo esencial, entre otras cosas, en lo relativo a que la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; en que el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática; en que la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla; y en que los padres tienen derecho a elegir la educación que se imparta a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.*⁶³

Ahora, si bien la configuración mínima del derecho a la educación pública superior, prevista en la Constitución Federal, no establece que el Estado deba proveer de manera gratuita la educación superior, sino sólo el de promoverla para lograr distintos objetivos colectivos necesarios para el desarrollo de la Nación, lo cierto es que *el Estado asumió el deber de extender la gratuidad también a la educación superior, de acuerdo con el principio de progresividad previsto en el artículo 1º Constitucional y en las diversas normas internacionales*, así como en el compromiso asumido en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que establecen que debe implantarse progresivamente la enseñanza superior gratuita.⁶⁴

En estos negocios, el poder judicial no estimó considerar las condiciones económicas de los solicitantes y, tampoco acordó nada adicional, para que no se produjera un futuro daño irreparable, para brindarse la educación superior.

7.3. Suministro de agua gratuito

En el año 2017, en el estado de Tamaulipas, México, una persona solicitó la gratuidad en el suministro de agua potable. En este caso procedió la cancelación del suministro del líquido vital por la falta de pago ante el cobro ilegal del servicio; por lo que la recurrente se amparó contra el acto de autoridad por omitir el acceso al agua potable, que en su perspectiva conculcaba sus DDHH. En la sentencia se anota, que el derecho

⁶³ Derecho fundamental a la educación. Su referente normativo en el sistema jurídico mexicano.

⁶⁴ Derecho a la educación pública superior. El estado mexicano tiene la obligación de implantar progresivamente su gratuidad.

al agua comprende la garantía de acceso al líquido vital, razón por la cual se ha establecido varios mecanismos para que todas las personas puedan contar con este.⁶⁵

Con motivo de su especial importancia, el acceso al agua ha sido el centro de múltiples instrumentos internacionales llevados a cabo con el propósito fundamental de garantizar una distribución mínima indispensable, así, por su parte en el año del 2002 el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas aprobó su observación general número quince, sobre el derecho del agua, en el que lo definió de la siguiente manera: “El Derecho Humano al agua es indispensable para una vida humana digna”.

También en dicha observación se conceptualizó a tal derecho como aquel a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En los artículos 11º y 12º del Pacto Internacional de los DESC se establece el derecho fundamental a una vida digna para los individuos y su familia, que incluye alimentación vestido y la mejora continua de sus condiciones de existencia.

En su observación general número quince, el Comité de los DESC aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua, explicando que significa disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, y que comprenden el consumo el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

La declaración del agua como derecho deriva de la idea del recurso hídrico como un bien social y cultural, y no como un bien de carácter económico. El derecho implica además la posibilidad de tener acceso inquebrantable y con ello, un constante paso a sistemas de abastecimiento en igualdad de oportunidades para toda la comunidad, sin olvidar que paradójicamente, el mayor problema radica en la imposibilidad de acceso al agua apta para el consumo de las personas.

Para poder ejercer el derecho al agua, varía en función de distintas condiciones, por ello, en la referida observación general número quince se precisaron los factores a aplicar en cualquier circunstancia, a saber: a) Disponibilidad; b) Calidad y c) Accesibilidad.

Para la SCJN, el derecho al agua encuadra precisamente en uno de los derechos implícitos del derecho a una vida digna, es decir, a la propia dignidad de la persona como ser humano en el sentido que el Estado no puede negar de forma absoluta o total el acceso o suministro a un mínimo vital por falta de pago.

La Corte ha señalado al respecto que el artículo 11º, numeral 1, del Pacto Internacional de DESC establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar

⁶⁵ Amparo 374/2017-b.

su efectividad. Ahora bien, el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere “adecuada” requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, *acceso al agua potable*, electricidad, y drenaje.⁶⁶

Ratificando el criterio anterior, la SCJN consideró que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11º), reconocen el derecho al agua. En tanto que la Constitución advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.

En este sentido,⁶⁷ el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.⁶⁸

También, la Corte interpretó que para obtener el servicio de agua potable se deberá tramitar ante el organismo operador el dictamen de factibilidad para la conexión a la red general de agua potable y drenaje sanitario; y, satisfechos los requisitos de factibilidad, las autoridades competentes deben construir las instalaciones y conexiones de agua potable y drenaje sanitario conforme al proyecto autorizado, así como las

⁶⁶ Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los Tratados Internacionales.

⁶⁷ Fracciones I y XXII del artículo 14º Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales de México.

⁶⁸ Agua potable. Como Derecho Humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional.

obras de infraestructura que en su caso se requieran.⁶⁹ Sin embargo, los peticionarios del servicio no deben, para gozar del derecho humano a la salud, previsto en la Constitución, esperar a que se establezca la infraestructura a que se refiere el mencionado artículo, pues ante la ausencia de redes y establecida la necesidad del servicio de agua, el Estado tiene una doble obligación: La primera, prevista en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo constriñe a atender de manera inmediata el derecho a la salud en el más alto nivel posible; y, la segunda, establecida en el numeral 2 del propio pacto, que dispone que los Estados deberán adoptar todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga. En esos términos, ante la falta de red o infraestructura para proporcionar el servicio de agua, las autoridades están obligadas a proporcionar de manera inmediata el vital líquido para lo cual, en tanto se construyan las redes de distribución adecuadas para asegurar el abastecimiento.⁷⁰

La SCJN dispuso el Derecho Humano de acceso al agua para el consumo personal y doméstico, y establece que ese acceso debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes. También, la Corte constituyó la interpretación amplia y favorable del citado derecho.⁷¹

8. CONCLUSIONES

Es importante discernir sobre la explotación de los derechos prestacionales exigidos como DDHH. Esto ha producido diversos abusos por los recurrentes, por lo que es preciso contar con límites para su otorgamiento, más no para su reconocimiento.⁷²

Este artículo propone que no haya parcialidad administrativa o judicial *per se*, cuando una persona reclama un DDHH. Los Derechos Humanos tienen una fundamentación moral; sin embargo, los derechos que presta un Estado se basan en un binomio derecho/obligación que debe cumplir toda la población. Ahora, la justificación de que

⁶⁹ Artículo 34º de la Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León,

⁷⁰ Derecho Humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del Estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad. La autoridad judicial puede provisionalmente indicar métodos generalmente utilizados con ese propósito, tal como la instalación de un tanque nodriza elevado y que conectado a una cisterna de reserva con bomba hidroneumática, abastezca de agua a la comunidad en cantidad y calidad; así, la propia judicatura, con apoyo en el artículo 1º de la Constitución asegura y protege el derecho al suministro de agua y a la salud, como medida básica y de subsistencia que necesita el ser humano, hasta en tanto quede instalada la red de agua potable y alcantarillado.

⁷¹ Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario.

⁷² *Vid.* NINO, Carlos S. El principio de autonomía de la persona. In: NINO, Carlos S. **Ética y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 199-236.

se otorgue un Derecho Humano a costa del erario debe depender del caso concreto y bajo ciertos controles, pues podría pauperizar a la Constitución.

El reconocimiento y otorgamiento de un derecho prestacional solicitado como DDHH, debe ponderarse bajo ciertos cánones o parámetros, para que no abata los derechos fundamentales de la población, que ha cubierto los requisitos sustantivos y adjetivos para recibir esa prerrogativa.

En diversas ocasiones, la autoridad ha reconocido y cumplido un derecho prestacional como un Derecho Humano de forma gratuita. Esto permite que otra persona pueda exigir ese mismo servicio, y que ha visto la oportunidad para usufructuar ese bien o servicio público. Uno de los problemas que sucede, es que no se ponderan las situaciones especiales del caso, y que tal vez el recurrente no requiera de asistencia por parte del Estado.

El test propuesto es un mecanismo que enfoca y localiza judicialmente a los DDHH, para que no se acumulen en una caja de Pandora; sino que, que su otorgamiento sea con base en la ponderación del operador jurídico, estimando que no toda exigencia fundamentada en DDHH debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante, por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los DDHH, como los derechos fundamentales de la población.

9. REFERENCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Social Justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.
- ACKERMAN, Bruce. **We the people. Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALEX, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad hoc, 2010.
- ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007.
- ARANGO, Rodolfo. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital**. Bogotá: Universidad de los Andes, 2002.
- BARNETT, Randy. **Restoring the lost constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous power**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BIX, Brian. **Jurisprudence**. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- CARBONELL, Miguel. **Corte, jueces y política**. Ciudad de México: Fontamara, 2007.
- CARMONA CUENCA, Encarna. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. **Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas**, Sevilla, n. 2, p. 173-197, 2006.
- CERVANTES, Magdalena. ¿Hay justicia para los DESC? Ciudad de México: UNAM, 2014.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Problemas de la Justicia Constitucional. In: OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas**. Ciudad de México: IFE, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995.

ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**. Cambridge: Cambridge, 2007.

GÓMEZ SANCHÉZ, Yolanda. Estado Constitucional y protección internacional. In: GÓMEZ SANCHÉZ, Yolanda; PÉREZ MARCOS, Regina María (Coord.). **Presente, pasado y futuro de los DDHH**. Ciudad de México: CNDH, 2014.

HART, H.L.A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon, 1988.

KOJÉVE, Alexandre. **La noción de autoridad**. Buenos Aires: Nueva visión, 2005.

LARA SÁENZ, Leoncio. **Derechos Humanos y Justicia Electoral**. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

LINZ, Juan J. **Problems of democratic transition and consolidation**. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1996.

MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando Ojesto. Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política. In: TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (Org.). **Testimonios sobre el desempeño del TEPJF**. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

MEDELLÍN, Ximena. **Principio Pro persona**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

NINO, Carlos S. El principio de autonomía de la persona. In: NINO, Carlos S. **Ética y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, Carlos S. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale, 1996.

PICARD DE ORSINI, Marie; USECHE, Judith. Una nueva dimensión del Estado de Derecho: el Estado Social de Derecho. **Provincia**, Mérida, número especial, p. 189-218, 2006.

QUESADA, Jimena. **Europa social y democrática de derecho**. Madrid: Dykinson, 1997.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SALAZAR, Pedro. Justicia constitucional y democracia. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Corte, jueces y política**. Ciudad de México: Fontamara, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Mínimo existencial y justicia constitucional**. Recurso electrónico consultado: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>>. Acceso en: 3 sept. 2018.

SERPE, Alessandro. Argumentando a partir de los derechos humanos. **Revista Utopía y Praxis Latinoamericana**, Maracaibo, v. 15, n. 51, 2010.

SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991. **Ratio Juris**, vol. 7, número 14, ene./jun. 2012.

SPENCER, S. **El individuo contra el Estado**. Barcelona: Orbis, 1984.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Dignidad humana**. Ciudad de México: PJF, 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Los derechos humanos y su protección por el PJF**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de derecho en el constitucionalismo social**. Buenos Aires: EUDEBA, 1987.

VILLAR BORDA, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. **Revista Derecho del Estado**, n. 20, dic. 2007.

WADE, H. W. **Estudio del derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Mississippi: Oxford University Press, 2004.

WILLIAMS, Melissa; WALDRON, Jeremy. **Toleration and its limits**. New York: New York University Press, 2008.



El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?

The new European Pillar of Social Rights: towards a real strengthening of the social dimension of the European Union?

LUCÍA CASADO CASADO ^{1,*}

¹Universidad Rovira i Virgili (España)

lucia.casado@urv.cat

<http://orcid.org/0000-0001-5603-3264>

Recibido/Received: 26.09.2018 / September 26th, 2018

Aprobado/Approved: 18.11.2019 / November 18th, 2019

Resumen

Este trabajo se centra en el estudio del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado recientemente en el seno de la Unión Europea. Con esta finalidad, tras una breve introducción que sitúa el objeto y el contexto del trabajo, procede a analizar, en primer lugar, el proceso de gestación de este Pilar, desde sus primeros pasos, en septiembre de 2015, hasta su aprobación mediante una Recomendación de la Comisión en abril de 2017 y su proclamación, conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en noviembre de 2017. En segundo lugar, examina en profundidad las razones que subyacen a la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, sus objetivos y su contenido, destacando en especial sus principales aportaciones y novedades y sus limitaciones. En tercer lugar, repasa las principales acciones emprendidas a nivel europeo tras la aprobación del Pilar, con el fin de hacer efectivas sus previsiones. Por

Abstract

This study focuses on the European Pillar of Social Rights which was recently approved by the European Union. The study begins with a brief introduction describing the study's aim and context, before proceeding to analyse, first of all, the process that brought the Pillar into being, from the initial steps taken in September 2015 to its approval by means of a Commission Recommendation in April 2017 and the joint proclamation by the European Parliament, Council and Commission in November 2017. Secondly, the study will then examine in depth the reasons underlying the approval of the European Pillar of Social Rights, its objectives and content, paying particular attention to its principal contributions, novelties and limitations. Thirdly, the study will review the principal actions taken at European level to put into effect the Pillar's provisions since it was approved. Finally, in the light of the data provided, the study will conclude with some final considerations regarding the

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASADO CASADO, Lucía. El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 375-404, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61813.

* Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Subdirectora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Miembro de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA), de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) y del Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM). E-mail: lucia.casado@urv.cat.

último, el trabajo se cierra con unas consideraciones finales, en que, a la luz de los datos proporcionados, se realiza una valoración de este instrumento, de su potencialidad y de sus limitaciones, en el seno de la Unión Europea como vía para fortalecer su dimensión social.

potential effectiveness and limitations of this instrument as a means of strengthening the social dimension of the European Union.

Palabras clave: Pilar europeo de derechos sociales; derechos sociales; Unión Europea; política social; protección social.

Keywords: European Pillar of Social Rights; social rights; European Union; social policy; social protection.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Los orígenes del Pilar Europeo de Derechos Sociales. El camino seguido hasta su aprobación; **3.** El Pilar Europeo de Derechos Sociales; **3.1.** ¿Por qué aprobar un Pilar Europeo de Derechos Sociales?; **3.2.** Objetivos; **3.3.** Ámbito de aplicación; **3.4.** Estructura y contenido; **3.5.** Principales aportaciones; **3.6.** Principales limitaciones; **4.** Acciones posteriores a nivel europeo tras la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales; **5.** Consideraciones finales; **6.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea cuenta con una política social¹ y la dimensión social está bien presente en los Tratados Europeos². Buena prueba de ello son las previsiones contenidas en el Tratado de la Unión Europea³ y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴. Asimismo, existe un extenso acervo comunitario en este ámbito, habiéndose adoptado numerosas normas de derecho derivado que regulan las relaciones laborales (por ejemplo, en materia de seguridad y salud en el trabajo, ordenación del tiempo de trabajo, igualdad de trato entre hombres y mujeres, igualdad de trato en el empleo y la ocupación...). Igualmente, son relevantes las previsiones de índole social contenidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pertenece al derecho originario y tiene una fuerte impronta social, garantizando numerosos derechos de

¹ Sobre la política social de la Unión Europea, *vid.* GÓMEZ, Marta Ortega. La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea. En: GÓMEZ, Marta (ed.). **Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 375-405.

² Sobre la evolución de la política social de la Unión Europea, *vid.* SANZ, Rosario Pedrosa. El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual. **Estudios de Economía aplicada**, Valladolid, v. 27-3, 2009, p. 613-638.

³ *Vid.* el artículo 3 de este Tratado, que atribuye a la Unión Europea diversos objetivos en el ámbito social, entre los que se incluyen la promoción del bienestar, la lucha contra la exclusión social y la discriminación; el fomento de la justicia y la protección sociales, la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño; y el fomento de la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

⁴ *Vid.* los artículos 151 a 161 de este Tratado, que integran el Título X, titulado “Política Social”, de la Parte Tercera, que sirven de base a la Unión Europea para la adopción de normas, dentro de sus competencias, en materia social.

esta naturaleza⁵; y el impulso judicial dado a esta materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia se está convirtiendo en una herramienta decisiva y ha dado lugar a avances relevantes⁶.

Sin embargo, las competencias de la Unión Europea en materia social son muy limitadas. En efecto, la política social es una política compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea⁷ y las prerrogativas de ésta son muy escasas en este ámbito, excluyéndose cualquier poder normativo en materia de empleo⁸. De acuerdo con el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la competencia de la Unión es una mera competencia de apoyo y complemento a la actividad de los Estados miembros⁹, por lo que son éstos los principales responsables de definir sus políticas sociales y de empleo¹⁰. Además, también debe tenerse presente que, en el seno de la Unión, la adopción de medidas normativas sobre determinadas materias exige la unanimidad. Así sucede con los ámbitos relativos a la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión¹¹. De ahí las dificultades con las que se encuentra la Unión para intervenir en materia social.

⁵ GÓMEZ, Marta Ortega. La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea. En: GÓMEZ, Marta Ortega (ed.). **Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 379.

⁶ Al respecto, *vid.* BROTO, José María Miranda. El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial. **Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social**, Madrid, n. 127, 2017, p. 19-43.

⁷ *Vid.* el artículo 4.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸ En este sentido, GÓMEZ, Marta Ortega. La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea. En: GÓMEZ, Marta Ortega (ed.). **Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 375.

⁹ El artículo 153 del TFUE dispone que, para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; la integración de las personas excluidas del mercado laboral; la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; la lucha contra la exclusión social; y la modernización de los sistemas de protección social.

¹⁰ Además, como advierte GÓMEZ, Marta Ortega. La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea. En: GÓMEZ, Marta Ortega (ed.). **Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 375, “Los Estados miembros de la Unión Europea nunca han pretendido crear una política social y de empleo a escala europea. No han tenido interés en posibilitar que la UE tenga un poder autónomo respecto de las relaciones empresario trabajador y en los aspectos que conciernen al empleo y al bienestar social, bienestar que, por otra parte, resulta indisoluble de la marcha de la economía”.

¹¹ *Vid.* el artículo 153. 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Asimismo, tanto la existencia de la política social europea como su contenido, el grado de intervención que debe tener o el papel a desempeñar siempre han suscitado grandes controversias y debates en el seno de la Unión¹².

La preocupación por la dimensión social de la Unión Europea ha emergido con fuerza a raíz de la crisis económica suscitada a partir de 2008, que ha tenido un fuerte impacto social y ha significado la reducción y restricción de derechos sociales en muchos Estados miembros, y también el incremento del número de personas desempleadas, de las desigualdades económicas y sociales y de la pobreza.¹³ En definitiva, la crisis económica ha llevado a que la protección de los derechos sociales también entre en crisis, a causa de las limitaciones presupuestarias y de las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años¹⁴, que han obligado a muchos Estados miembros a tomar medidas para reducir el gasto público. Y ello ha conllevado un general redimensionamiento del Estado del bienestar europeo¹⁵. Precisamente, como señala Marta Ortega, son el déficit en el plano de las competencias y la falta de poder de la UE en materia social los factores que explican “por qué la UE no ha sido capaz de adoptar medidas de carácter social capaces de paliar los efectos negativos de la crisis en las personas, principalmente, el desempleo y la pobreza”¹⁶.

Ante esta preocupante realidad social en el seno de la Unión Europea, emerge con fuerza la necesidad de potenciar y fortalecer su dimensión social y la conveniencia de situar las políticas sociales y laborales en un nivel adecuado, evitando que se vean únicamente como un complemento de las políticas económicas. Las instituciones europeas y, en particular, la Comisión Europea, afrontan este reto y están emprendiendo acciones a tal efecto. Fortalecer la dimensión social de la Unión Europea y mitigar los impactos de la crisis sobre las políticas sociales y sobre las personas constituye un reto al cual debe darse una respuesta eficaz. Potenciar la dimensión social de la Unión

¹² Así lo señala SANZ, Rosario Pedrosa. El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual. **Estudios de Economía aplicada**, Valladolid, v. 27-3, 2009, p. 634.

¹³ CASADO CASADO, Lucía. Crisis económica y protección del medio ambiente. El impacto de la crisis sobre el Derecho ambiental en España. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 18-63, jan./abr. 2018.

¹⁴ Como advierte BISCHOFF, Gabrielle. El modelo social europeo y los derechos de los trabajadores: ¿por qué necesitamos un pilar europeo de derechos sociales? **Temas para el debate**, Madrid, n. 268, 2017, p. 29-30, “Las políticas de austeridad de la UE han dado lugar a un aumento de la pobreza y la desigualdad, dejando a toda una generación sin perspectivas”.

¹⁵ En este sentido, GARDINI, Gianluca. Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época**, Madrid, n. 9, 2018, p. 94, quien también advierte que “muchos países de la UE, con el fin de obtener el apoyo financiero de Europa, tuvieron que reducir drásticamente el nivel de protección de muchos derechos sociales”.

¹⁶ GÓMEZ, Marta Ortega. La Unión Europea frente a los retos políticos, económicos y sociales de la crisis de la Eurozona. En: PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura (eds.). **El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 227.

Europea, como afirma Eduardo Rojo, “es una necesidad vital si queremos poner en marcha mecanismos a escala europea que contribuyan a la salida de la crisis en todos los países, aunque la rapidez de la misma sea desigual ya que las diferencias actuales son muy importantes”¹⁷. Es en este contexto donde debemos situar la adopción del nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales, que centrará este trabajo y a cuyo análisis dedicamos las páginas siguientes.

2. LOS ORÍGENES DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: EL CAMINO SEGUIDO HASTA SU APROBACIÓN

El Pilar Europeo de Derechos Sociales se ha gestado en menos de dos años¹⁸. El punto de partida y el inicio del proceso conducente a su aprobación debe situarse en 2015, en una propuesta presentada por el presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker¹⁹. Concretamente, el 9 de septiembre de dicho año, propuso, ante el Plenario del Parlamento Europeo, el establecimiento de un pilar mínimo de derechos sociales²⁰, que debería completar lo ya hecho en el ámbito de la Unión Europea; e

¹⁷ TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder. **Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales**, Barcelona, v. 2, 2014, p. 119.

¹⁸ Para un análisis detallado del proceso de gestación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, *vid.* PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 1-23; AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p. 4-13; y TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017.

¹⁹ Esta iniciativa forma parte de la labor emprendida por la Comisión en pos de una unión económica y monetaria (UEM) más profunda y más justa, y también de su programa de trabajo para 2016. Así se pone de manifiesto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales” [COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016], p. 2. Con anterioridad a la propuesta presentada por Jean Claude Juncker, es interesante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Reforzar la dimensión social de la Unión económica y monetaria” [COM (2013) 690 final, Bruselas, 2 de octubre de 2013], así como las iniciativas emprendidas por la Unión Europea en 2014 para reforzar la Unión Económica y Monetaria y en las que se constata que ésta debe atender a la dimensión social [*vid.*, en particular, las orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea, presentadas por el entonces candidato al cargo de Presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker, “Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio deomcrático”, en la sesión plenaria del Parlamento Europeo, el 15 de julio de 2014 (disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-546_es.htm –fecha de la última consulta: 18 de septiembre de 2018–)]. *Vid.* QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 2. En particular, sobre la comunicación de 2 de octubre de 2013, *vid.* TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder. **Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales**, Barcelona, v. 2, 2014, p. 123-126.

²⁰ Téngase en cuenta que, como pone de manifiesto QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales. **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 37, 2018, p. 2, tres meses antes, el denominado “Informe de los cinco presidentes” ya había dado muestras de la convicción de emprender otro

identificar los elementos fundamentales, comunes a todos, relativos a las condiciones de trabajo, a la salud y seguridad en el trabajo, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, a las situaciones de desempleo, y, de forma más general, a las condiciones sociales y al acceso a los sistemas de protección social. Debía desarrollarse, por tanto, “un pilar europeo de derechos sociales que tenga en cuenta las cambiantes realidades de las sociedades europeas y el mundo del trabajo y que pueda servir de guía para una convergencia renovada en la zona euro”²¹. Sin embargo, el anuncio se formuló de forma breve, sin concreción alguna que permitiera deducir los objetivos a alcanzar con el mismo ni su alcance institucional²². Posteriormente, Jean Claude Juncker insistió en esta idea en una intervención realizada el 29 de septiembre de 2015, en el decimotercer congreso de la Confederación Europea de Sindicatos. En su discurso, reivindicó la Europa social y las virtudes del diálogo social para avanzar en las respuestas a la crisis que puedan satisfacer a la mayor parte de la ciudadanía; denunció el incremento de las desigualdades en buena parte de los países europeos; y anunció que la Comisión presentaría, en la primavera de 2016, un pilar de derechos sociales mínimos que sería un punto de partida que no podría ser disminuido²³.

Una vez lanzada la propuesta, los primeros pasos efectivos de su materialización vinieron de la mano de la Comisión, que, respondiendo a la petición realizada, abrió, en marzo de 2016, un proceso de consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales²⁴, con el fin de reflexionar sobre los derechos sociales existentes, las necesidades particulares de la zona euro y las reformas necesarias a todos los niveles, que debería darse

rumbo para afrontar los efectos sociales devastadores de la crisis del post-2008 que se apartara de la aplicación pura y dura de políticas de austeridad.

²¹ Vid. BROTO, José María Miranda. El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial. **Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social**, Madrid, n. 127, 2017, p. 26.

²² Así lo destaca QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 1.

²³ Vid. el análisis detallado de la Propuesta formula por Jean Claude Juncker y de las reacciones suscitadas que realiza TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 13-20.

²⁴ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016. Vid. también el Anexo que acompaña a esta Comunicación (“Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales”); y los dos documentos de trabajo de los servicios de la Comisión Europea que también lo acompañan, uno dedicado a describir las tendencias clave de la economía, el mercado de trabajo y la sociedad en las que se basa el pilar (“Principales tendencias económicas, laborales y sociales en las que se basa el pilar europeo de derechos sociales”) y otro a recordar el acervo jurídico social a nivel de la Unión Europea (“Acervo social de la Unión Europea”). Vid. un análisis detallado de esta comunicación en QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 1-4; y TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 21-34.

por terminado, a más tardar, el 31 de diciembre de 2016, y servir de base para que la Comisión pudiera presentar una propuesta final relativa al pilar a principios de 2017. Los objetivos principales de este proceso de consulta fueron los tres siguientes²⁵: hacer una evaluación del acervo social vigente de la Unión Europea, para ayudar a determinar en qué medida los derechos existentes se ejercen en la práctica y siguen siendo pertinentes para los retos presentes y futuros, o si deberían plantearse nuevas maneras de promover esos derechos; reflexionar sobre las nuevas tendencias en el trabajo y en las sociedades por efecto de las tendencias demográficas, las nuevas tecnologías y otros factores relevantes para la vida laboral y las condiciones sociales; y recabar puntos de vista y recibir comentarios sobre el propio esbozo del Pilar Europeo de Derechos Sociales, con el fin de debatir su alcance y su contenido, así como su papel como parte de la dimensión social de la Unión Económica y Monetaria, con vistas a ultimar una propuesta relativa al Pilar a principios de 2017.

Fruto de este proceso de consulta, abierto a las instituciones de la Unión Europea, a las autoridades y parlamentos nacionales, sindicatos y patronales, ONGs, proveedores de servicios sociales, expertos del mundo académico y el público en general, se realizaron numerosas aportaciones a la Comunicación de la Comisión, de procedencia muy variada (doctrina científica, Organización Internacional del Trabajo, Comité de las Regiones, Consejo Económico y Social Europeo, Parlamento Europeo, Consejo de Europa, Ministros de empleo de varios países de la Unión Europea...)²⁶. Como pone de manifiesto Margarita Isabel Ramos, este proceso llevado a cabo a lo largo de 2016 por parte de la Comisión, tras la apertura de la mencionada consulta, “supone la expresión de una voluntad política orientada a reforzar, de algún modo, los aspectos sociales que tan deteriorados y tan desatendidos han estado, precisamente cuando más falta hacía, esto es, en los años de mayor impacto social de la crisis”²⁷. Las numerosas aportaciones realizadas fueron objeto de debate, el 23 de enero de 2017, en una Conferencia de alto nivel en Bruselas, con más de 600 personas participantes en representación de los Estados miembros, las instituciones comunitarias, los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil, que sirvió para acabar de moldear los textos que finalmente serían aprobados²⁸.

²⁵ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales” [COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016], p. 10.

²⁶ Vid. el análisis detallado de las principales aportaciones que realiza TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 35-50.

²⁷ QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 1.

²⁸ En este sentido, TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o

El paso siguiente en este proceso fue la aprobación de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión²⁹, de 26 de abril de 2017³⁰, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuyo análisis en profundidad acometemos en el apartado siguiente³¹. En ella se consagran los principios y derechos esenciales que conforman este Pilar, con el fin de que sirvan “de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales”³². Ahora bien, como puede fácilmente apreciarse, el texto aprobado adopta la forma de recomendación, por lo que carece de efectos vinculantes y no impone obligaciones de necesario cumplimiento a sus destinatarios, sino meras proposiciones de cumplimiento facultativo. Esta Comunicación va acompañada de dos documentos de los servicios técnicos de la Comisión, en los que se hace balance de los contenidos más relevantes de las aportaciones efectuadas a la Comunicación de 8 de marzo de 2016; y se distingue entre el marco normativo vigente, las propuestas de cambio que introduce el texto de la Recomendación sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales respecto a aquél, y de qué forma puede instrumentarse en la práctica por vía comunitaria o nacional de cada Estado miembro.

Una vez se hizo pública esta Recomendación, comenzaron los contactos entre las principales instituciones de la Unión para negociar un acuerdo al respecto³³. Fue así como, finalmente, tras su aprobación por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, en su sesión de 23 de octubre de 2017, se procedió a la firma

reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 51.

²⁹ Nótese que la Comisión, en realidad, presenta el Pilar, en la misma fecha, con un doble formato jurídico: como Recomendación de la Comisión de 26 de abril de 2017, y como Propuesta de proclamación interinstitucional para que tenga el mayor apoyo político institucional posible. *Vid.* AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p. 11.

³⁰ Con anterioridad, el Parlamento Europeo también se había pronunciado en favor de un Pilar Europeo de Derechos Sociales sólido con el fin de reforzar los derechos sociales, ejercer un efecto positivo en la vida de las personas y apoyar la construcción europea del Siglo XXI. *Vid.* su Resolución de 19 de enero de 2017, sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//ES>> Fecha de la última consulta: 19 set. 2018.

³¹ En opinión de TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 61-62, la Recomendación presentada por la Comisión no difiere de las líneas maestras o ejes centrales de la Comunicación de 8 de marzo de 2016, si bien “cabe destacar que se han tenido en cuenta algunas aportaciones recibidas y que se ha tratado, tal como se explica con detalle en un documento elaborado por los servicios técnicos de la CE, de “aportar nuevos elementos al acervo existente” en la política social de que dispone la UE”.

³² Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, considerando 12º.

³³ *Vid.* GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 107.

y proclamación interinstitucional del texto del Pilar Europeo de Derechos Sociales que figura en aquella Recomendación, de manera conjunta por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, a través de una declaración interinstitucional sin valor jurídico vinculante³⁴. De este modo, se consigue el respaldo del Pilar al más alto nivel.

3. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Una vez descrito su proceso de gestación, a continuación, entramos a analizar detalladamente el Pilar Europeo de Derechos Sociales³⁵. En particular, haremos referencia a las razones subyacentes a su aprobación; a sus objetivos; a su ámbito de aplicación; a su estructura y contenido; y a sus principales aportaciones y limitaciones.

3.1. ¿Por qué aprobar un Pilar Europeo de Derechos Sociales?

Antes de entrar a analizar el papel, estructura, contenido, alcance y naturaleza del Pilar Europeo de Derechos Sociales, conviene plantearnos el porqué de su aprobación³⁶. Sólo así podremos comprender en sus justos términos este instrumento y sus implicaciones.

Entre las razones que explican su aprobación³⁷, puede citarse, en primer lugar, la convicción de la importancia de la perspectiva social en el proceso de integración europea y la búsqueda de una economía social de mercado altamente competitiva. Si bien es cierto que el proceso de construcción europea se ha centrado en la convergencia económica en torno a un mercado único, también ha dado lugar al desarrollo de un destacable acervo sociolaboral, de gran importancia, especialmente en el periodo de crisis económica, y que, como pone de relieve, Borja Suárez, “ha servido para amortiguar las consecuencias sociales de la caída de la actividad y el aumento del desempleo” y “ha actuado también como estabilizador automático de la economía para preservar

³⁴ Puede consultarse la versión en español de este documento en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf> Fecha de la última consulta: 18 sep. 2018.

³⁵ La cobertura jurídica de este nuevo instrumento de impulso de la política social dentro de la Unión Europea encuentra apoyo en varios preceptos de los Tratados fundacionales. Al respecto, *vid.* QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 1-2.

³⁶ Sobre las razones que fundamentan el Pilar Europeo de Derechos Sociales, *vid.* QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. **Revista de Derecho Social**, Albacete, n. 77, 2017, p. 28-30.

³⁷ Sobre las principales razones que justifican su aprobación y los principales aspectos que la Comisión tuvo muy presentes al impulsar esta iniciativa política, *vid.* CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017.

la capacidad de consumo evitando un frenazo económico aún de mayor entidad³⁸. Por esta razón, como señala la Comisión Europea³⁹:

[...] el establecimiento y la profundización del mercado único europeo han ido de la mano con el desarrollo de un acervo jurídico en el ámbito social a nivel de la UE, para garantizar la igualdad de condiciones, limitar el riesgo de dumping social o de "carrera a la baja" y facilitar la integración económica y social. Esta es también la razón por la que, desde la década de los noventa, las consideraciones sociales y relativas al empleo han constituido un rasgo esencial del proceso de coordinación de la política económica en la UE, conocido ahora como Semestre Europeo. La base del pilar europeo de derechos sociales sigue esta lógica [...]

En segundo lugar, el Pilar Europeo de Derechos Sociales responde a una doble necesidad: superar la crisis con perspectiva de futuro y avanzar hacia una Unión económica y monetaria más profunda y más justa⁴⁰. Para que la Unión Europea pueda impulsar la productividad, competir a escala mundial, reforzar la cohesión social y seguir mejorando el nivel de vida de los ciudadanos, es imprescindible conseguir unos mercados de trabajo y unos sistemas de bienestar que funcionen correctamente y sean justos⁴¹. Asimismo, la Comisión considera que la consagración de un pilar social contribuirá de forma decisiva a la consolidación de la Unión económica y monetaria, por lo que es imprescindible prestar mayor atención a los resultados en materia de empleo y en el ámbito social, como parte de un proceso más amplio de convergencia al alza hacia unas estructuras económicas de mayor capacidad de resistencia dentro de la zona del euro⁴². En definitiva, parece que la relegación del componente social es uno de los de-

³⁸ CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017.

³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales". COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 3.

⁴⁰ Sobre la necesidad de una dimensión social para la Unión económica y monetaria, *vid.* FERNANDES, Sofia; MASLAUSKAITE, Kristina. Une dimension sociale pour l'UEM: pourquoi et comment? **Policy Paper**, París, n. 98, 2013, p. 1-16.

⁴¹ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales". COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 4.

⁴² Desde esta perspectiva, la Comisión pone de relieve que "No se trata solamente de un imperativo político o social; es también una necesidad económica: la experiencia de la última década y media ha puesto de manifiesto que la persistencia de desequilibrios en uno o varios Estados miembros puede poner en peligro la estabilidad de la zona del euro en su conjunto, y que la incapacidad para corregir esos desequilibrios puede dar lugar a divergencias aún más onerosas. Después de la crisis de 2007-2008, la zona del euro se hizo más heterogénea, con algunos países especialmente afectados, y reducir esta heterogeneidad lleva tiempo. De cara al futuro, es evidente que el éxito venidero de la zona del euro depende no poco de la eficacia de los mercados de trabajo y los sistemas de bienestar nacionales y de la capacidad de la economía para absorber las perturbaciones y adaptarse a ellas". *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico

fectos originales de carácter estructural en el diseño del euro que explica las enormes dificultades y sacrificios que han debido afrontar algunos países, como Grecia⁴³.

En tercer lugar, el Pilar Europeo de Derechos Sociales también apunta a la necesidad de articular las instituciones típicas de protección social y laboral a un entorno socioeconómico distinto y a un contexto marcado por la transformación de las sociedades europeas (progresivo envejecimiento de la población, alargamiento de la esperanza de vida...) y del mundo del trabajo (digitalización de la economía, transformación de los sistemas de trabajo, superación de las características tradicionales de la relación laboral...)⁴⁴. Indudablemente, el alcance y la naturaleza de los retos a los que se enfrentan el mundo del trabajo y la sociedad en general han cambiado radicalmente en la actualidad, en comparación con el siglo XX, por lo que existen muchas tendencias nuevas o futuras a las que Europa tendrá que adaptarse. Desde esta perspectiva,

Los objetivos de la política social y su capacidad para cumplirlos están siendo sometidos a prueba de forma significativa, y la capacidad de Europa para conseguir unos mercados de trabajo y unos sistemas de bienestar que funcionen correctamente y sean justos resulta esencial para que pueda impulsar la productividad, competir a escala mundial, reforzar la cohesión social y seguir mejorando el nivel de vida de sus ciudadanos⁴⁵.

Por ello, es necesario reformular las respuestas tradicionales o, al menos, adaptarlas a un entorno socioeconómico distinto. Y ello en un momento en que la Unión Europea se enfrenta a dos grandes retos: la profunda evolución de los mercados y de las sociedades humanas con la globalización derivada de los cambios tecnológicos, económicos y sociales acaecidos; y la superación definitiva de una prolongada crisis económica y financiera, que ha provocado y todavía está provocando efectos nocivos⁴⁶.

Es en este contexto y bajo estas premisas donde debemos situar el Pilar Europeo de Derechos Sociales que, como pone de relieve Alfredo Romero, “aspira a ser la brújula orientadora hacia resultados sociales y de empleo eficientes que respondan a los desafíos presentes y venideros, en aras de cubrir las demandas y necesidades ciudadanas

y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 5.

⁴³ Así lo advierte CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017.

⁴⁴ Así lo pone de manifiesto CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 4.

⁴⁶ GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 107.

más elementales, así como para asegurar una mejor regulación y aplicabilidad de sus derechos⁴⁷.

3.2. Objetivos

El Pilar Europeo de Derechos Sociales establece principios y derechos esenciales en materia social. Su objetivo fundamental es “manifestar una serie de principios esenciales en apoyo de unos mercados de trabajo y unos sistemas de bienestar que funcionen correctamente y sean justos”⁴⁸. Así, establece una serie de principios y derechos que deben servir como marco de referencia para la política social y de empleo a escala nacional y europea y, con ello, “servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales”⁴⁹. Tal como se destaca en un documento de trabajo de los servicios de la Comisión⁵⁰

Conjuntamente, estos principios y derechos establecen una agenda ambiciosa para un mejor funcionamiento de las economías, así como para que las sociedades sean más equitativas y tengan una mayor capacidad de adaptación. El objetivo es promover un proceso renovado de convergencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo en toda Europa. En este contexto, el pilar europeo de derechos sociales aspira a proporcionar derechos nuevos y más efectivos a los ciudadanos, hacer frente a los retos sociales que van surgiendo y al cambiante mundo laboral, teniendo en cuenta en especial los nuevos tipos de trabajo derivados de las nuevas tecnologías y la revolución digital. Estos principios y derechos abarcan los ámbitos del empleo, la protección social, la inclusión social, la educación y la igualdad de oportunidades.

El Pilar “expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI” y reafirma “algunos de los derechos del acervo de la Unión y añade nuevos principios que abordan los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos

⁴⁷ GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. *Siglo Cero*, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 107.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 7.

⁴⁹ Considerando 12º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

⁵⁰ *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales” [SWD (2017) 201 final, Bruselas, 26 de abril de 2017. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0201&from=EN>>. Fecha de la última consulta: 18 sep. 2018.

y sociales”⁵¹. Para ello, “se basará en el acervo social existente a nivel de la UE⁵², al que complementará, y los principios que contiene abordarán de manera específica las necesidades y los retos que afronta la zona del euro”⁵³. En efecto, se inspira directamente en la variedad de las prácticas en toda Europa y se basa en el acervo legal existente en la Unión Europea y a escala internacional.

En definitiva, el Pilar Europeo de Derechos Sociales persigue erigirse en una guía para la mejora de las políticas sociales y de empleo en la Unión Europea y los Estados miembros, con el objeto de reforzar la dimensión social de la Unión y prepararla para la digitalización y la globalización. Una vez instaurado, “debería convertirse en un marco de referencia para analizar los resultados de los Estados miembros participantes en los ámbitos social y del empleo, para impulsar reformas a nivel nacional y, más concretamente, para servir de guía con vistas a una convergencia renovada en la zona del euro”⁵⁴.

3.3. Ámbito de aplicación

En cuanto a su ámbito de aplicación, por una parte, debe tenerse presente que el Pilar Europeo de Derechos Sociales está principalmente concebido para la zona del euro⁵⁵, aunque es aplicable a todos los Estados miembros que deseen formar parte de

⁵¹ Considerando 14º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

⁵² El Pilar Europeo de Derechos Sociales se basa en el corpus jurídico existente tanto en el contexto de la UE como en el ámbito internacional. En concreto, se basa en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores 1989, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Social Europea en su versión revisada de 1996 y el Código Europeo de la Seguridad Social del Consejo de Europa. Los principios tienen en cuenta también los correspondientes convenios, recomendaciones y protocolos asociados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte, también tiene en cuenta el acervo social de la Unión Europea desarrollado en los últimos treinta años, por medio de nuevas disposiciones en los Tratados, la adopción de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, la nueva legislación y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, tiene presente la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030, que ha proporcionado una nueva agenda para hacer frente a la erradicación de la pobreza, así como a las dimensiones económica, social, de solidaridad y de medio ambiente del desarrollo sostenible de forma equilibrada e integrada. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 7.

⁵⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, p. 7.

⁵⁵ PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 7, destaca el alcance limitado del Pilar, por cuanto con él “se pretende servir de guía con vistas a una convergencia renovada en la zona del euro”.

él, que podrán adherirse si lo desean⁵⁶. De este modo, los principios que contiene abordarán de forma específica las necesidades y los retos a que debe hacer frente la zona del euro, con el fin de consolidar la Unión económica y monetaria, si bien ello no obsta a que pueda aplicarse a otros Estados miembros no integrados en la zona euro. De este modo, aunque territorialmente, en principio, queda referido exclusivamente a la zona del euro, al mismo tiempo, los países que no comparten la moneda europea pueden adherirse voluntariamente al Pilar e integrarlo en sus políticas, quedando por este cauce abierto a otros Estados no pertenecientes a la Unión económica y monetaria⁵⁷. Se trata, por tanto, de una propuesta dirigida a todos los Estados miembros, de carácter abierto y dinámico, para adaptarse a situaciones diversas y a entornos socioeconómicos variables⁵⁸.

Por otra, hay que tener en cuenta que los principios consagrados en este Pilar conciernen “a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países con residencia legal”⁵⁹, independientemente de su situación de empleo, así como a las autoridades públicas y a los interlocutores sociales⁶⁰. Además, el Pilar utiliza un concepto amplio de “trabajador”, de manera que cuando un principio hace referencia a los trabajadores “conciernen a todas las personas con un empleo, independientemente de su situación laboral, y de la modalidad y duración del empleo”⁶¹.

3.4. Estructura y contenido

El Pilar Europeo de Derechos Sociales se estructura en tres capítulos diferentes, que responden a tres bloques temáticos (igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; condiciones de trabajo justas; y protección e inclusión social), en los que se recogen 20 grandes principios relacionados con los derechos sociales.

Estos principios tienen como punto de partida una serie de derechos ya inscritos en el acervo normativo de la Unión Europea (y también en el Derecho internacional) y presentan con mayor detalle las posibles maneras de hacerlos operativos, abordando

⁵⁶ Vid. el Considerando 13º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

⁵⁷ Vid. QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de Derecho Social*, Albacete, n. 77, 2017, p. 30.

⁵⁸ GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. *Siglo Cero*, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 107-108.

⁵⁹ Considerando 15º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

⁶⁰ Vid. el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”. En cuanto al alcance del Pilar, cabe destacar que se ha desechado la demanda del Consejo Económico y Social Europeo de que el Pilar tuviese en cuenta a los solicitantes de asilo y a los migrantes. Vid. PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 8, 9 y 11.

⁶¹ Considerando 15º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

los desafíos surgidos con la crisis económica, los adelantos tecnológicos y los cambios sociales⁶². En realidad, el Pilar no supone la incorporación de más derechos o de nuevos derechos, ni en el ámbito europeo ni el ámbito interno de cada Estado miembro, sino que los complementa para tener en cuenta las nuevas realidades⁶³.

En el Capítulo I, bajo el título “Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”, se recogen cuatro principios, relacionados con la educación, formación y aprendizaje permanente⁶⁴; la igualdad de género⁶⁵; la igualdad de oportunidades⁶⁶; y el apoyo activo al empleo⁶⁷ (incluidos, respectivamente, en los apartados 1, 2, 3 y 4 del Pilar).

El Capítulo II, titulado “Condiciones de trabajo justas”, recoge, en los apartados 5 a 10, principios que guardan relación con las condiciones laborales, cuestión de enorme importancia para cualquier trabajador. En particular, se recogen principios relativos al empleo seguro y adaptable⁶⁸; los salarios⁶⁹; la información sobre las condiciones de

⁶² GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 108.

⁶³ Sobre esta cuestión *vid. infra* el apartado 3.6 de este trabajo.

⁶⁴ En materia educativa, el apartado 1 recoge el derecho de toda persona “a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral”.

⁶⁵ En relación con la igualdad de género, el apartado 2 incluye el deber de garantizar y fomentar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera; y el derecho de las mujeres y los hombres “a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor”.

⁶⁶ El apartado 3 prevé que “Con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público. Deberá fomentarse la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados”.

⁶⁷ En cuanto al apoyo activo para el empleo, se reconocen una serie de derechos a todas las personas (el derecho “a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia”, que incluye el derecho “a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje”; y “a la transferencia de la protección social” y “a la formación durante las transiciones profesionales”), a los jóvenes (el derecho “a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios”) y a las personas desempleadas (el derecho “a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada” y, en el caso de los desempleados de larga duración, “a una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo”). *Vid.* el apartado 4.

⁶⁸ El apartado 5 incluye diferentes previsiones relativa al empleo seguro y adaptable: el derecho de los trabajadores, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, “a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación” y el deber de fomentar “la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido”; el deber de garantizar, de conformidad con la legislación y los convenios colectivos, “la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico”; el deber de promover “formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad” y de fomentar “el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia” y de facilitar la movilidad profesional; y el deber de evitar “las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos”, debiendo tener los períodos de prueba una duración razonable.

⁶⁹ En materia de salarios, de conformidad con el apartado 6, los trabajadores tienen derecho “a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno”. Asimismo, se prevé que deberá garantizarse “un salario

trabajo y la protección en caso de despido⁷⁰; el diálogo social y la participación de los trabajadores⁷¹; el equilibrio entre la vida profesional y la vida privada⁷²; y un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos⁷³. Se busca, en definitiva, establecer un equilibrio adecuado y fiable de derechos y obligaciones entre los trabajadores y los empleadores, así como entre flexibilidad y seguridad, de facilitar la creación de puestos de trabajo, la aceptación de estos y la adaptabilidad de las empresas y de promover el diálogo social⁷⁴.

En el Capítulo III, con el título “Protección e inclusión”⁷⁵, se incluyen, en los apartados 11 a 20, una serie de principios relativos a una protección social adecuada y sostenible, así como al acceso a servicios esenciales de alta calidad, a fin de garantizar a las personas una vida digna y la protección contra los riesgos. Todos ellos

mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo” y “evitarse la pobreza de los ocupados”; y que todos los salarios “deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales”.

⁷⁰ Respecto de la información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido, dos son las previsiones que se incluyen en el apartado 7: el derecho de los trabajadores “a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en período de prueba”; y el derecho, antes de proceder a un despido, de los trabajadores “a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso”, así como de “acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial” y, en caso de despido injustificado, el derecho “a reparación, incluida una indemnización adecuada”.

⁷¹ En materia de diálogo social y participación de los trabajadores, el apartado 8 recoge el deber de consultar a los interlocutores sociales sobre “el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales”, de animarlos “a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva”, así como el deber de fomentar “el apoyo para aumentar la capacidad de los interlocutores sociales para promover el diálogo social”; y el derecho de los trabajadores o sus representantes “a ser informados y consultados oportunamente sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos”.

⁷² En relación con el equilibrio entre vida profesional y vida privada, el apartado 9 prevé que “Los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deberán tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y deberá animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”.

⁷³ En este ámbito, el Pilar incluye, en el apartado 10, el derecho de los trabajadores “a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo”; “a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades profesionales y que les permita prolongar su participación en el mercado laboral”; y “a la protección de sus datos personales en el contexto del empleo”.

⁷⁴ *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”, p. 8 [COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016].

⁷⁵ En opinión de PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 15, este Capítulo “es el más ambicioso de todos si se tiene en cuenta el conjunto de desafíos que esconde cada uno de sus principios en un contexto de restricciones presupuestarias y escaso crecimiento económico”.

abordan temas de gran relevancia social, por su permanente actualidad⁷⁶. Concretamente, se recogen principios relativos a la asistencia y apoyo a los niños⁷⁷; la protección social⁷⁸; las prestaciones por desempleo⁷⁹; la renta mínima⁸⁰; las pensiones y prestaciones de vejez⁸¹; la sanidad⁸²; la inclusión de las personas con discapacidad⁸³; los cuidados de larga duración⁸⁴; la vivienda y la asistencia para las personas sin hogar⁸⁵; y el acceso a los servicios esenciales⁸⁶.

⁷⁶ GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 110.

⁷⁷ En materia de asistencia y apoyo a los niños, el apartado 11 incluye el derecho de los niños “a disfrutar de una educación y asistencia infantil asequibles y de buena calidad”; y “a la protección contra la pobreza”. Asimismo, prevé que “Los niños procedentes de entornos desfavorecidos tienen derecho a medidas específicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades”.

⁷⁸ Con relación a la protección social, el apartado 12 prevé que “Con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”.

⁷⁹ En cuanto a las prestaciones por desempleo, los desempleados “tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales”. Eso sí, como cautela, se establece que estas prestaciones “no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo”. *Vid.* el apartado 13.

⁸⁰ El apartado 14 recoge el derecho de toda persona que carezca de recursos suficientes “a unas prestaciones de renta mínimas adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación”. Asimismo, se prevé que, para las personas que pueden trabajar, “las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

⁸¹ En materia de pensiones y prestaciones de vejez, el apartado 15 incluye el derecho de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia “a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada”, imponiéndose que las mujeres y los hombres tengan las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión; y el derecho de toda persona en la vejez “a los recursos que garanticen una vida digna”.

⁸² En relación con la sanidad, el apartado 16 hace referencia al derecho de toda persona “a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad”.

⁸³ Para las personas con discapacidad, el apartado 17 recoge el derecho “a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”. *Vid.* el comentario de este apartado que realizan GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018, p. 110-111; y CORUJO, Borja Suárez. Las personas con discapacidad en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: RODRÍGUEZ, Erick Fernando Aristizábal (coord.). **Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social**. Murcia: Ediciones Laborum, 2017, p. 557-566.

⁸⁴ Con relación a los cuidados de larga duración, el apartado 18 recoge el derecho de toda persona “a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios”.

⁸⁵ En materia de vivienda, el apartado 19 incluye varias previsiones de interés: el deber de proporcionar a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad; el derecho de las personas vulnerables “a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso”; y el deber de facilitar a las personas sin hogar “un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social”.

⁸⁶ El apartado 20 prevé que “Toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios”.

Como puede comprobarse, estos veinte grandes principios se articulan en torno a dos grandes ejes: uno, relativo a las garantías de los trabajadores, del cual son exponente los Capítulos I y II, promueve la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado de trabajo y la preservación de unas condiciones laborales justas para todos los trabajadores. El otro, incluido en el Capítulo III y de vocación más amplia en lo subjetivo, reivindica un nivel de protección social adecuado y sostenible en el seno de la Unión Europea. Sin duda, el reconocimiento de estos principios y derechos sociales es relevante, por su importancia económica y social, aunque es necesario que vaya acompañado de su efectividad práctica y no se quede en una simple plasmación formal en un texto.

3.5. Principales aportaciones

Sin perder de vista que el Pilar Europeo de Derechos Sociales está recogido en instrumentos carentes de fuerza jurídica vinculante⁸⁷, cabe preguntarse qué aportaciones trae consigo su aprobación en el seno de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, hay que destacar que su aprobación no supone, como ya hemos señalado, la incorporación de más derechos o nuevos derechos, ni altera el reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en este ámbito.

Sin embargo, aunque no aumenta las competencias de la Unión ni hay modificaciones en el acervo jurídico europeo, no puede negarse la relevancia que tiene el reconocimiento de este conjunto de principios y derechos sociales esenciales y su plasmación en un texto en el ámbito de la Unión Europea, por cuanto se erige en un auténtico programa de principios. Aunque no incorpora más derechos, sí supone una reafirmación de los existentes, con algunas mejoras interpretativas. Por una parte, aporta una mayor visibilidad, mejora la comprensión y hace más explícitos para los ciudadanos y los diferentes agentes de todos los niveles los principios y derechos recogidos en las disposiciones vinculantes del Derecho de la Unión Europea⁸⁸. Por otra, en algunos ámbitos concretos, el Pilar aporta nuevos elementos al acervo

⁸⁷ A esta cuestión nos referimos con mayor detalle *infra*, en el apartado 3.6, de este trabajo.

⁸⁸ Téngase en cuenta, además, que “ninguna de las disposiciones del pilar europeo de derechos sociales debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión o por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo” (considerando 16º de la Recomendación (UE) 2017/761).

existente⁸⁹ (por ejemplo, en materia de educación⁹⁰, igualdad de género⁹¹, igualdad de oportunidades⁹² y equilibrio entre vida profesional y vida privada⁹³, por citar solo algunos ejemplos)⁹⁴. Además, constituye un buen intento de sistematización y de visibiliza-

⁸⁹ Así se pone de manifiesto en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁹⁰ En materia de educación, El Pilar establece un derecho general a la educación y a la formación a lo largo de toda la vida, que va más allá del artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que se centra en la calidad y el carácter inclusivo. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁹¹ En el ámbito de la igualdad de género, “El pilar hace énfasis sobre la necesidad de promover de forma proactiva la igualdad entre hombres y mujeres por medio de una actuación positiva en todos los ámbitos. Al extender la igualdad a todos los ámbitos, el pilar va más allá del acervo existente”. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁹² En materia de igualdad de oportunidades, el Pilar “va en parte más allá del acervo actual al ampliar la protección contra la discriminación por motivo de religión o credo, discapacidad, edad y orientación sexual a los ámbitos de la protección social, incluidas la seguridad social y la sanidad, la educación y el acceso a los bienes y servicios disponibles para el público. El pilar también amplía la prohibición de discriminación basada en el género al ámbito de la educación, no incluido en el actual acervo”. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁹³ En relación con el equilibrio entre vida profesional y vida privada, el Pilar “destaca la importancia de la conciliación de vida familiar y vida profesional para todas las personas que tienen responsabilidades asistenciales y otorga derechos que son fundamentales para conseguir la conciliación en el actual contexto de trabajo, como es el derecho de acceso a los cuidados infantiles y a los cuidados de larga duración. El principio va más allá del actual acervo al establecer derechos para todas las personas con responsabilidades asistenciales que tiene un empleo. Por lo tanto, también se aplicará a las personas que tiene un empleo que no son padres, pero que por ejemplo puede que cuiden de personas de edad avanzada o miembros de su familia con una discapacidad”. Además, “el pilar confiere el derecho a condiciones laborales flexibles, como el trabajo a distancia, la adaptación de los horarios de trabajo o pasar de una jornada completa a una jornada a tiempo parcial. En la actualidad ese derecho únicamente existe la legislación de la Unión en aquellos casos en los que un trabajador se reincorpora a su puesto tras un permiso parental”; y, en lo referente a la igualdad de género, “el pilar centra por primera vez la atención en garantizar la igualdad de acceso de hombres y mujeres en materia de disposiciones sobre permisos especiales. Debería promoverse un uso equilibrado de este tipo de disposiciones por parte de hombres y mujeres, por ejemplo, ajustando el nivel de remuneración, o las condiciones relativas a la flexibilidad y a su carácter intransferible”. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

⁹⁴ Tal y como se pone de manifiesto en la propia Recomendación (UE) 2017/761, el Pilar Europeo de Derechos Sociales “Reafirma algunos de los derechos del acervo de la Unión y añade nuevos principios que abordan los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales” (considerando 14). *Vid.* el análisis detallado de los nuevos elementos que aporta el Pilar Europeo de Derechos Sociales al acervo europeo existente que se realiza en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”. *Vid.* también TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? *Revista Galega de Dereito Social*, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 63-73.

ción coherente de los principios y derechos sociales existentes en la Unión⁹⁵. Eso sí, el Pilar requerirá de un fuerte compromiso político tanto en sede de las instituciones de la Unión Europea como por parte de los Estados miembros, en las decisiones que se adopten en materia de política económica y social⁹⁶. En cualquier caso, su adopción ha supuesto la reafirmación y el reconocimiento de los valores del modelo social europeo, así como de su lugar central en el proyecto de integración europea⁹⁷, por lo que no puede negarse su relevancia, en cuanto reafirma el compromiso de la Unión Europea con el contenido social del proyecto de integración europea. Además, “al situar a la convergencia social en los procedimientos e instrumentos de gobernanza de la Unión Económica y Monetaria equilibra los objetivos económicos y sociales y permite la consideración de la convergencia y de la Justicia Social como un factor positivo también desde la perspectiva económica del desarrollo de las potenciales del Mercado y de la Moneda”⁹⁸.

Por otra parte, el Pilar también puede considerarse, desde una segunda vertiente, como programa de acción de las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros⁹⁹. Desde esta perspectiva, como afirman José Luis Monereo y Juan Antonio Fernández, “puede llegar a servir de palanca de promoción del acervo social existente en la Unión y su aplicación plena y adecuada”¹⁰⁰. Y ello es relevante y puede suponer una gran oportunidad para el fortalecimiento de la dimensión social de la Unión Europea, si sus previsiones acaban implementándose y materializándose a través de medidas y normas concretas, como sería deseable. Desde esta perspectiva, en el ámbito de la Unión Europea, el Pilar debería servir para inspirar la acción de las instituciones y para relanzar el proceso de convergencia dentro de la Unión económica y monetaria, sirviendo de orientación para futuras acciones y normas para la zona del euro. Para

⁹⁵ PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 18.

⁹⁶ Vid. QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales. *Trabajo y Derecho*, Madrid, n. 37, 2018, p. 4.

⁹⁷ ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). *Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 257.

⁹⁸ ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). *Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 263.

⁹⁹ QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales. *Trabajo y Derecho*, Madrid, n. 37, 2018, p. 5.

¹⁰⁰ PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 18.

Francisco Pérez, probablemente la mejor aportación del Pilar es que prepara el escenario para las primeras iniciativas para dotarlo de contenido material¹⁰¹.

Por último, no puede negarse el valor añadido que tiene el Pilar al tratarse de un instrumento supranacional. Si bien las funciones típicas del Estado del bienestar se siguen acometiendo con carácter principal a nivel de los Estados y las prácticas son heterogéneas,¹⁰² la adopción de este instrumento a nivel supranacional tiene un gran valor que, como advierte Alejandro Cercas, “se encuentra sobre todo en la calidad, en la coherencia, en las sinergias, en la metodología, o en el aprendizaje que opera entre los Estados miembros y en la sociedad civil europea”¹⁰³.

En definitiva, “el pilar ha de contribuir a modernizar, ampliar y profundizar e intensificar los derechos sociales, tanto en el trabajo como en la sociedad, facilitando su asimilación real y fomentando prácticas que puedan ser beneficiosas desde el punto de vista de los individuos, de las empresas y de la sociedad”¹⁰⁴.

3.6. Principales limitaciones

A pesar del avance que supone la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, no pueden negarse las limitaciones que presenta este instrumento en aras a su efectividad. Sin duda, la limitación más importante es la ausencia de fuerza jurídica vinculante. El Pilar se formula jurídicamente, en un inicio, como una Recomendación de la Comisión en abril de 2017 y, posteriormente, se proclama a través de una declaración interinstitucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en noviembre de 2017¹⁰⁵. Ambos instrumentos carecen de valor jurídico vinculante, por lo que, lejos de imponer obligaciones de necesario cumplimiento, se limitan a establecer previsiones de cumplimiento facultativo, sin que su incumplimiento lleve aparejada consecuencia jurídica alguna, lo que ha suscitado importantes críticas en la doctrina¹⁰⁶. Partimos, por

¹⁰¹ AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p. 11.

¹⁰² FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona en Cataluña. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 3-54, set./dez. 2018.

¹⁰³ ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). **Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 259.

¹⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”, p. 8 [COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016].

¹⁰⁵ Respecto a la naturaleza jurídica del Pilar Europeo de Derechos Sociales cabe destacar que, inicialmente, la Comisión no se decantaba por ninguna opción en particular (vinculante o no). *Vid.* PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 7-8.

¹⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). **Europa como tarea a los**

tanto, de un instrumento jurídico débil y frágil¹⁰⁷, susceptible de ser calificado como de *soft law*, cuya efectividad dependerá, en gran medida, de la seriedad y del rigor con que se aborden los asuntos sociales en el entramado institucional de la Unión Europea¹⁰⁸ y en los propios Estados miembros. En cualquier caso y a salvo de lo que pueda deparar el futuro, es dudoso que esta actual configuración, sin valor jurídico vinculante, pueda resultar suficiente para fortalecer y reforzar la dimensión social de la Unión Europea¹⁰⁹. Existe, por tanto, el riesgo de que quede en una propuesta vacía de contenido¹¹⁰.

Dada la naturaleza jurídica del pilar, estos principios y derechos no son directamente aplicables y será necesario que se traduzcan en acciones específicas o normas, al correspondiente nivel¹¹¹, que son las que acabarán determinando su eficacia¹¹². En cuanto a quién corresponde el cumplimiento de sus objetivos, “constituye un com-

sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 262; En esta misma línea, PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017, p. 18, advierten que “frente a los desafíos que vive Europa y en un momento de cierta recuperación económica lo más oportuno hubiera sido iniciar un debate de mayor alcance para llegar a adoptar un mecanismo más reforzado en términos jurídicos o directamente proceder a conseguir una constitucionalización social fuerte de los derechos. Poco se podrá hacer a través del mecanismo del pilar europeo de derechos sociales porque a día de hoy la constitución económica de la que se habló más arriba se impone de manera determinante al constitucionalismo social. Tal y como está configurado dicho instrumento, resulta insuficiente para proteger o tutelar los derechos sociales fundamentales”.

¹⁰⁷ QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales. **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 37, 2018, p. 5.

¹⁰⁸ QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016, p. 4.

¹⁰⁹ En este mismo sentido, CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017. También ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). **Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya.** Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 262, advierte que “El instrumento elegido, una proclamación de naturaleza política, y la opción de la Comisión por sus facultades de orientación, frente al uso de iniciativas legislativas o nuevos instrumentos financieros, suscitan en muchos el temor a que estemos en vísperas de nuevas promesas incumplidas, que no resuelvan los problemas y alimenten las corrientes deslegitimadoras”.

¹¹⁰ CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017. También ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). **Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya.** Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 262.

¹¹¹ Así se pone de manifiesto en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

¹¹² Es interesante la lectura del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”. En él, para cada uno de los principios recogidos en el Pilar, se aborda cómo los Estados miembros y los interlocutores sociales, que tienen la responsabilidad principal de hacer que los principios y derechos sociales sean operativos en la práctica, podrían aplicar de forma efectiva cada principio o derecho. Por otra parte, también describe cómo podrían contribuir las actuaciones de la Unión a la aplicación del pilar.

promiso y una responsabilidad compartidos por la Unión, los Estados miembros y los interlocutores sociales^{113/114}, que “actúan en consonancia con la distribución de las competencias establecidas por los Tratados de la Unión y teniendo en cuenta los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, finanzas públicas sólidas y respeto por la autonomía de los interlocutores sociales”¹¹⁵. Ahora bien, son los Estados miembros y los interlocutores sociales quienes tienen la responsabilidad principal de hacer que los principios y derechos sociales sean operativos en la práctica y quienes podrían aplicar de forma efectiva cada principio o derecho. Tal y como se destaca en la Recomendación de la Comisión sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, “El diálogo social desempeña un papel fundamental en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo”¹¹⁶ y “Los interlocutores sociales a todos los niveles desempeñan un papel crucial en el desarrollo y la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, de conformidad con su autonomía y su derecho a la acción colectiva”¹¹⁷. Todo ello sin olvidar que las actuaciones de la Unión también pueden contribuir de forma decisiva a la aplicación del Pilar.

En otro orden de cosas, no pueden obviarse el coste que conlleva una aplicación efectiva del Pilar Europeo de Derechos Sociales y las limitaciones económicas existentes para garantizar su cumplimiento, tanto en el seno de la Unión Europea¹¹⁸ como en el de los Estados miembros. Al respecto, debe tenerse presente que

¹¹³ En el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”, se afirma que “La implicación de los interlocutores sociales también es fundamental para la obtención de los derechos sociales. La promoción del diálogo entre los interlocutores sociales se consagra como objetivo común de la Unión y los Estados miembros en el artículo 151 del TFUE. A escala de la Unión, dentro de los ámbitos políticos a los que se refiere el artículo 153 del TFUE, debe consultarse a los interlocutores sociales con arreglo al artículo 154 del TFUE y pedir la aplicación de sus acuerdos a escala de la Unión de conformidad con el artículo 155. Los interlocutores sociales pueden respaldar la aplicación del pilar por medio de la negociación colectiva en el contexto nacional o mediante la recopilación y el intercambio de buenas prácticas en toda Europa”.

¹¹⁴ Considerando 17º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

¹¹⁵ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

¹¹⁶ Considerando 20º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión. También en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”, se pone de relieve que “es fundamental el diálogo civil tanto en el contexto nacional como a nivel de la Unión para ampliar la participación en la elaboración de políticas y movilizar más a los agentes sociales para que contribuyan a materializar los principios y derechos del pilar. Un diálogo civil en el que participen las organizaciones de la sociedad civil permite que estén representados variados intereses de las partes interesadas cívicas y refuerza la transparencia, la asunción de responsabilidades y la legitimidad de las decisiones públicas”.

¹¹⁷ Considerando 20º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

¹¹⁸ En cuanto a la financiación en el ámbito de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta la aplicación de sus Fondos para financiar la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Los Fondos Estructurales y

El pilar debería aplicarse con arreglo a los recursos disponibles y dentro de los límites de una gestión presupuestaria sólida, así como de las obligaciones del Tratado que rigen las finanzas públicas. En concreto, el establecimiento del pilar no afecta a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social ni debe afectar de modo sensible al equilibrio financiero de este.

Otra limitación a tener en cuenta es que el Pilar no supone la formulación de más derechos o de nuevos derechos en el ámbito social, ni en el ámbito europeo ni en el ámbito nacional de cada Estado, ya que debe aplicarse dentro de las competencias que corresponden a la Unión Europea¹¹⁹. En ningún caso implica una ampliación de las competencias de la Unión definidas por los Tratados, por lo que debe aplicarse dentro de los límites de dichas competencias¹²⁰. Por lo tanto, no supone una ampliación de los derechos. De esta forma, los principios y los derechos en él recogidos deben aplicarse, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, dentro de los márgenes de sus respectivas competencias y de conformidad con el principio de subsidiariedad¹²¹. Ahora bien, no se impide –aunque tampoco se obliga– que los Estados miembros –o sus interlocutores sociales– puedan establecer normas sociales más ambiciosas¹²². Efectivamente, a nivel de los Estados miembros, el Pilar respeta la diversidad de culturas y tradiciones, así como la identidad nacional de los Estados miembros y la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local. En particular, su establecimiento “no afecta al derecho de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y no debe afectar al equilibrio financiero de este”¹²³.

de Inversión Europeos respaldarán su aplicación del pilar europeo de derechos sociales. En concreto, el Fondo Social Europeo, así como otras iniciativas fundamentales de cohesión social, como la Iniciativa de Empleo Juvenil, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas, tendrán un papel crucial en el seguimiento del pilar. *Vid.* el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”.

¹¹⁹ TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 62.

¹²⁰ *Vid.* el Considerando 18º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

¹²¹ *Vid.* el Considerando 17º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

¹²² Así se recoge de forma expresa en el Considerando 16º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión.

¹²³ Considerando 19º de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión. Como pone de manifiesto TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017, p. 62-63, esta afirmación recogida en la Recomendación “demuestra las dificultades para avanzar en un auténtico sistema europeo de Seguridad Social”.

A la vista de lo expuesto, queda claro que el Pilar no supone la introducción de más derechos, sino la reafirmación de los existentes, sin perjuicio de algunas mejoras introducidas¹²⁴. En opinión de Francisco Pérez¹²⁵, a la luz de su contenido y sus limitaciones,

[...] no cabe una valoración totalmente positiva aunque haya creado esperanzas: las novedades reales son más bien escasas, la terminología excesivamente declarativa, y sin precisiones suficientes sobre el formato legal del futuro pilar. De momento más bien parece que –como puntual y recientemente se ha escrito– el pilar europeo ha despertado “expectativas”, pero también generado “desconfianza” porque está “basado en principios ya tantas veces manoseados por la burocracia de la Unión...” y, falto de “creación política y normativa...”.

4. ACCIONES POSTERIORES A NIVEL EUROPEO TRAS LA APROBACIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Como hemos señalado, el cumplimiento de los objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales constituye un compromiso y una responsabilidad compartidos por la Unión Europea, los Estados miembros y los interlocutores sociales. Desde la perspectiva de la Unión, a la aprobación del Pilar ha seguido la adopción por parte de la Comisión de las primeras iniciativas concretas. Si bien la mayoría de los instrumentos para su implementación están en manos de los Estados miembros, así como de los interlocutores sociales y de la sociedad civil, las instituciones de la Unión –y, en particular, la Comisión Europea– pueden contribuir a establecer el marco y a marcar el rumbo para el futuro. Una vez adoptado el Pilar, la Comisión ha presentado ya una serie de iniciativas legislativas y no legislativas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, la información de los trabajadores, el acceso a la protección social y el tiempo de trabajo.

En primer lugar, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, cabe mencionar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹²⁶, destinada a mejorar las condiciones para que los progenitores y los cuidadores que trabajan concilien la vida familiar y la vida profesional.

En segundo lugar, se han puesto en marcha por parte de la Comisión dos consultas con los interlocutores sociales, que reflejan la importancia de la contribución

¹²⁴ Vid. *supra* el epígrafe 3.5 de este trabajo.

¹²⁵ AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p. 6.

¹²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. COM (2017) 253 final, Bruselas, 26 de abril de 2017.

de estos para hacer realidad el Pilar. La primera ha versado sobre la modernización de las normas sobre los contratos de trabajo y tiene como objeto iniciar un debate sobre las garantías mínimas que debe tener todo trabajador, con el fin de proponer una revisión de la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Con posterioridad a esta consulta, efectivamente, se ha presentado una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea¹²⁷. La segunda consulta se ha centrado en el acceso a la protección social, con el fin de definir las posibles nuevas normas en este ámbito y abordar los retos del acceso a la protección social para las personas en cualquier situación de empleo¹²⁸.

En tercer lugar, se ha adoptado una Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹²⁹, que ofrece orientación sobre cómo interpretar varios aspectos de dicha Directiva en consonancia con un volumen creciente de jurisprudencia y así ayudar a los Estados miembros a aplicar el acervo correctamente y a evitar nuevas infracciones.

Por último, la Comisión también ha establecido unos indicadores sociales de seguimiento de la tendencia y los resultados en los Estados miembros en doce ámbitos materiales sociales en los últimos tiempos¹³⁰. La finalidad no es otra que la de evaluar y supervisar su aplicación.

Se advierten, pues, algunas líneas de avance en la implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en el seno de la Unión Europea. Ahora bien, como pone de manifiesto Francisco Pérez, en relación con las iniciativas adoptadas por la Comisión, “los temas objeto de consideración son muy importantes, pero se aprecian dos limitaciones, faltan otros, y las consideraciones sobre los que se incluyen, son, en muchos casos, generalistas”¹³¹.

¹²⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. COM (2017) 797 final, Bruselas, 21 de diciembre de 2017.

¹²⁸ Del 26 de abril al 23 de junio de 2017, los interlocutores sociales pudieron exponer sus puntos de vista sobre ambas cuestiones. Del 21 de septiembre al 3 de noviembre de 2017 tuvo lugar una segunda fase, sobre la modernización de las normas relativas a los contratos de trabajo. El 20 de noviembre de 2017 comenzó la segunda ronda de consultas sobre el acceso a la protección social, que se basa en los resultados de la primera. Paralelamente, la Comisión inició una consulta pública para recabar los puntos de vista de las partes interesadas clave, como los representantes de los autónomos, de la sociedad civil y de los proveedores de protección social.

¹²⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, C 165/1, de 24 de mayo de 2017.

¹³⁰ Pueden consultarse estos indicadores en: <<https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/social-scoreboard/>> Fecha de la última consulta: 21 sep. 2018.

¹³¹ AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p. 12.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en el seno de la Unión Europea merece una valoración positiva. Se trata, sin duda, de una iniciativa que debe aplaudirse por haber puesto sobre la mesa la necesidad de reforzar la dimensión social en el proyecto de integración europea, tras los graves efectos de la crisis económica y de las políticas de austeridad llevadas a cabo en el seno de la Unión Europea para frenarla, en términos de recortes y flexibilización importante de los derechos sociales.¹³² En un contexto económico más favorable, una iniciativa como la adopción del Pilar, que recoge un programa de principios y derechos sociales básicos para los ciudadanos que pretende dar respuesta a los principales desafíos en materia laboral y social a que se enfrenta la Unión, debe ser bienvenida, por cuanto reafirma la dimensión social de la Unión Europea y su lugar central en el proyecto europeo.

Sin embargo, la actual configuración del Pilar Europeo de Derecho Sociales (una mera Recomendación de la Comisión sin eficacia jurídica vinculante y una declaración interinstitucional sin valor jurídico) parece insuficiente para fortalecer de forma eficaz la dimensión social de la Unión Europea, por lo que no puede dejar de destacarse la debilidad intrínseca que va ínsita a su naturaleza jurídica y realizarse una crítica en este sentido, por no haberse ido más allá. Todo ello sin perjuicio de que el Pilar pueda acabar implementándose y materializándose a través de medidas normativas y, desde esta perspectiva, actuar como motor para el impulso del acervo social de la Unión Europea, si realmente existe voluntad política y compromiso en este sentido a todos los niveles (Unión Europea, Estados miembros e interlocutores sociales). Sería deseable que así fuera y efectivamente se dotase de contenido material y sirviera para inspirar la acción de las instituciones y para relanzar el proceso de convergencia dentro de la Unión económica y monetaria. Para ello es imprescindible, además de un fuerte apoyo presupuestario, un firme compromiso y voluntad política.

Por otra parte, no puede olvidarse que, aunque el Pilar no amplía las competencias de la Unión Europea y tampoco contiene nuevos derechos sociales, ni en el ámbito europeo ni en el ámbito nacional, reafirma los existentes y, en algunos ámbitos (por ejemplo, en materia de equilibrio entre la vida profesional y la familiar), introduce algunas mejoras interpretativas que deben valorarse positivamente. Por ello, no puede minusvalorarse su relevancia en este sentido, aunque con las limitaciones ínsitas a su falta de valor jurídico vinculante.

¹³² Sobre tales efectos en España, ver: FORNS I FERNÁNDEZ, María Victòria. El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la post-crisis en el Estado Español. El caso de Catalunya. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 25-66, out./ dez. 2018.

En definitiva, la construcción de la dimensión social europea tiene todavía muchos retos pendientes. Son muchos los desafíos a que debe darse respuesta y muchas las necesidades que se plantean. De ahí que sea imprescindible un claro compromiso de la Unión Europea –y también de los Estados miembros– y una reafirmación del contenido social del proyecto de integración europea. Desde esta perspectiva, es muy positivo que se haya proclamado el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Ahora bien, dadas las limitaciones que presenta este instrumento, no podemos ocultar nuestro escepticismo en torno a su utilidad efectiva como instrumento conducente a un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea que redunde en un mayor bienestar social de los ciudadanos. Si esta iniciativa realmente llegará a cumplir este cometido y supondrá un avance en el ámbito social, o, por el contrario, quedará en una propuesta vacía de contenido, en una simple operación de “maquillaje”, sin cambios efectivos, es algo que solo el tiempo nos dirá. Esperemos que no quede relegada en el olvido y pueda lograrse una implementación efectiva de sus postulados, a través de la adopción de medidas concretas, efectivas y eficaces, y conseguirse así una renovación y fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión. De ello depende la consolidación de una auténtica Europa social que, además de a los objetivos de integración económica, también atienda a demandas y objetivos sociales, dando lugar a mejores derechos sociales, superando las tesiones y situando ambos objetivos –económicos y sociales– al mismo nivel. En todo caso, como señala Francisco Pérez, “es de esperar y desear el buen fin del pilar, su fracaso no sería una –otra más– ocasión perdida cualquiera después de haberlo presentado con la solemnidad institucional y pretensiones que se ha hecho”¹³³.

6. REFERENCIAS

ALONSO, Alejandro Cercas. El Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: NASARRE, Eugenio; LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa; SOLSONA, Miguel Ángel Benedicto (coords.). **Europa como tarea a los sesenta años de los Tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017.

BISCHOFF, Gabrielle. El modelo social europeo y los derechos de los trabajadores: ¿por qué necesitamos un pilar europeo de derechos sociales? **Temas para el debate**, Madrid, n. 268, 2017.

BROTO, José María Miranda. El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial. **Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social**, Madrid, n. 127, 2017.

¹³³ AMORÓS, Francisco Pérez. Los retos laborales de la UE en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales (1). **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 35, 2017, p.

CASADO CASADO, Lucía. Crisis económica y protección del medio ambiente. El impacto de la crisis sobre el Derecho ambiental en España. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 18-63, jan./abr. 2018.

CORUJO, Borja Suárez. El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿El anhelado punto de inflexión? **Agenda Pública, El Periódico**, 19 de noviembre de 2017.

CORUJO, Borja Suárez. Las personas con discapacidad en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En: RODRÍGUEZ, Erick Fernando Aristizábal (coord.). **Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social**. Murcia: Ediciones Laborum, 2017.

FERNANDES, Sofia; MASLAUSKAITE, Kristina. Une dimension sociale pour l'UEM: pourquoi et comment? **Policy Paper**, París, n. 98, 2013.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la post-crisis en el Estado Español. El caso de Catalunya. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 25-66, out./ dez. 2018.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona en Cataluña. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 3-54, set./dez. 2018.

GALLARDO, Alfredo Romero. La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. **Siglo Cero**, Salamanca, v. 49 (2), n. 266, 2018.

GARDINI, Gianluca. Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época**, Madrid, n. 9, 2018.

GÓMEZ, Marta Ortega. La Unión Europea frente a los retos políticos, económicos y sociales de la crisis de la Eurozona. En: PÉREZ, Jordi Bonet; ESTAPÀ, Jaume Saura (eds.). **El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ, Marta Ortega. La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea. En: GÓMEZ, Marta (ed.). **Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI**. Barcelona: Bosch, 2017.

PÉREZ, José Luis Monereo; BERNAT, Juan Antonio Fernández. El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017.

QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios? **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 24, 2016.

QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. **Revista de Derecho Social**, Albacete, n. 77, 2017.

QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales. **Trabajo y Derecho**, Madrid, n. 37, 2018.

SANZ, Rosario Pedrosa. El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual. **Estudios de Economía aplicada**, Valladolid, v. 27-3, 2009.

TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder. **Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales**, Barcelona, v. 2, 2014.

TORRECILLA, Eduardo Rojo. La construcción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. De la Propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente? **Revista Galega de Dereito Social**, Santiago de Compostela, n. 3, 2017.



Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional francês

Filters to access Constitutional Courts: The Priority Incident of Constitutionality and filters to access French Constitutional Council

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAÚJO*

Faculdade Boa Viagem/Devry (Brasil)

luizdinizaraujo@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-7682-0038>

Recebido/Received: 13.11.2017 / November 13th, 2017

Aprovado/Approved: 29.09.2018 / September 29th, 2018

Resumo: O presente artigo inaugura uma série que se propõe a analisar os filtros de acesso a Cortes Constitucionais em diversos sistemas democráticos. Este trabalho analisa especificamente a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional Francês. Assim, trata do sistema normativo e da praxis relacionados a esse instrumento introduzido naquele sistema em 2008, marcado até então, pelo caráter *a priori*, ou seja, um texto infraconstitucional apenas poderia ser objeto de controle pelo Conselho Constitucional até a sua aprovação pelo parlamento. Com a questão prioritária, introduz-se o controle *a posteriori*, i.e., de diplomas já vigentes, mediante a iniciativa de uma das partes em um processo. Para que o Conselho Constitucional seja efetivamente provocado a

Abstract: This paper launches a series intended to analyze filters to access constitutional courts' jurisdictions in some democracies. It specifically analyses the priority incident of constitutionality (*question prioritaire de constitutionnalité* – QPC) and the filters to access French Constitutional Council. Thus, it deals with the normative system and the praxis related to this procedural instrument introduced into french judicial review system in 2008, marked by then, by the character *a priori*, i.e., legislation only could be controlled by Constitutional Council until its adoption by Parliament. The priority incident of constitutionality introduces a posteriori judicial review in France, i.e., judicial review concerning already edited legislation. For the Constitutional Council to be effectively provoked to pronounce, it is necessary to overcome access filters on two levels: the first, carried out by the

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional Francês. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 405-422, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.56323.

* Professor da Faculdade Boa Viagem/Devry (Recife/PE, Brasil). Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife/PE, Brasil). Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife/PE, Brasil). Visiting Researcher na University of California, Berkeley (California, EUA). Estágio Pós-Doutoral na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Procurador Federal. Coordenador Nacional de Direito Processual Civil da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil da Escola da AGU. Coordenador da área Fazenda Pública da Escola Superior da Advocacia Ruy Antunes – ESA/PE. Membro do Grupo REC de Estudos Constitucionais. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. E-mail: luizdinizaraujo@hotmail.com.

se pronunciar, é necessário ultrapassar filtros de acesso em dois níveis: o primeiro, realizado pelo juiz da causa; o segundo, por uma das cortes supremas (Conselho de Estado ou Corte de Cassação).

judge of the case; the second, by one of the Supreme Courts (Council of State or Court of Cassation).

Palavras-chave: questão prioritária de constitucionalidade; Conselho Constitucional Francês; controle de constitucionalidade; filtros.

Keywords: *priority constitutional incident; French Constitutional Council; judicial review; filter.*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Conselho Constitucional Francês. 3. A questão prioritária de constitucionalidade (QPC). 4. Os filtros de acesso ao Conselho Constitucional. 5. Os filtros de acesso ao Conselho Constitucional. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por fim inaugurar uma série de trabalhos analisando as Cortes, Tribunais e Conselhos Constitucionais de algumas democracias contemporâneas, bem como as formas como o jurisdicionado pode acessar a jurisdição desses tribunais constitucionais para a obtenção de um pronunciamento sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de um ato normativo.

A intenção da série de estudos inaugurada pelo presente trabalho é permitir aos interessados no assunto a compreensão das especificidades dos sistemas a serem analisados, tanto como seus tribunais constitucionais são estruturados, quanto como se pode acessar as suas jurisdições, em tempos em que o controle de constitucionalidade exercitado tribunais constitucionais é uma tônica nas principais democracias contemporâneas.

A pesquisa se torna particularmente instigante na atual quadra histórica, em que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal está à beira da inviabilização, entre outras consequências, em razão de suas amplas competências e da quantidade de julgamentos que tem sido instado a prolatar a cada ano.

Quanto a esse assunto, existe um certo consenso entre os especialistas brasileiros de que o Supremo Tribunal Federal está sendo crescentemente acionado e que uma reconfiguração é necessária¹. Uma dessas reconfigurações se daria precisamente

¹ Relatório Supremo em Ação. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>. Acesso em 6 de novembro de 2017. O diagnóstico aqui apresentado cobre o período de 2009 a 2016, evidenciando a complexa tarefa que compete ao STF. São numerosos, complexos e variados os processos que aportam na Corte: no período de oito anos, tramitaram no Supremo Tribunal Federal 723.579 processos, contabilizando 64.356 partes e 842.573 decisões. Assim, os dados aqui sistematizados dão conta de um Supremo Tribunal Federal excessivamente acionado (sobretudo quando comparado a outras cortes supremas ao redor do mundo), e que vem respondendo de forma crescente a essa demanda.

quanto à reformulação de filtros de acesso, em um momento em que a repercussão geral, a sistemática dos recursos repetitivos e a tese da ofensa reflexa parecem não ser suficientemente eficazes para filtrar adequadamente os recursos extraordinários, um dos principais instrumentos por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal exercita a jurisdição constitucional.

Na sequência deste trabalho, que analisa o sistema francês e os filtros de acesso à jurisdição do Conselho Constitucional pela via da questão prioritária de constitucionalidade, o projeto é dar continuidade com a análise dos sistemas estadunidense e canadense, culminando com o estudo do sistema brasileiro e os principais aspectos dos sistemas estudados em perspectiva comparada.

Ao inaugurar-se a série com o sistema francês, encerra-se parcialmente uma etapa de estudos empreendida em sede de estágio pós-doutoral na Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, com profícua troca de ideias com diversos estudantes e professores, notadamente com a Professora Marie-Anne Cohendet e o Professor Dominique Rousseau.

Neste trabalho, analisar-se-á a configuração do Conselho Constitucional da França, com algumas de suas particularidades, bem como a novel questão prioritária de constitucionalidade (QPC) e os filtros existentes naquele sistema para que o jurisdicionado possa acessar o Conselho Constitucional com a finalidade de obter uma manifestação acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma disposição legislativa.

O *problema* a ser analisado é a questão dos filtros de acesso aos tribunais constitucionais, de sorte a que não sejam excessivamente rígidos que impeçam ou tornem extremamente difícil o acesso às suas jurisdições, de um lado; e, de outro, que não sejam excessivamente elásticos, de forma a vulgarizar os julgamentos dos órgãos de cúpula, a ponto de até mesmo inviabilizar a sua rotina de trabalho.

O *objetivo* dos trabalhos que essa série inaugura é analisar filtros de acesso em sistemas constitucionais alienígenas, em ordem a identificar seus vícios e virtudes, servindo, assim, de parâmetro de comparação com o nosso sistema. Ao final da série, o projeto contará com um artigo-síntese entre as características consideradas mais importantes nos diversos sistemas em perspectiva comparada com o recurso extraordinário e os filtros de acesso ao Supremo Tribunal Federal.

A *hipótese* de trabalho é de que os filtros de acesso são válvulas importantes a serem utilizadas no sentido de equilibrar o acesso do jurisdicionado aos tribunais constitucionais, de um lado, e, de outro, que possibilitem apenas a remessa aos tribunais constitucionais de casos e temas dotados de certa relevância e em uma quantidade que permita um fluxo adequado de trabalho, em ordem a preservar a qualidade das decisões, bem como a integridade do sistema.

A *metodologia* adotada foi a revisão bibliográfica.

2. O CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

As primeiras constituições da França pós-revolucionária tinham por finalidade reconhecer direitos fundamentais, notadamente de primeira geração (garantias e liberdades individuais). No entanto, quem garantiria a força das constituições, já que os juízes eram vistos como “cúmplices” do Antigo Regime?

Dessa forma, ao longo do tempo, o papel de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos passou do Diretório Executivo (art. 26 da Carta de 14.1.1852) ao Senado Conservador (arts. 21 e 37 da Carta de 13.12.1799). Na Carta de 27.10.1946, por sua vez, foi criado o Comitê Constitucional, formado por parlamentares e pelo Presidente da República, com a competência de verificar se os projetos de lei, quanto ao procedimento, supunham uma revisão da Constituição (arts. 91 a 93)².

Com a Carta de 4 de outubro de 1958, que inaugurou a Quinta República, o parlamentarismo francês foi profundamente reformulado. No contexto dessas mudanças, foi criado o Conselho Constitucional, concebido como órgão auxiliar do Governo, sem vinculação com o Poder Judiciário, a exercer o controle de constitucionalidade como regulação entre os poderes políticos mediante controle abstrato de atos normativos infraconstitucionais, tendo evoluído para a possibilidade de um controle substantivo com a decisão de 16 de julho de 1971 (liberdade de associação) e a reforma constitucional de 29 de outubro de 1974³.

O Conselho Constitucional é composto de nove membros, cada terço nomeado pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado. A sua renovação se dá por terços a cada três anos, de forma que cada um dos Presidentes tem a prerrogativa de nomear um membro do Conselho a cada triênio. Até a revisão constitucional de 2008, não havia qualquer dispositivo fixando condições de idade, profissão ou competência, tampouco qualquer necessidade de consulta prévia, de forma que as três autoridades com poder de nomeação exerciam-no com ampla liberdade⁴.

Em comparação com as exigências da maioria das constituições europeias no que concerne às nomeações para o cargo de juiz constitucional, o sistema francês suscitava inúmeras críticas, que poderiam ser resumidas no excesso de politização das nomeações. À falta de constrangimentos normativos, os três Presidentes gozavam de ampla discricionariedade, inclusive para nomear os seus amigos políticos pessoais⁵.

² ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, ano 36, p. 197-210, out./dez. 1999.

³ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, ano 36, p. 197-210, out./dez. 1999.

⁴ ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 9 ed. Paris: Editions Montchrestien. 2010, p. 59.

⁵ ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 9 ed. Paris: Editions Montchrestien. 2010, p. 59.

Para alterar essa configuração é que a reforma constitucional de julho de 2008 introduziu um controle parlamentar sobre as nomeações do Conselho. O artigo 56 reformado dispõe, com efeito, que o poder de nomeação do Presidente da República se exerce após parecer público da comissão permanente de cada uma das Casas do Parlamento e que ele não pode realizar a nomeação caso os votos contrários em cada comissão representem, ao menos, três quintos dos votos. Esse controle parlamentar também é exercido sobre o poder de nomeação dos presidentes do Senado e da Assembleia Nacional por suas respectivas comissões permanentes⁶.

Característica que se destaca pela sua peculiaridade, tradicionalmente o Conselho Constitucional da França exercitava tão-somente o controle de constitucionalidade *a priori*, ou seja, antes do início da vigência do ato normativo, mas não *a posteriori*, sendo esse elemento apontado como importante lacuna no controle de constitucionalidade francês.

Para resolver essa lacuna é que o Governo Mitterrand apresentou em 1990 projeto de reforma constitucional, instituindo a exceção de inconstitucionalidade, que consistiria em suspender o processo judicial para que o Conselho Constitucional se manifestasse sobre a arguição de inconstitucionalidade. Todavia, o intento foi barrado no Senado⁷.

Assim é que durante os primeiros cinquenta anos de vigência da Constituição (1958-2008), a concepção inicial de controle de constitucionalidade foi mantida, ou seja, o controle exclusivamente *a priori*, antes da promulgação da lei, mediante iniciativa reservada às autoridades listadas expressamente pela Constituição, com a exclusão, *a contrario sensu*, da iniciativa dos particulares⁸.

No entanto, a práxis demonstrou, ao menos, três inconvenientes desse modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional em caráter exclusivamente *a priori*:

(i) a impossibilidade de controle *a posteriori* confere às leis promulgadas uma presunção absoluta e inquestionável de constitucionalidade. Assim, uma lei em vigor, mesmo que eventualmente contrária à Constituição, não poderia ser declarada inconstitucional pelo Conselho nem pelas jurisdições ordinárias (judiciárias ou administrativas), o que levaria, em último grau, a um déficit de Estado de Direito;

(ii) a impossibilidade de iniciativa de controle de constitucionalidade pelos particulares parecia pouco democrática, especialmente em comparação aos numerosos países da Europa cujas constituições permitiam a iniciativa do particular;

⁶ ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 9 ed. Paris: Editions Montchrestien. 2010, p. 59.

⁷ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, ano 36, p. 197-210, out./dez. 1999.

⁸ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel Français**. Paris: Licence Puf, 2010, p. 220.

(iii) a inexistência de iniciativa do particular gerava uma incoerência no sistema, pois, de outro lado, os particulares poderiam perante as instâncias ordinárias suscitar o controle de “convencionalidade” de leis já vigentes⁹.

Em face dessas lacunas da “excepcionalidade francesa” é que a Constituição de 1958 foi reformada em 23 de julho de 2008, meio século após a sua edição, para introduzir, a partir do artigo 61-1, um novo modelo de controle de constitucionalidade, representado pela questão prioritária de constitucionalidade (QPC), nomeada dessa maneira pela Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que foi declarada constitucional pelo Conselho Constitucional pela Decisão 2009-595 DC de 2 de dezembro de 2009¹⁰.

Por esse mecanismo processual, a parte em um processo tramitando perante a jurisdição ordinária pode suscitar a inconstitucionalidade de uma lei, podendo chegar, a depender de serem ultrapassados certos filtros de acesso que serão analisados no próximo tópico, ao Conselho Constitucional.¹¹

A questão é dita prioritária porque o juiz do feito deverá analisá-la em primeiro lugar, ou seja, com prioridade em relação ao mérito da causa. Esse instrumento abre, assim, às partes processuais comuns o direito de demandar a anulação de uma lei que se estima contrária à Constituição, consagrando a possibilidade do controle constitucional *a posteriori* de leis perante o Conselho Constitucional, dentro das condições a serem analisadas em seguida¹².

Sobre esse instrumento, que alterou profundamente as competências dos Conselho Constitucional e o próprio controle de constitucionalidade de leis na França, é que se tratará no capítulo seguinte.

3. A QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (QPC)

A reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que introduziu a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) pela via do art. 61-1 da Constituição de 1958, teve um triplo objetivo:

- conferir um novo direito ao jurisdicionado ao lhe permitir fazer valer os seus direitos de estatura constitucional;
- expurgar da ordem jurídica dispositivos inconstitucionais;

⁹ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel Français**. Paris: Licence Puf, 2010, p. 221.

¹⁰ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel Français**. Paris: Licence Puf, 2010, p. 221.

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla Evelise Justino. E a França piscou: a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 153-183, jan./mar. 2017.

¹² CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel Français**. Paris: Licence Puf, 2010, p. 222.

- assegurar a proeminência da Constituição na ordem interna¹³.

A QPC é um instrumento processual que permite a qualquer pessoa que seja parte em um processo sustentar que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Se os requisitos de admissibilidade da QPC estiverem presentes, caberá ao Conselho Constitucional, mediante reenvio pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, se pronunciar e, se for o caso, abrogar a disposição legislativa em questão.

Não é demais esclarecer, neste ponto, que a organização judiciária francesa é complexa e peculiar, comportando duas ordens jurisdicionais muito bem separadas e delimitadas em seus feixes competenciais: a ordem da jurisdição judiciária (ou comum) e a ordem da jurisdição administrativa.

Para além da competência, essas jurisdições apresentam entre si grandes diferenças, quais sejam: suas estruturas são específicas, os status de seus membros também, bem como sua independência não é assegurada da mesma forma. Elas se aproximam nos planos das garantias aos jurisdicionados e do processo. No mais, são distintas. Essa distinção suscita muitas vezes alguns problemas práticos, pois é justamente na separação de competências entre a jurisdição judiciária e a jurisdição administrativa que a complexidade atinge o seu ponto culminante¹⁴.

Se se pode falar em ordem judiciária ou em ordem administrativa, é essencialmente porque o conjunto de órgãos jurisdicionais que as compõem estão direta ou indiretamente ligados à Corte de Cassação, do lado da jurisdição judiciária, ou ao Conselho de Estado, do lado da jurisdição administrativa. Em outras palavras, há dois grandes troncos na ordem jurisdicional francesa, sendo a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado os órgãos de cúpula respectivos, por essa razão chamados de Cortes Supremas.

Essa distinção tem causas históricas remontando ao princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, proclamado pela Revolução Francesa, bem como à desconfiança com que era vista a jurisdição judiciária¹⁵. Dessa forma, os processos que dizem respeito à Administração Pública, grosso modo, estão submetidos à justiça administrativa.

Após essa breve digressão, retornando à QPC, assim estabelecem os dispositivos constitucionais a ela pertinentes:

¹³ GUILLAUME, Marc. **La Question Prioritaire de Constitutionnalité**. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-par-marc-guillaume.138360.html>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

¹⁴ PACTET, Pierre. **Que sais-je? Les institutions françaises**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, p. 106.

¹⁵ PACTET, Pierre. **Que sais-je? Les institutions françaises**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1983, p. 101.

Artigo 61-1

Desde que, por ocasião de um processo em curso, seja suscitado que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser provocado a se manifestar sobre essa questão por reenvio do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que devem se pronunciar em um prazo determinado.

Uma lei organica determinará as condições de aplicabilidade deste artigo.

Artigo 62

(...)

Uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61-1 deve ser abrogada desde a publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data ulterior fixada por essa decisão. O Conselho Constitucional tem o poder de determinar as condições e limites nos quais os efeitos decorrentes do dispositivo são suscetíveis de revisão.

As decisões do Conselho Constitucional são irrecorríveis. Elas são vinculantes em relação aos poderes e a todas as autoridades administrativas e judiciais.

Por efeito do artigo 61-1 da Constituição e da Lei Orgânica de 10 de dezembro de 2009, toda pessoa poderá, em sede de um processo, levantar a contrariedade de uma disposição legislativa com a Constituição. Essa questão poderá ser levantada perante todas as jurisdições, em qualquer fase do procedimento. Caso admitida pelo juiz do feito, será reenviada ao Conselho de Estado e à Corte de Cassação, que se assegurarão de que os critérios de reenvio estejam presentes. Essas cortes supremas (Conselho de Estado e Corte de Cassação), caso preenchidas algumas condições a serem analisadas à frente, transmitirão a questão ao Conselho Constitucional, único juiz da constitucionalidade da disposição legislativa, que poderá, se for o caso, abrogá-la.

Verifica-se, a partir do art. 61-1, que o objeto da QPC é a inconstitucionalidade de uma disposição legislativa que atente contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, suscitada em sede de um processo em curso. Caso o juiz da causa lhe confira admissibilidade, em um primeiro filtro, deverá encaminhá-la à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, que, em um segundo juízo de admissibilidade, decidirão se cabe reenvio ao Conselho Constitucional para decisão sobre a (in)constitucionalidade da disposição.

Por *disposição legislativa* se deve entender um texto editado por uma autoridade que detenha poder legislativo. Trata-se, portanto, essencialmente de um texto votado pelo Parlamento (lei, lei orgânica ou medida provisória ratificada pelo Parlamento). Pode ser também uma lei do país da Nova Caledônia. As medidas provisórias

não ratificadas, os decretos, os acórdãos ou as decisões individuais não podem, logo, ser objeto de uma questão prioritária de constitucionalidade. Esses são atos administrativos e, como tais, devem ser controlados pelas jurisdições administrativas.¹⁶

Os *direitos e liberdades garantidos pela Constituição* de que trata o art. 61-1, por sua vez, são aqueles que figuram:

- na Constituição de 4 de outubro de 1958, com suas alterações;
- nos textos aos quais remete o preâmbulo da Constituição de 4 de outubro

de 1958, que formam o que se denomina de *bloco de constitucionalidade*, a saber: a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (aos quais remete o preâmbulo de 1946, como é o caso da liberdade de associação) e a Carta do Meio Ambiente de 2004¹⁷.

Por sua vez, a lei orgânica regulamentadora a que remete a alínea segunda do artigo 61-1 é a Lei n. 2009-1523 de 10 de dezembro de 2009. Na decisão n.o 2009-595 DC de 2 de dezembro de 2009¹⁸, o Conselho Constitucional examinou as disposições dessa lei orgânica, declarando-as constitucionais.

É importante observar que a questão prioritária de constitucionalidade não pode ser a causa ou o objeto principal do julgamento: ela é suscitada como um incidente até que o Conselho Constitucional, sendo o caso, seja provocado a se manifestar. Outra observação relevante é que a QPC não pode ser simplesmente suscitada de ofício pelo juiz. Depende de provocação, conforme já reconhecido pelo Conselho Constitucional¹⁹.

Há, pois, um duplo filtro: o primeiro exercido pelo juiz da causa que, sendo ultrapassado, enviará a QPC ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação; o segundo, de competência dessas Cortes Supremas, que só enviarão a QPC ao Conselho Constitucional caso esse segundo juízo de admissibilidade seja positivo.

No próximo item, serão analisados os filtros da QPC em seus detalhes.

4. OS FILTROS DE ACESSO AO CONSELHO CONSTITUCIONAL

Conforme já mencionado, anteriormente à criação da QPC, o Conselho Constitucional poderia apenas exercitar o controle de constitucionalidade *a priori*, ou seja,

¹⁶ FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Découvrir la qpc**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html#1>>. Acesso em 8 de setembro de 2016.

¹⁷ FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Découvrir la qpc**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html#1>>. Acesso em 8 de setembro de 2016.

¹⁸ FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 2 décembre 2009.

¹⁹ FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 2 décembre 2009 (considérant n. 9).

antes que a disposição legislativa entrasse em vigor. Além disso, a iniciativa do controle exercido pelo Conselho Constitucional cabia ao Parlamento ou ao Presidente, mas não ao jurisdicionado.

Com a QPC, foi introduzido no sistema francês o controle de constitucionalidade *a posteriori* realizado pelo Conselho Constitucional, por iniciativa de uma das partes em um processo tramitando perante a Justiça Comum ou Administrativa.

Caso o juiz do caso admita a QPC, caber-lhe-á remetê-la ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, conforme o caso, que exercerão um segundo juízo de admissibilidade. Esse duplo juízo de admissibilidade exercido pelos juízes do processo e pelas cortes supremas (Conselho de Estado e Corte de Cassação) tem a evidente intenção de permitir que apenas sejam submetidas ao Conselho Constitucional questões que efetivamente mereçam seu exame.

Depois do capítulo II do título II da medida provisória n. 58-1067 de 7 de novembro de 1958, a a Lei Orgânica do Conselho Constitucional, foi inserido um capítulo II *bis* tratando da questão prioritária de constitucionalidade²⁰. O artigo 23-2 da medida provisória de 7 de novembro de 1958 alterada trata dos critérios que o juiz da causa deve levar em consideração para realizar o primeiro juízo de admissibilidade da QPC. Assim, os critérios que permitem a transmissão da QPC pelo juiz da causa ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação são três e cumulativos e, caso estejam presentes, a QPC será transmitida pelo juiz da causa a uma das cortes supremas em decisão irrecorrível.

O primeiro critério impõe que a disposição seja aplicável ao litígio ou ao procedimento ou constitua o fundamento dos processos.

O segundo critério exige que a disposição ainda não tenha sido declarada conforme à Constituição em seus motivos e dispositivo por uma decisão do Conselho Constitucional, salvo mudança de circunstâncias. O Conselho Constitucional já tem precedente sobre o que significa a mudança de circunstância, como é o caso da decisão n.º 2008-573 DC de 8 de janeiro de 2009²¹, em que reconheceu a mudança de circunstâncias em relação à regra que impõe um número de no mínimo dois deputados por departamento.²²

Além disso, na sua decisão n.º 2009-595 DC de 3 de dezembro de 2009²³, o Conselho conferiu três características para a ideia de *mudança de circunstâncias*. Em

²⁰ FRANCE. **Loi Organique 2009-1523 du 10 décembre 2009**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/textes/loi_organique_qpc.pdf>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

²¹ FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Dec. n.º 2008-573 DC du 8 janvier 2009.

²² Nesse julgamento, o Conselho Constitucional reconheceu como mudança de circunstâncias uma mudança das circunstâncias de direito (o máximo de 577 deputados fixado pelo Código Eleitoral com fundamento no art. 24 da Constituição) e uma mudança das circunstâncias de fato (o aumento não homogêneo da população no território) para definir o número de deputados por departamento.

²³ FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (considérant 13).

primeiro lugar, essa mudança pode ser das normas de constitucionalidade aplicáveis, por exemplo, a integração da Carta do Meio Ambiente à Constituição. Em segundo lugar, essa mudança pode ser em relação à mudança das circunstâncias de fato que poderiam afetar o conteúdo da disposição legislativa cuja inconstitucionalidade se suscita. Em terceiro lugar, *a contrario sensu e sob pena de esvaziar o conteúdo desse critério, não se deve interpretar a mudança de circunstâncias de fato individuais e próprias do processo.*

Ainda em relação a esse segundo critério, na mesma decisão o Conselho Constitucional resolveu que ele não diz respeito à disposição legislativa contestada²⁴. Caso assim não se entendesse, toda questão ainda não examinada pelo Conselho seria sempre nova. Esse critério da *questão nova* deve ser apreciado em relação à disposição constitucional com a qual a disposição legislativa é confrontada. Essa hipótese visa certamente ao caso de uma disposição de estatura constitucional que nunca tenha sido aplicada, especialmente porque ela seria recente, como a Carta do Meio Ambiente.

O terceiro critério é aquele segundo o qual a questão não seja desprovida de caráter sério. A sua finalidade é evitar questões temerárias ou com finalidade protelatória. O caráter sério da questão constitucional suscitada não é definido pela constituição, tampouco pela lei. A tendência é considerar séria uma afronta à Constituição que não seja dilatória ou fantasiosa, absurda, o que também são conceitos assaz abstratos²⁵.

Em relação ao segundo juízo de admissibilidade, ou seja, aquele realizado pelas Cortes Supremas (Corte de Cassação ou Conselho de Estado), conforme o art. 23-2, os dois primeiros critérios são idênticos àqueles aplicáveis pelo juiz da causa, ou seja, o primeiro critério impõe que a disposição seja aplicável ao litígio ou ao procedimento ou constitua o fundamento dos pedidos e o segundo exige que a disposição ainda não tenha sido declarada conforme à Constituição em seus motivos e dispositivo por uma decisão do Conselho Constitucional, salvo mudança de circunstâncias.

Em relação ao terceiro critério, o legislador determina que as Cortes Supremas analisem se o QPC apresenta caráter sério ou novo. Em relação à questão da seriedade, é importante registrar que há uma sutil diferença entre a análise desse critério pelo juiz da causa e pelas Cortes Supremas. Enquanto aquele deve analisar se a questão não é desprovida de caráter sério, essa devem verificar se a QPC apresenta caráter sério, redações que de forma muito sutil parecem querer impor um controle mais rígido da questão da seriedade às Cortes Supremas.

Assim, ante as jurisdições de fundo, trata-se somente de se assegurar que a questão não é manifestamente infundada. A condição exigida, por outro lado, das cortes

²⁴ FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-565 DC du 10 décembre 2009 (considérant 21).

²⁵ STÉFANINI, Marthe Fatin-Rouge. L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la QPC. In: CARTIER, Emmanuel; GAY, Laurence; VIALA, Alexandre (org). **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 29-42.

supremas parece mais exigente. Ela é, no entanto, temperada pela condição alternativa concernente à novidade da questão (uma questão nova não é necessariamente séria).

O critério da *questão nova* alternativa ao caráter sério tem por finalidade evitar que os juízes comuns ou administrativos decidam eles mesmos questões não decididas pelo Conselho Constitucional a pretexto de que a dificuldade não é suficientemente séria, possibilitando, assim, que eles mesmos resolvam descartar a questão. O Conselho Constitucional, assim, tem o seu papel de intérprete da Constituição reforçado. Sua atuação, no quadro do artigo 61-1, não será apenas de censura às disposições legislativas, mas também de assegurar a interpretação uniforme da Constituição, mesmo nos casos em que a disposição legislativa contestada não pareça ser inconstitucional.

Além disso, o Conselho Constitucional entendeu que esse critério da novidade habilitaria o Conselho de Estado e a Corte de Cassação a apreciar, em função desse critério alternativo, a conveniência de acionar o Conselho Constitucional. Poderia, assim, ser qualificada de nova uma disposição legislativa que é objeto de um recurso massivo à QPC e que é oportuno permitir que o Conselho Constitucional a decida definitivamente.

Dessa forma, a referência ao caráter novo da questão como condição alternativa a seu caráter sério evita que os juízes comuns ou administrativos decidam eles mesmos as questões não resolvidas pelo Conselho Constitucional a pretexto de que a dificuldade não é suficientemente séria para que eles mesmo resolvam. Note-se, ainda, que a referência à questão nova na prática parece muito próxima da ideia de mudança das circunstâncias mencionada no critério precedente.

A decisão do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação de não reenvio não admite recurso, mesmo perante o Conselho Constitucional. Há críticas a esse sistema e propostas legislativas para alterá-lo, o que não ocorreu até o momento. Essas decisões de não reenvio do Conselho de Estado e da Corte de Cassação têm motivações as mais diversas. Uma delas é que o atentado à constituição não é sério. Como nem a Constituição nem a lei estabelece o que quer dizer a seriedade do atentado, é natural que os críticos apontem uma certa dose de o subjetivismo²⁶.

Perceba-se que uma das características marcantes do sistema francês é que o Conselho Constitucional é excluído da filtragem das questões prioritárias de constitucionalidade. A escolha de uma filtragem pelo juiz da causa está de acordo com o sistema escolhido, de estatuir a QPC como um controle incidental e como questão prejudicial. A recusa de o juiz da causa remeter a QPC ao Conselho Constitucional ou à Corte de Cassação não pode ser objeto de recurso próprio, mas apenas do recurso da

²⁶ PERRIER, Jean-Baptiste. Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de Cassation. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, n. 4, p. 711-722, jul./ago. 2011.

causa. Já da decisão do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação de não enviar não cabe qualquer recurso²⁷.

A participação do Conselho Constitucional na filtragem nunca foi realmente considerada, em razão de um pretenso risco de estrangulamento do sistema. Alguns juristas franceses acham o argumento fraco, pois o estrangulamento poderia ocorrer nas cortes superiores e o Conselho Constitucional poderia ser dotado de uma câmara exclusivamente para fazer exame de admissibilidade das QPC's²⁸.

Por outro lado, a QPC possibilitou o diálogo entre o Conselho Constitucional e as justiças comum e administrativa, na medida em que o juiz administrativo e o Conselho de Estado ou o juiz comum e a Corte de Cassação analisam a admissibilidade da QPC²⁹.

A Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH) validou esse instrumento jurídico pelo qual a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado filtram as QPC's antes de fazer o seu envio ao Conselho Constitucional. Os juízes europeus haviam sido provocados por diversos litigantes franceses em processos fiscais e delitos financeiros. Esses litigantes haviam tentado se insurgir, por meio da QPC, contra a constitucionalidade dos artigos de lei aplicados a seus casos.

Nos casos que foram levados aos juízes europeus, a Corte de Cassação havia negado seguimento às QPC's sob o argumento de que as questões não eram novas ou não tinham um caráter sério. Esse filtro foi contestado pelos demandantes, sob o argumento de que a negativa de prosseguimento da parte da Corte de Cassação atentava contra o seu direito de acesso à justiça. A Corte Europeia não acolheu seus pleitos em uma decisão definitiva, forte no entendimento de que os juízos de admissibilidade exercidos pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado não vão de encontro com a Convenção Europeia de Direitos do Homem³⁰.

5. OS PRIMEIROS ANOS DE APLICAÇÃO DA QPC

Em relação à aplicação dos filtros de acesso da QPC ao Conselho Constitucional, há atores processuais, notadamente advogados, que temiam uma utilização muito rigorosa dos filtros processuais³¹. No entanto, após alguns anos de aplicação, parece que

²⁷ VIDAL-NAQUEL, Ariane. Le rôle du Conseil Constitutionnel Français. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Aix-en-Provence, n. XXVII, p. 41-53, 2012.

²⁸ VIDAL-NAQUEL, Ariane. Le rôle du Conseil Constitutionnel Français. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Aix-en-Provence, n. XXVII, p. 41-53, 2012.

²⁹ LESSI, J; DUTHEILLET DE LAMOTHE. Cinq ans de QPC devant le juge administratif: retour d'expérience. *AJDA*, Paris, p. 755-771, 2015.

³⁰ LE PARISIEN. Disponível em <http://www.leparisien.fr/strasbourg-67000/la-cedh-valide-le-mecanisme-de-filtre-des-qpc-17-09-2015-5101069.php>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

³¹ GROS, Manuel. Une rédefinition dynamique des rapports entre les acteurs du procès. In: CARTIER, Emmanuel (coord.). *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*. Paris: Dalloz, 2013.

há um certo consenso de que a aplicação dos filtros pelos juízes de fundo e cortes supremas tem sido em uma medida mais ou menos justa.

Enquanto a Corte de Cassação parece permitir a remessa ao Conselho Constitucional de uma quantidade maior de matérias, o Conselho de Estado retém uma quantidade maior de matérias. Isso tem levado os críticos a dizer que o Conselho de Estado está se tornando, de certa forma, um Tribunal Constitucional por vias transversas³².

A crítica não é desprovido de sentido. A filtragem da QPC pelas duas cortes supremas lhes permite interpretar a lei em um sentido que seja conforme à constituição e assim julgar a QPC não séria. A interpretação conforme é um instrumento muito eficaz, aplicável quando não existir flagrante contradição entre os termos da disposição legislativa e aqueles da Constituição.

Utilizando esta técnica, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação se transmutam em juízes constitucionais, de certa forma: podem interpretar a disposição legislativa contestada em um sentido que estimem conforme à constituição para julgar, ao mesmo tempo, que a questão de constitucionalidade não é séria e que não há lugar para reenvio ao Conselho Constitucional. Para fazê-lo, elas podem se inspirar na jurisprudência constitucional e propor interpretações neutralizantes, construtivas, até mesmo corretivas, da lei à imagem daquelas formuladas pelo Conselho Constitucional.

De qualquer forma, apesar das críticas, o sistema parece estar funcionando de maneira mais ou menos adequada. Conforme registrado perante a Comissão o Sr. Jean-Marc Sauvé, Vice-Presidente do Conselho de Estado, a taxa de reenvio ao Conselho Constitucional das QPC's que foram transmitidas ao Conselho de Estado ou apresentadas perante ele diretamente se manteve notavelmente estável: foi de 26% em 2010, 25% em 2011 e 21% em 2012, ou seja, 24,3% na média do período, sendo 84,9% denegados por ausência de seriedade ou de novidade da questão³³.

Em relação à Corte de Cassação, entre 1.º de março de 2010 e 31 de outubro de 2012, 18,9 % das questões submetidas tiveram juízo de admissibilidade positivo (1217 questões foram apresentadas no total). A falta de seriedade da questão foi responsável por 78,5% dos casos de negativa de admissibilidade³⁴.

É fato que a QPC ampliou a jurisprudência do Conselho Constitucional e sua visibilidade. Desde a sua adoção, as decisões do Conselho sobre QPC's superaram numericamente suas decisões *a priori* por praticamente três para uma. E o Conselho está progressivamente intervindo em fases mais iniciais dos procedimentos. Ao mesmo

³² ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. Le non-renvoi des Questions Prioritaires de Constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en Juge Constitutionnel de la Loi. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, n. 4, p. 691-697, jul./ago. 2011.

³³ FRANCE. Assemblée Nationale. **Rapport sur la question prioritaire de constitutionnalité**. Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>. Acesso em 03 de março de 2017.

³⁴ FRANCE. Assemblée Nationale. **Rapport sur la question prioritaire de constitutionnalité**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>. Acesso em 03 de março de 2017.

tempo em que se tem verificado essa expansão, o Conselho tem tomado cuidado em ser explicitamente deferente ao Parlamento – insistindo que o Poder Legislativo também tem um papel na interpretação da Constituição.

Essa preocupação (dificuldade contramajoritária) pode estar subjacente à cuidadosa abordagem do Conselho Constitucional em relação ao recente estado de emergência decretado na França após os atentados terroristas de novembro de 2016. O Conselho declinou de censurar a legislação de emergência que permite inúmeras restrições à liberdade de ir e vir dos indivíduos, inclusive toques de recolher, revistas policiais várias vezes por dia ou prisão temporária.

Agindo dessa forma, o Conselho Constitucional explicitamente citou o papel do Parlamento em implementar a Constituição e em determinar o escopo de direitos e liberdades na França, decidindo que uma QPC não era o instrumento adequado para contestar a compreensão do parlamento sobre o seu papel constitucional – uma questão que presumivelmente vai além de direitos subjetivos e, por essa razão, apenas poderia ser suscitada em sede do controle *a priori*³⁵.

6. CONCLUSÃO

Conforme já explicitado, este artigo tem por fim inaugurar uma série de trabalhos analisando as Cortes, Tribunais e Conselhos Constitucionais de democracias contemporâneas, bem como as formas como o jurisdicionado pode acessar a jurisdição desses órgãos constitucionais para a obtenção de um pronunciamento sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de um ato normativo.

A intenção da série de estudos inaugurada pelo presente trabalho é permitir aos interessados no assunto a compreensão das especificidades dos sistemas a serem analisados, tanto como seus órgãos constitucionais são estruturados, quanto como se pode acessar as suas jurisdições, em tempos em que o controle judicial de constitucionalidade é uma tônica nas principais democracias contemporâneas.

Dessa forma, este artigo, que inaugura a série a partir da análise do controle de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional da França, começou por explorar a forma como o controle de constitucionalidade foi exercido naquele país na fase pós-revolucionária, até culminar na reforma constitucional de 2008, que introduziu naquele sistema o instrumento que veio a ser denominado pela legislação infraconstitucional de questão prioritária de constitucionalidade, ou, simplesmente, de QPC.

A QPC mudou radicalmente a tradição do controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional no sistema francês em relação a diversos aspectos,

³⁵ KING, Alyssa S. As Jean-Louis Debré's Term as President Comes to a Close—Whither the French Constitutional Council? *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2016/01/as-jean-louis-debres-term-as-president-comes-to-a-close-whither-the-french-constitutional-council>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

cabendo destacar nesta conclusão duas dessas mudanças: (i) a possibilidade de controle *a posteriori* de uma disposição legislativa, ou seja, a partir do momento em ela já está em vigor, o que não era permitido antes da reforma; (ii) a possibilidade de um jurisdicionado em um processo tramitando perante a justiça comum ou a justiça administrativa suscitar a QPC.

Essas alterações fundamentais reconfiguraram radicalmente o controle de constitucionalidade na França em ordem a torná-lo mais democrático, mais efetivo e aproximá-lo de diversos outros sistemas na Europa.

Em relação ao juízo de admissibilidade ou filtros de acesso para que uma QPC suscitada por um jurisdicionado seja efetivamente analisada pelo Conselho Constitucional, eles atuam em dois momentos: o primeiro é um juízo de admissibilidade realizado pelo juiz da causa e apenas em caso de ser positivo é que a QPC será reenviada ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, a depender de a causa estar em tramitação perante a justiça administrativa ou a justiça comum, respectivamente. Em um segundo momento, essas cortes supremas realizarão um segundo juízo de admissibilidade, sendo apenas em caso afirmativo remetida a QPC à efetiva análise do Conselho Constitucional.

Apesar de muito se ter controvertido acerca desses filtros, sempre sob o temor de que dificultassem desmesuradamente o acesso à jurisdição do Conselho, após alguns anos de aplicação, parece que há um certo consenso de que a aplicação dos filtros pelos juízes de fundo e cortes supremas tem sido mais ou menos em uma medida justa.

Dessa forma, pretende-se haver iniciado uma contribuição sobre algumas cortes constitucionais e, especificamente, os filtros postos pelos ordenamentos respectivos para acessá-las, como uma forma de compreender o nosso próprio sistema de acesso ao Supremo Tribunal Federal, objetivo que se pretenderá lograr atingir de forma mais completa ao fim da série de artigos ora inaugurada.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, ano 36, p. 197-210, out./dez. 1999.

CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. **Droit Constitutionnel Français**. Paris: Licence Puf, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla Evelise Justino. E a França piscou: a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 153-183, jan./mar. 2017.

FRANCE. Assemble Nationale. **Rapport sur la question prioritaire de constitutionnalité**. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>>. Acesso em 03 de março de 2017.

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Dec. n.º 2008-573 DC du 8 janvier 2009.

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-565 DC du 10 décembre 2009 (considérant 21).

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 2 décembre 2009.

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 2 décembre 2009 (considérant n. 9).

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**. Décision n. 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (considérant 13).

FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Découvrir la qpc**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html#1>>. Acesso em: 8 de setembro de 2016.

FRANCE. **Loi Organique 2009-1523 du 10 décembre 2009**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/textes/loi_organique_qpc.pdf>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

GROS, Manuel. Une rédefinition dynamique des rapports entre les acteurs du procès. In: CARTIER, Emmanuel (coord.). **La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle**. Paris: Dalloz, 2013.

GUILLAUME, Marc. **La Question Prioritaire de Constitutionnalité**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-par-marc-guillaume.138360.html>>. Acesso em: 09 de setembro de 2016.

KING, Alyssa S. *As Jean-Louis Debré's Term as President Comes to a Close—Whither the French Constitutional Council?* **Int'l J. Const. L. Blog**. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2016/01/as-jean-louis-debres-term-as-president-comes-to-a-close-whither-the-french-constitutional-council>>. Acesso em 15 ago. 2017.

LESSI, J; DUTHEILLET DE LAMOTHE. Cinq ans de QPC devant le juge administratif: retour d'expérience. **AJDA**, Paris, p. 755-771, 2015.

PACTET, Pierre. **Que sais-je? Les institutions françaises**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

PERRIER, Jean-Baptiste. Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de Cassation. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, n. 4, p. 711-722, jul./ago. 2011.

ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. Le non-renvoi des Questions Prioritaires de Constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en Juge Constitutionnel de la Loi. **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, n. 4, p. 691-697, jul./ago. 2011.

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 9 ed. Paris: Editions Montchrestien. 2010.

STÉFANINI, Marthe Fatin-Rouge. L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la QPC. In: CARTIER, Emmanuel; GAY, Laurence; VIALA, Alexandre (org). **La QPC: vers une culture constitutionnelle partagée?** Paris: Institut Universitaire Varenne, 2015.

VIDAL-NAQUEL, Ariane. Le rôle du Conseil Constitutionnel Français. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, Aix-en-Provence, n. XXVII, p. 41-53, 2012.



Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa

Electoral litigation in times of judicialization of politics: the dispute in the Supreme and the Supreme in the dispute

EDUARDO BORGES ESPÍNDOLA ARAÚJO ^{1,*}

¹ Universidade de Brasília (Brasil)

eduardo.bfr@me.com

<http://orcid.org/0000-0002-4469-8987>

JÚLIA MAURMANN XIMENES ^{II,**}

^{II} Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasil)

juliximenes@idp.edu.br

<https://orcid.org/0000-0001-6154-4122>

Recebido/Received: 16.05.2018 / May 16th, 2018

Aprovado/Approved: 05.08.2019 / August 5th, 2019

Resumo

O trabalho traça um panorama do controle difuso de constitucionalidade em matéria eleitoral a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal em recursos extraordinários interpostos contra os acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral. Feita a análise da sistemática dos recursos eleitorais, com ênfase ao amplo efeito devolutivo do recurso especial eleitoral, aborda-se o modelo de governança eleitoral brasileiro em que Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal estão alinhados na leitura da "constituição eleitoral". Após a análise do fenômeno da judicialização da política, são destrinchados os recursos

Abstract

The paper draws a panorama of the diffuse control of constitutionality in electoral matters based on decisions of the Federal Supreme Court in extraordinary appeals filed against the decisions of the Superior Electoral Court. After the analysis of the electoral procedural system, with emphasis on the broad devolution effect of the special electoral resource, it addresses the Brazilian electoral governance model in which the Higher Electoral Tribunal and the Federal Supreme Court are aligned in the application of the "electoral constitution". After introducing the phenomenon of the judicialization of politics, the extraordinary resources

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAÚJO, Eduardo Borges Espindola; XIMENES, Júlia Maurmann. Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 423-448, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.59453.

* Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: eduardo.bfr@me.com.

** Professora da Pós-Graduação e do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasília-DF, Brasil). Pós-doutora em Direito pela Universidade da Califórnia. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: juliximenes@idp.edu.br.

extraordinários e as decisões do Supremo para, primeiro, mapear o perfil de entrada e saída para, segundo, identificar o efetivo papel do Tribunal no contencioso eleitoral.

and decisions of the Supreme Court are examined to map the entrance and exit profile and to identify the effective role of the Court in the electoral litigation.

Palavras-chave: governança eleitoral; judicialização da política; contencioso eleitoral; controle difuso de constitucionalidade; recurso extraordinário.

Keywords: electoral governance; judicialization of politics; electoral litigation; diffuse judicial review; extraordinary appeal.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contencioso eleitoral em tempos de judicialização de disputa política; 3. A disputa eleitoral no Supremo Tribunal Federal; 4. O Supremo Tribunal Federal na disputa eleitoral; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A juridicização do Direito, ou seja, a progressiva intervenção do Direito nas relações sociais¹ e a posterior judicialização da política, que é a transferência de temas tipicamente políticos e de competência dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, consagraram ao Poder Judiciário um papel fundamental no funcionamento da democracia – chegando ao ponto de tutelar o eleitor na escolha dos governantes via cassação de registros de candidatura e de mandatos eletivos².

A discussão sobre esta centralidade do Poder Judiciário na definição de temas políticos inclui ainda litígios estratégicos como a expropriação dos conflitos políticos do Poder Legislativo sob o pretexto de interpretar normas jurídicas quando em realidade são estratégias político-partidárias³. A justiça recebe visibilidade na democracia quando o problema, até então restrito às partes do processo, passa a ter uma existência pública na busca das partes, junto ao Poder Judiciário, de mudanças sociais ou precedentes, transformando a jurisprudência.

No contencioso eleitoral, via de regra, compete ao Tribunal Superior Eleitoral a decisão definitiva nos processos, mediante o recurso especial eleitoral, franqueando-se o acesso ao Supremo Tribunal Federal somente no caso de afronta expressa a dispositivo eleitoral, devendo ser interposto recurso extraordinário contra o acórdão eleitoral.

¹ Cf. TEUBNER, Gunther. TEUBNER, Gunther. **Juridification of social spheres**: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. New York: Walter de Gruyter, 1987, e VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

² Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, ano 3, n. 7, p. 91-118, jul./dez. 2013.

³ Cf. TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano Da. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

Considerando-se os filtros processuais existentes quando da análise dos recursos extraordinários, uma baixa taxa de sucesso recursal é esperada. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal é cada vez mais instado pelos candidatos a intervir na disputa eleitoral, assim prolongando o chamado “terceiro turno”. De 01 de janeiro até 19 de novembro de 2017, 214 processos de direito eleitoral e processo eleitoral foram autuados no Supremo Tribunal Federal. Em que pese faltasse ainda um mês ao encerramento do ano forense, os dados acusam um aumento no número de demandas em relação a 2016. Ainda que as oscilações no número de autuações sejam frequentes, o volume dos recursos eleitorais é crescente no histórico do Supremo Tribunal Federal⁴.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que, no bojo do Recurso Extraordinário nº 929.670/SP, determinou a aplicação retroativa do prazo de inelegibilidade de 08 anos reacendeu a discussão em torno da Lei Complementar nº 135 – a “Lei da Ficha Limpa”. Por seis votos a cinco, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que afastou da disputa candidato que, com fulcro na nova redação da alínea *d* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, barrou das eleições de 2008 o candidato condenado em 2004 por abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio. Em outro caso igualmente polêmico e acirrado, o Supremo Tribunal manteve acórdão que, com amparo na alínea *k* do inciso I do artigo 1º da Lei, declarou inelegível nas eleições de 2010 candidato que renunciou ao cargo em 2001.

O acórdão de mérito do Supremo no RE nº 631.102/PA foi modificado em sede de embargos de declaração em decorrência do precedente firmado pelo próprio Tribunal no RE nº 633.703/MG, de repercussão geral reconhecida. Neste precedente, permitiu-se a disputa no pleito de 2010 de candidato até então barrado por condenação recebida em 2007 por improbidade administrativa – alínea *l* da LC nº 64. Em atenção à anterioridade eleitoral prevista no artigo 16 da Constituição Federal de 1988, o Tribunal decidiu que as inovações provocadas pela Lei da Ficha Limpa valeriam apenas para 2012.

Até o RE nº 633.703/MG, o Supremo Tribunal Federal não havia reformado um acórdão sequer do Tribunal Superior Eleitoral⁵. Por mais controversa que fosse a leitura dos dispositivos constitucionais, a exemplo da anualidade eleitoral e da irretroatividade da pena, as decisões do Tribunal Eleitoral não costumam ser modificadas pelo Supremo. De 2012 a 2016, mais de 620 dos recursos extraordinários que foram interpostos contra acórdãos do TSE já transitaram em julgado. Apenas 0,31% das decisões do STF deram provimento ao recurso para reformar a decisão atacada.

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-Texto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

⁵ MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011. p. 170.

Esta pesquisa fez-se possível apenas em razão da gentileza do Projeto “STF em número”, incubado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em compartilhar seus dados⁶. De acordo com o levantamento da FGV Rio, foram interpostos 1.025 recursos extraordinários contra acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral entre os anos de 2012 e 2016. Deste total, 840 transitaram em julgado após decisão do Supremo Tribunal Federal. Partindo desse universo de 840 recursos, fez-se um levantamento para obter os seguintes dados: a alínea do permissivo constitucional, a norma constitucional supostamente violada, a controvérsia discutida nos autos, o juízo de admissibilidade e o sentido, fundamento e natureza da decisão. Ao todo, foi possível levantar todas essas informações em 627 recursos extraordinários.

Recursos extraordinários e judicialização da política integram a problemática do trabalho, cujo fito é identificar o papel do Supremo Tribunal Federal no contencioso eleitoral. Para tanto, serão identificados os perfis de entrada de recursos extraordinários que ingressam do Tribunal Superior Eleitoral, mapeando os argumentos aventados para justificar a interferência do Poder Judiciário, e os padrões de decisão do Supremo Tribunal Federal, estruturando os argumentos lançados para justificar o ativismo ou a contenção.⁷ Ao fim do levantamento e da análise dos dados, espera-se situar o Supremo Tribunal Federal dentro do modelo brasileiro de governança eleitoral, especificamente na dimensão de *rule adjudication*.

2. CONTENCIOSO ELEITORAL EM TEMPOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA DISPUTA POLÍTICA

O protagonismo da Justiça Eleitoral na democracia brasileira está longe de ser exclusividade da ordem instituída pela Constituição Federal de 1988. Em cumprimento à causa do movimento revolucionário de 1930 pela moralização da eleição⁸, o governo provisório de Getúlio Vargas centralizou em uma só instituição as atividades de criação e manutenção do arcabouço institucional em que realizados o voto e a disputa eleitoral.⁹ O artigo 5º do Decreto nº 21.076/32 instituiu órgão judiciário independente dos poderes políticos com o fim de garantir o exercício do sufrágio ao afastar os Poderes Legislativo e Executivo da organização, execução e controle do processo eleitoral¹⁰.

⁶ Na pessoa do professor Ivar Hartmann, agradecemos a todos da equipe FGV Rio pela valiosa ajuda.

⁷ Sobre o tema, ver: ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

⁸ SADEK, Maria Tereza. **A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. p. 30.

⁹ Trata-se do conceito de “governança eleitoral”, cujas atividades ocorrem ao nível de formulação das regras, aplicação das regras e adjudicação das regras. Cf. MOZAFFAR, Shaheen; SCHEDLER, Andreas. The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction. **International Political Science Review**, n. 23, 2002. p. 7.

¹⁰ Art. 5º É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas.

Competências distintas, como o alistamento dos eleitores, a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos, ficaram sob incumbência deste novo órgão – formalmente integrado ao Poder Judiciário pela Constituição de 1934. Dali em diante, com a ressalva do período do Estado Novo, quando interrompido o funcionamento da Justiça Eleitoral, o legislador constituinte manteve intacto o modelo de governança eleitoral instituído em 1932: órgão integrante do Poder Judiciário, concentração das atividades administrativas, executivas e contenciosas, e blindagem contra a interferência política.

Para desempenhar suas funções no desenho institucional da Constituição Federal de 1988, ao Tribunal Superior Eleitoral são dispensadas as competências administrativa, jurisdicional, consultiva e normativa. A primeira diz respeito à preparação, organização e administração do processo eleitoral e a segunda, à solução de conflitos intersubjetivos submetidos ao Estado-juiz, cuja vontade substituirá a vontade dos litigantes mediante a aplicação do direito à espécie. Como órgão consultivo, o Tribunal atua na prevenção de litígios que poderiam prejudicar a regularidade e legitimidade do pleito ao responder em tese questionamentos sobre matéria eleitoral. Por fim, a função normativa compreende a expedição de instruções e outras deliberações convenientes à execução da lei eleitoral.

Dentre as funções do Tribunal Superior Eleitoral, aquela que é a típica do Poder Judiciário é certa e previsivelmente a que menos controvérsia desperta na doutrina – ao menos quanto à legitimidade para decidir, não à correção das decisões. No contencioso eleitoral, a intervenção judicial destina-se à gerência e fiscalização do processo eleitoral e ao controle dos partidos políticos¹¹. A verificação da lisura da atividade eleitoral seria “necessária, e apta, para neutralizar as injunções político-partidárias de um determinado momento histórico, em prestígio aos direitos fundamentais e valores nucleares inseridos na Constituição”¹², especialmente os objetivos constantes no seu artigo 1º.

A cada reforma da legislação político-partidária, a democracia experimenta uma crescente judicialização da disputa política¹³. As eleições, como espaço de decisão sobre os cargos eletivos, foram gradualmente dominadas por normas e procedimentos típicos do Poder Judiciário em razão do uso de tribunais por grupos de interesses, da expansão da democracia e outros fatores institucionais e culturais¹⁴. A dinâmica de intervenção do Tribunal Eleitoral nas eleições resulta da própria ação dos competidores, que enxergam na via judicial “arma para maximizar o número de votos por meio

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

¹² CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 2, 2012. p. 184.

¹³ MARCHETTI, Vitor. Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008. p. 887.

¹⁴ Cf. VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos**, Fundação Casa de Rui Barbosa, a. 3, v. 3, 2009. p. 254-260.

de uma estratégia que considera a Justiça Eleitoral como mais um palco no cenário competitivo¹⁵.

A judicialização de disputas eleitorais, com a intervenção do Poder Judiciário na resolução de conflitos, fez-se possível com a juridicização, com o exaustivo regramento normativo da execução do processo eleitoral e do exercício dos direitos políticos. Trata-se de consequência do modelo brasileiro de governança eleitoral, que concentrou em um único órgão do Poder Judiciário as competências de *rule making*, *rule application* e *rule adjudication* e criou uma esfera jurisdicional específica para resolver demandas eleitorais e expandiu a lógica sistêmica do direito para as disputas eleitorais. Não é por menos que houve um aumento significativo na demanda por advogados especializados em direito eleitoral nos últimos anos¹⁶.

O volume dos recursos ao Tribunal Superior Eleitoral multiplicou-se a partir da Lei das Inelegibilidades, passando pela dos Partidos Políticos e das Eleições até a Lei da Ficha Limpa, que estimulou de vez a judicialização das disputas ao ampliar os casos de inelegibilidade e os prazos para hipóteses já previstas¹⁷. A LC nº 135 incluiu dezenove alíneas no inciso I do artigo 1º da LC nº 64, declarando ser inelegível o condenado por crime contra economia popular, fé pública, Administração Pública, patrimônio público, mercado financeiro, por tráfico de entorpecentes, crimes eleitorais e ambientais, entre outros. Assim como o volume de recursos ao Tribunal Superior Eleitoral cresceu, assim também o fez o volume de recursos que sobem deste ao Supremo Tribunal Federal.

Curiosamente, o artigo 121 da Constituição Federal determina que as decisões do órgão máximo da Justiça Eleitoral são irrecorríveis, a não ser se contrárias a norma constitucional. Tal qual as alíneas *a* e *b* do inciso III do artigo 102 da Carta, o *caput* do artigo 281 do Código Eleitoral estabelece serem “irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal (...)”. Portanto, no direito eleitoral, o recurso extraordinário deve fundamentar-se em termos de violação direta e frontal ao texto constitucional, por não ser o recurso extraordinário cabível contra ofensa indireta, reflexa ou oblíqua¹⁸.

A disciplina geral do recurso extraordinário encontra-se no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Das quatro, a primeira hipótese de cabimento dispõe da decisão inferior que “contrariar dispositivo desta Constituição”, nos termos da alínea “a” do permissivo constitucional. Deverá a violação ao texto constitucional ser direta e

¹⁵ MARCHETTI, Vitor. Competição eleitoral e controle das candidaturas: uma análise das decisões do TSE. **Cadernos ADENAUER**, São Paulo, v. 15, p. 101.

¹⁶ GALHARDO, Ricardo. **Direito eleitoral é área em alta para advogados**. Exame. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/carreira/advogado-ganha-mercado-com-judicializacao-da-politica/>>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

¹⁷ Cf. MARCHETTI, Vitor. A Ficha Limpa no contexto da governança eleitoral brasileira. **Interesse Nacional**, n. 12, p. 33-42, 2011.

¹⁸ GOMES, José Jairo. **Recursos eleitorais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 187.

frontal, sendo infenso ao Supremo avaliar a constitucionalidade de ato normativo cuja aplicação foi negada pela decisão recorrida caso, entre o dispositivo infraconstitucional questionado e o dispositivo constitucional violado, haja um segundo texto normativo. O entendimento é o de que, nesta hipótese, o recurso não cuida de matéria constitucional – como prevê a Súmula STF nº 636.

O recurso extraordinário, nos termos da alínea *b*, leva à apreciação definitiva do Supremo Tribunal Federal a decisão que declarar inconstitucional tratado internacional ou lei federal¹⁹, a fim de unificar a jurisprudência sobre espécies normativas relevantes e privilegiar a presunção de constitucionalidade da legislação leis. Em oposição à alínea *b*, vez que inverte a presunção de adequação da lei, a alínea *c* autoriza a interposição do recurso contra decisão que declare válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição – compreendida como todo o bloco de constitucionalidade federal, com emendas e tratados internacionais incorporados pelo rito do artigo 5º, §3º, da Carta²⁰.

Em último lugar, a alínea *d* do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal prevê o cabimento do recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei local impugnada frente à lei federal. Trata-se de conflito federativo externalizado em normas de diferentes procedências, devendo o Supremo resolvê-lo em atenção às competências legislativas atribuídas pela Constituição de 1988 a cada um dos entes federativos.

Para ser conhecido, o recurso extraordinário deve observar certos requisitos²¹, a exemplo do prévio julgamento da causa em última ou única instância, como disposto no *caput* do inciso III do artigo 102, e da impugnação de decisão terminativa, que põe fim ao processo. Além do manejo de todos os recursos ordinários cabíveis pelas partes, com o esgotamento das vias recursais, e do pronunciamento final do órgão judicial, a questão constitucional levada ao juízo do Supremo deve ter sido prévia e efetivamente debatida e decidida na instância *a quo*, sob pena de supressão de instâncias e incidência do óbice do enunciado da Súmula nº 282 do Supremo²².

Relativamente aos atos normativos em debate, impõe-se que a controvérsia diga respeito à contradição entre dispositivo constitucional e dispositivo infraconstitucional, sendo proibido discutir em controle concreto questões fáticas, a teor da Súmula STF nº 289, ou conflitos entre normas de igual natureza ordinária, como prevê a Súmula

¹⁹ Por “lei federal”, entendam-se os atos normativos de natureza geral e abstrata, excluídos os atos ditos de “direito interno”, como Emendas Constitucionais, Medidas Provisórias, Resoluções e afins.

²⁰ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 324-325.

²² É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

STF nº 454. Por ser recurso de fundamentação vinculada, deve o recorrente impugnar apenas o ato normativo que fundamentou a decisão recorrida, fazendo menção expressa à norma constitucional violada e aos fundamentos da irresignação.

Por fim, há o requisito da repercussão geral – instituída pela Emenda nº 45/04 e hoje disciplinada pelo novo Código de Processo Civil. O recurso extraordinário apenas será conhecido caso, de maneira formal e fundamentada, demonstre a relevância social, política, econômica ou jurídica da questão constitucional versada nos autos, na forma do artigo 1.035, §1º, do Novo Código. Ainda, conforme o parágrafo segundo deste mesmo artigo, presume-se a repercussão geral se o acórdão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo ou reconheça, nos moldes do artigo 97 da Constituição de 1988, a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

As hipóteses restritas de cabimento do recurso extraordinário possuem o condão de reservar ao Tribunal Superior Eleitoral a “última palavra” sobre a interpretação das normas eleitorais infraconstitucionais, o que é conveniente ao garantir o célere deslinde dos processos e a segurança dos eleitos no exercício dos mandatos e dos eleitores em saber quem são os legítimos ocupantes dos cargos²³. Na qualidade de última instância do contencioso eleitoral, compete ao Tribunal promover a uniformização da exegese de lei aplicada diversamente nos tribunais regionais eleitorais por meio de recurso especial eleitoral, com amparo no artigo 121, § 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

O recurso especial eleitoral, na forma do inciso I deste dispositivo, é igualmente cabível caso de a decisão de Tribunal Regional Eleitoral contrariar “disposição expressa desta Constituição”. Diferente do recurso especial comum, que encaminha à apreciação do Superior Tribunal de Justiça acórdão de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Regional Federal que contrarie tratado ou lei federal, julgue válido ato de governo local face lei federal ou atribua à lei federal interpretação diversa da interpretação realizada por outro tribunal, tudo nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição, o recurso especial eleitoral possui amplo efeito devolutivo, levando ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral controvérsia de índole constitucional.

Significativa é a circunstância de que não cabe recurso extraordinário em face de acórdão de Tribunal Regional Eleitoral. Os acórdãos de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal são impugnados em seus fundamentos ordinários por recurso especial e em seus fundamentos constitucionais por extraordinário, devendo a parte sucumbente manejar ambos se necessário for, sob pena de atrair a Súmula STJ nº 216²⁴.

²³ SILVA, Henrique Neves da. Comentário ao artigo 121, §4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 1.502.

²⁴ É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Diferente do sistema recursal comum, a regra da interposição simultânea é inaplicável à sistemática eleitoral em decorrência do inciso I do parágrafo quarto do artigo 121 da Constituição, que autoriza o recurso especial eleitoral contra decisão regional que infrinja disposição constitucional expressa. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a interposição de recurso extraordinário contra acórdão eleitoral regional é erro “inexcusável” que possui o condão de inviabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal²⁵.

A competência constitucional do Tribunal Superior Eleitoral em examinar se as decisões dos acórdãos estaduais são ou não contrárias a “disposição expressa” da Carta Constitucional assegura-lhe relevante margem para interpretar o texto não só por serem limitadas as hipóteses do recurso extraordinário, mas também por ser a Constituição rica em disposições sobre direito eleitoral²⁶. No capítulo IV do seu Título II, do artigo 14 ao artigo 16, discorre-se sobre: i) alistamento eleitoral; ii) condições de elegibilidade; iii) condições de inelegibilidade; iv) suspensão e perda de direitos políticos; e v) princípio da anualidade eleitoral, entre outros²⁷. A redação de verdadeira “constituição eleitoral”²⁸ foi o remédio encontrado pelo legislador constituinte para evitar que, como no regime militar, divergências políticas levassem a restrições arbitrárias dos direitos políticos.

Prevista no artigo 16 da Constituição Federal, o princípio da anualidade eleitoral assegura aos candidatos igualdade de condição na disputa eleitoral. Ao determinar que a lei que modifique o processo eleitoral seja inaplicável ao pleito que ocorra dentro de um ano da data de publicação, a regra da anualidade protege a segurança jurídica. Garante-se a estabilidade das normas que regem a disputa pelo poder político, impedindo que lei casuística seja promulgada para preservar o poder político e econômico em detrimento do interesse popular²⁹. Assim, para ter eficácia no pleito imediatamente subsequente, a nova legislação deve entrar em vigor até um ano antes do primeiro domingo do mês de outubro do ano eleitoral, na forma do artigo 1º da Lei nº 9.504/97³⁰.

²⁵ Neste sentido, por exemplo, o ARE nº 673.726/RO, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 01.10.2013.

²⁶ Em razão do objeto do trabalho, analisam-se somente os direitos políticos, ora entendidos como as prerrogativas que permitem ao cidadão tomar parte na formação e na condução do governo. Não estão incluídos na análise, então, os dispositivos que disciplinam os partidos políticos.

²⁷ O texto também dispõe sobre o direito de sufrágio, instrumentos de democracia direta e impugnação do mandato eletivo. Optou-se, porém, por priorizar a caracterização dos direitos constitucionais políticos que podem ser imediatamente usufruídos pelo cidadão, sem a intermediação de outro texto normativo.

²⁸ Por “constituição eleitoral”, entenda-se o conjunto de normas eleitorais emanadas do próprio texto constitucional. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 23.

²⁹ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 88.

³⁰ Art. 1º As eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador dar-se-ão, em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano respectivo.

O artigo 15, depois de proibir expressamente a cassação dos direitos políticos, estipula as hipóteses de privação. Os direitos serão suspensos em caso de incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os efeitos, escusa de consciência, nos termos do inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal³¹, e improbidade administrativa, como dispõe o artigo 37, §4º, da Lei Fundamental³². Os direitos serão efetivamente perdidos, não meramente suspensos³³, com o cancelamento da naturalização de estrangeiro por sentença transitada em julgado. As consequências da privação dos direitos políticos são diversas, a exemplo da perda do mandato eletivo e o cancelamento da filiação partidária.

A Constituição Federal de 1988 enumera diversas hipóteses de inelegibilidade – ou seja, de “impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo público-eletivo”³⁴. A primeira hipótese é a inelegibilidade dos inalistáveis, que são os estrangeiros e os brasileiros em período de serviço militar obrigatório, e dos analfabetos. A segunda é a inelegibilidade por motivos funcionais. Os Chefes do Poder Executivo, seus sucessores e substitutos no curso do mandato só poderão ser reeleitos para um único período subsequente. Assim, o dispositivo constitucional declara inelegíveis para o terceiro mandato as autoridades que já estão no exercício do segundo. A última inelegibilidade constitucional, pois existem ainda as de natureza infraconstitucional, previstas na Lei Complementar nº 64/90, é a inelegibilidade reflexa, a abarcar os indivíduos que mantenham vínculos pessoais com o Chefe do Poder Executivo, a exemplo de cônjuge, companheiro e parente.

Estipulados no parágrafo terceiro do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, as condições de elegibilidade – ou seja, os requisitos ao exercício da cidadania passiva – são nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e idade mínima, a saber, 35 anos para Presidente, Vice-Presidente e Senador, 30 para Governador e Vice-Governador, 21 para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, e 18 para Vereador.

Há ainda diversos outros dispositivos constitucionais que, ao versarem sobre os direitos e as garantias fundamentais, relacionam-se aos direitos políticos. Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da legalidade no

³¹ Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

³² § 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.

³³ Sobre a controvérsia em torno de quais são as hipóteses de suspensão e quais as de perda, cf. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

³⁴ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 195.

inciso II, a liberdade de manifestação e de expressão, respectivamente nos incisos IV e IX, o direito de resposta no inciso V, a liberdade de associação e a vedação à obrigatoriedade de associação, nos incisos XVII e VV, o acesso ao Poder Judiciário para apreciação de lesão ou ameaça a direito, no inciso XXXV e, ainda, o direito adquirido e a vedação à retroatividade da lei, nos respectivos incisos XXXVI e XXXIX.

Ao consagrar normas de direito eleitoral e de matérias correlatas, a Constituição Federal de 1988 franqueou aos candidatos acesso ao Supremo Tribunal Federal, que passou a ser chamado cada vez mais a intervir no processo eleitoral. A fim de identificar as razões constitucionais aventadas para justificar a intervenção do Poder Judiciário nos pleitos, serão analisados adiantes os perfis de entrada dos recursos extraordinários e dos respectivos agravos interpostos contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

3. A DISPUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De 01 de janeiro até 19 de novembro de 2017, 214 processos de direito eleitoral e processo eleitoral foram autuados no Supremo Tribunal Federal. Em que pese faltasse ainda um mês ao término do ano forense, as estatísticas acusam um aumento no número de demandas em relação a 2016, que registrou 194, mas também revelam uma baixa em face de 2015, que alcançou 365. Mesmo com o crescimento do volume de recursos de 1990 a 2017, oscilações como as verificadas entre 2017, 2016 e 2015 são constantes no histórico de processos eleitorais no Supremo Tribunal Federal³⁵.

Em 1990, foram sete demandas autuadas. Em 1991, no calor das eleições gerais e sob a vigência da Lei das Inelegibilidades, chegaram ao Supremo Tribunal Federal nove ações – número esse que mais que duplicou em 1992, perfazendo “incríveis” vinte processos. De 1993 a 1998, o número manteve-se relativamente estável, oscilando entre 14 e 21. As estatísticas revelam que a Lei dos Partidos Políticos, publicada em setembro de 1995, não repercutiu sobre o contencioso eleitoral: em 1995, foram 21, ações e, tanto em 1996 quanto em 1997, foram 14. De fato, a Lei nº 9.096 pouco influenciou a disputa judicial entre os candidatos, vez que tratou propriamente de partidos, desde a criação e registro, passando por organização e funcionamento, até a extinção.

De 1998 a 2000, os processos autuados saltaram de 18 para 97 – o que significa um aumento de 438%. Após uma queda em 2001 e uma recuperação em 2002, no rastro das eleições para os cargos municipais, este número voltou a crescer em 2003, quando foram registradas 139 autuações em direito eleitoral e processo eleitoral, e 2004, quando foram 188. Em 2005, não obstante uma queda para 168, o volume manteve-se elevado dentro do histórico. A explicação para o salto percebido de 1998 a 2005

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

está na Lei das Eleições, de setembro de 1997, que dispõe sobre registro de candidatura, financiamento das campanhas eleitorais, propaganda eleitoral e abuso de poder.

A Lei das Eleições influenciou diretamente a disputa eleitoral e repercutiu sobre o contencioso eleitoral ao expandir o rol de condutas cuja prática leva à penalização do candidato – ou melhor, do adversário. Em disputas cada vez mais acirradas em virtude da crescente oferta de postulantes, o manuseio de ações no formato litígio estratégico apresenta-se como interessante recurso dentro da corrida, uma vez que seu conhecimento poderá acarretar desde multas pecuniárias até o indeferimento do registro ou a cassação do mandato do desafeto eleito, abrindo-se caminho a um terceiro turno direto ou indireto. O objetivo das disputas não se encerra com a decisão no caso concreto, mas com a eventual influência na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Em seguida, percebe-se um incremento no intervalo entre 2006 a 2008, quando o número de autuações salta de 108 para 329 processos eleitorais – muito provavelmente devidos às novas regras de propaganda e financiamento eleitorais instituídas pela Lei nº 11.300 e às eleições gerais de 2007. Após 2009 e 2010, quando as autuações decrescem para 190 e 182, há um crescimento constante na demanda junto ao Supremo Tribunal Federal: 228 em 2011, 239 em 2012, 360 em 2013 até chegar ao recorde de 460 ações em 2014. Por detrás dessa escalada dos processos eleitorais não há outra explicação que a Lei da Ficha Limpa, que sacramentou a judicialização da disputa política.

No universo de 3.712 processos autuados de 1990 até 2016, foram examinados 627 – todos com decisão transitada em julgado – dos 1.026 recursos extraordinários que ingressaram do Tribunal Superior Eleitoral ao Supremo Tribunal Federal. Ao cabo da análise do material disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, buscou-se levantar as seguintes informações: a alínea do artigo 102, inciso III, da Constituição a fundamentar o recurso, o dispositivo constitucional supostamente contrariado, a matéria discutida nos autos dos processos, a natureza, se monocrática ou colegiada, o sentido, se pelo provimento ou desprovimento, e o fundamento da decisão.

De início, desejava-se mapear também a unidade da federação de que originou o recurso e o cargo eletivo em disputa, mas encontrar esses dados fez-se impossível – ao menos em tempo hábil – porque exigiria igual análise das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, o que já fugiria dos escopos deste trabalho. De toda maneira, a intuição é a de que os padrões que seriam encontrados no Supremo Tribunal Federal repetiriam aqueles presentes no Tribunal Superior Eleitoral: não há concentração relevante de processo por tribunal regional, com uma distribuição normal entre volumes de recursos dos Estados e o número de vagas em disputa, e a predominância de recursos

envolvendo eleições para o cargo de prefeitos, provavelmente em razão da concentração de recursos financeiros e administrativos dos partidos políticos³⁶.

Em relação à alínea do permissivo constitucional, tem-se que 100% dos recursos que ingressaram no Supremo Tribunal Federal foram interpostos com fulcro na alínea *a*, o que é esperado diante da determinação do artigo 121, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Em decorrência da previsão taxativa para o cabimento de recursos extraordinários em matéria eleitoral, condicionando sua admissibilidade à contrariedade de dispositivos constitucionais, não há como um acórdão do Tribunal Superior Eleitoral ser impugnado pelas demais alíneas do artigo 102, inciso III mas não pela alínea *a*.

Do total de recursos analisados, apenas três foram ajuizados para além da alínea primeira: ARE nº 800.647/DF, ARE nº 852.221/DF e ARE nº 975.881/AM. O primeiro e terceiro alegaram sem sucesso a incompatibilidade entre ato de governo local e o texto constitucional: decisão da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em procedimento administrativo e rejeição de contas prestadas por candidato à Prefeitura. O segundo recurso suscitou negativa de vigência do artigo 37, § 3º, da Lei nº 9.096 pelo Tribunal Superior Eleitoral em violação ao princípio constitucional da legalidade. Todos os três recursos não prosperaram por carência de repercussão geral.

De 627 recursos extraordinários interpostos contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, vinte receberam o juízo positivo de admissibilidade e foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal³⁷. A taxa de admissão, que gira em torno de 03,2%, supera a taxa de admissão junto ao Tribunal Superior do Trabalho: 00,1%³⁸. De 16.228 recursos, apenas quarenta receberam juízo positivo de admissibilidade. No Superior Tribunal de Justiça, embora não haja um dado oficial, a estimativa é a de que a taxa de admissão não ultrapasse a barreira de 03%³⁹.

Os recursos extraordinários admitidos pelo Tribunal Superior Eleitoral versavam sobre cinco principais assuntos, da seguinte forma:

³⁶ MARCHETTI, Vitor. Competição eleitoral e controle das candidaturas: uma análise das decisões do TSE. **Cadernos ADENAUER**, São Paulo, v. 15, 2014. p. 97-99.

³⁷ São os RE's nº 674.690, nº 674.699, nº 683.876, nº 683.927, nº 688.312, nº 726.340, nº 726.486, nº 738.227, nº 756.073, nº 756.075, nº 757.177, nº 758.461, nº 762.556, nº 825.792, nº 834.309, nº 839.102, nº 845.478, nº 854.977, nº 859.086 e nº 880.244.

³⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Brasília: Coordenação de Estatística e Pesquisa do TSE, 2017. p. 99.

³⁹ Cf. BATISTA, Eugênio. STJ rejeita a maior parte dos REs que recebe. **Consultor Jurídico**, fev. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-11/stj-rejeita-maior-parte-recursos-extraordinarios-recebe>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

Assunto	Total	Proporção
Abuso de poder político e econômico	02	10%
Captação ilícita de sufrágio	01	05%
Doação eleitoral	02	10%
Elegibilidade e inelegibilidade	10	50%
Propaganda eleitoral	05	25%

Os dispositivos constitucionais ventilados foram os seguintes:

Dispositivo	Número de referências	Proporção
Artigo 1	01	01,85%
Artigo 2	01	01,85%
Artigo 5	23	42,59%
Artigo 14	14	25,92%
Artigo 16	01	01,85%
Artigo 22	01	01,85%
Artigo 93, inciso IX	03	05,55%
Artigo 121, §4º	02	03,70%
Artigo 127	02	03,70%
Artigo 129, inciso III	02	03,70%
Artigo 220	04	07,40%

Há um claro predomínio dos artigos 5º e 14. O primeiro foi citado em seu *caput* (01), inciso II (01), IV (03), IX (01), X (03), XII (01), XXXV (03), XXXVI (02), LIV (04), LV (03) e LVI (01), ao passo que o segundo o foi em seus parágrafos quinto (06), sétimo (04), nono (02) e décimo (02).

Os dados relativos aos 627 recursos extraordinários demonstram que o artigo 5º seria a norma constitucional supostamente mais contrariada em seu *caput* e seus incisos pelos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral:

Dispositivo	Número de referências	Proporção
Artigo 1º	38	02,32%
Artigo 5º	959	57,04%
Artigo 14	85	05,21%
Artigo 16	13	00,79%
Artigo 17	66	04,04%
Artigo 37	46	02,82%
Artigo 70	23	01,41%
Artigo 93	182	11,15%
Artigo 121	32	01,96%
Artigo 127	49	03,00%
Artigo 220	33	02,02%
Outros ⁴⁰	105	06,43%

Curiosamente, os dois artigos integrantes da constituição eleitoral mais arguidos pelos recorrentes respondem por exatos 06% de recursos extraordinários interpostos em face dos acórdãos da Justiça Eleitoral. Se contabilizado o artigo 15, presente em apenas nove apelos, os dispositivos que dispõem acerca dos direitos políticos não somam 07% das referências feitas pelos recursos extraordinários.

Esperava-se maior número de referências ao artigo 14 da Constituição, devido à sua relevância no exercício dos direitos políticos e na dinâmica na disputa eleitoral. Em que pese a baixa presença da norma que prevê as inelegibilidades, controvérsias sobre a possibilidade ou não do exercício da capacidade política passiva dominaram os recursos extraordinários e respectivos agravos:

Assunto	Total	Proporção
Abuso de poder político e econômico	38	06,06%
Captação ilícita de sufrágio	33	05,26%
Condutas vedadas a agente público	06	00,95%
Crimes eleitorais	33	05,26%
Direito processual	41	06,39%

⁴⁰ São os artigos que foram suscitados menos de dez vezes: 2º, 7º, 8º, 10, 15, 22, 27, 29, 31, 35, 44, 45, 48, 53, 57, 58, 71, 75, 92, 93, 102, 103-A, 105, 108, 109, 118, 128, 129, 133, 145, 150, 170 e 200.

Assunto	Total	Proporção
Doação eleitoral	55	08,77%
Elegibilidade e inelegibilidade	181	28,26%
Contas eleitorais ⁴¹	110	17,54%
Propaganda eleitoral	122	19,45%
Outros ⁴²	08	01,27%

Nos parágrafos do artigo 14 estão previstos os requisitos de alistamento eleitoral, as condições de elegibilidade e inelegibilidade e as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos. Nove apelos suscitaram o artigo 14 sem especificar qual o dispositivo violado. O *caput* foi ventilado em duas oportunidades. Arguíram-se em menor número o parágrafo quarto (01), décimo (05), quinto (08) e sétimo (09). O parágrafo terceiro, que estipula as condições de elegibilidade, foi supostamente violado por quinze acórdãos.

O parágrafo nono foi, dentre os parágrafos do artigo 14, o mais arguido dentre os recursos. As trinta e seis menções justificam-se em face das categorias abertas presentes em seu comando, tais quais “probidade administrativa”, “moralidade para o exercício do mandato”, “normalidade e legitimidade das eleições”, “influência do poder econômico” e “abuso no exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Inclusive, depois da inclusão do §9º ao artigo 14 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 04, a redação abstrata levou o Tribunal Superior Eleitoral a editar a Súmula nº 16⁴³ para condicionar os efeitos desses princípios à promulgação de lei complementar a criar outras hipóteses de inelegibilidade. A Súmula logrou sucesso inicial em obstar os recursos amparados nesse dispositivo até 1996⁴⁴. Em que pese a recente reiteração pelo Tribunal em 2016, a Súmula nº 16 parece não persuadir os litigantes a deixar de interpor seus recursos com base em violação ao artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988.

⁴¹ Não foi computada aqui a hipótese de inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/90, que dispõe sobre a rejeição das contas relativas ao exercício de cargo ou função pública.

⁴² Estão aqui compreendidos assuntos outros como pesquisa eleitoral (01), regularidade do processo eleitoral (02), serviço público (01), crime de responsabilidade (01), convenção partidária (02) e infidelidade partidária (01).

⁴³ Não é autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.

⁴⁴ MARCHETTI, Vitor. A Ficha Limpa no contexto da governança eleitoral brasileira. *Interesse Nacional*, n. 12, 2011. p. 37.

A Lei Complementar nº 135 foi responsável por regulamentar o parágrafo nono do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, viabilizando o controle das candidaturas a partir de critérios infraconstitucionais da moralidade pública e da vida pregressa⁴⁵. Não cabendo recurso extraordinário por afronta ao artigo 14, § 9º, da Constituição e estando os casos de inelegibilidade previstas na esfera infraconstitucional, restou aos recorrentes discutir a inelegibilidade em termos de contrariedade aos artigos 5º e 93.

Das 182 ocasiões em que o artigo 93 foi suscitado, 181 remeteram ao inciso IX, que dispõe da necessidade de fundamentação das decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. Supostas contrariedades ao artigo 5º ensejaram o maior número de recursos em face de acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, mantendo-se o padrão encontrado junto aos recursos extraordinários admitidos. Dos 627, 443 fazem menção ao menos ao *caput*, a um dos 78 incisos ou a um dos quatro parágrafos da seguinte forma:

Inciso	Referências	Proporção
<i>caput</i>	29	03,02%
II	92	09,59%
IV	23	02,39%
IX	17	01,77%
X	30	03,12%
XII	20	02,08%
XXXV	116	12,09%
XXXVI	53	05,52%
LIV	210	21,89%
LV	241	25,13%
LVI	31	03,23%
LVII	19	01,98%
Outros ⁴⁶	78	08,12%

⁴⁵ MARCHETTI, Vitor. A Ficha Limpa no contexto da governança eleitoral brasileira. **Interesse Nacional**, n. 12, 2011. p. 38.

⁴⁶ São os parágrafos segundo e terceiro e os incisos que foram ventilados menos de dez vezes: I, III, V, XIV, XXII, XXIX, XXXIV, XXXVIII, XL, XLV, XLVI, XLVII, LII, LIII, LVIII, LXIII, LXVII, LXXVII e LXXVIII.

As violações arguidas no Supremo Tribunal Federal, portanto, versam sobretudo acerca da regularidade na condução do processo judicial, não sobre o mérito da decisão recorrida. Quase 50% de recursos extraordinários calcados no artigo 5º da Constituição arguem a violação a devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Em terceiro e quarto lugar, os recursos levantam contrariedade ao preceito do acesso à jurisdição e da legalidade. Em quinto lugar, debate-se violação a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Os incisos LV, LIV, XXXV, II e XXVI do artigo 5º da Carta consistem em meios, instrumentos e procedimentos voltados à efetividade dos direitos – ou, em outras palavras, garantias constitucionais individuais⁴⁷.

Majoritariamente interpostos com base na alínea *a* do permissivo constitucional, discutindo restrições à capacidade eleitoral passiva e arguindo violações ao artigo 5º da Lei Fundamental: este é o perfil de entrada dos recursos extraordinários e os respectivos agravos que sobem do Tribunal Superior Eleitoral. Resta saber agora como o Supremo Tribunal Federal responde às demandas de contencioso eleitoral para localizar seu papel no fenômeno da judicialização da disputa política.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DISPUTA POLÍTICA

Considerando-se os filtros processuais existentes quando da análise dos recursos extraordinários, como a Repercussão Geral⁴⁸ e a Súmula STF nº 279⁴⁹, espera-se a baixa taxa de provimento. No contencioso eleitoral, acrescentem-se ainda as características do modelo brasileiro de governança eleitoral que fazem do Tribunal Superior Eleitoral “um órgão do STF para matérias eleitorais – não de direito, mas de fato”⁵⁰.

Em primeiro lugar, três dos integrantes do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral são Ministros do Supremo Tribunal Federal. Entre os três, a um caberá a Presidência e a outro, a Vice-Presidência. A exclusividade de cargos diretivos aos *Justices* condiciona o funcionamento jurisdicional e administrativo do Tribunal Superior Eleitoral ao perfil do Ministro Presidente. Os membros do Supremo Tribunal Federal, ainda, possuem maior influência sobre o comportamento do Tribunal Superior Eleitoral, por lá trabalharem no mínimo dois biênios. Por fim, compete ao Supremo a indicação de dois advogados para atuarem como Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, o que indica – no mínimo – um perfil adequado às expectativas da Corte Constitucional.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 422.

⁴⁸ Art. 102, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁴⁹ Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário

⁵⁰ MARCHETTI, Vitor. Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008. p. 884.

No universo dos 627 recursos extraordinários que, de 2012 a 2016, ingressaram do Tribunal Superior Eleitoral e foram julgados definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, somente dois tiveram o condão de reformar o acórdão atacado – o que implica uma taxa de sucesso recursal de ínfimos 0,31%.

O primeiro recurso que logrou reformar acórdão do Tribunal Superior Eleitoral é o ARE nº 788.513/DF, que não desperta maior interesse para a análise porque a decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski cuidou apenas de declarar a extinção da punibilidade da agravante, concedendo assim ordem de *habeas corpus*. Rigorosamente, não se pode dizer sequer que a decisão do Supremo Tribunal Federal reformou acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que não adentrou o mérito da questão e sequer deu provimento ao recurso extraordinário.

O segundo deles é o Recurso Extraordinário nº 758.461-RG/PB. Excepcionada a Ministra Carmem Lúcia, que declarou suspeição, a unanimidade dos Ministros resolveu dar provimento a recurso interposto por candidata cujo registro foi indeferido com base no artigo 14, §§5º e 7º, da Constituição Federal de 1988 e na Súmula Vinculante STF nº 18⁵¹. No caso, a candidata barrada fora casada com ex-prefeito que faleceu no exercício do mandato – mas seis meses antes do seu término – sendo sucedido pelo vice. A viúva, então, disputou o pleito seguinte com o sucessor do ex-marido, sendo eleita. Porém, ao candidatar-se à reeleição, teve o registro indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, o indeferimento do registro justificava-se na interpretação teleológica da inelegibilidade reflexa. Considerando-se que o ex-cônjuge foi sufragada em 2004 e a viúva em 2008, seria “vedada sua candidatura à reeleição nas Eleições de 2012, sob pena de configuração de terceiro mandato consecutiva do mesmo grupo familiar”. Ao Recurso Especial Eleitoral foi negado provimento em acórdão sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que foi acompanhada pela maioria dos Ministros – inclusive pela Ministra Carmen Lúcia. Restaram vencidos os dois outros Ministros do Supremo Tribunal Federal: Dias Toffoli e Marco Aurélio.

Os vencidos no Tribunal Superior Eleitoral saíram vencedores no Supremo. Sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Tribunal afastou a inelegibilidade para prover o recurso ao fundamento de que “não atrai o entendimento constante da referida súmula a extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges”. Repisando o desenvolver da jurisprudência sobre inelegibilidade reflexa, excepcionou-se a situação da candidata porque teria a morte, fenômeno alheio à vontade das partes, o condão de afastar os fins do artigo 14, § 7º da Lei Fundamental: inibir a perpetuação política de grupos familiares e impedir a malversação da máquina pública em benefício de parentes.

⁵¹ A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal.

No total dos 627 recursos, apenas o RE nº 758.461/PB foi provido. Vinte e nove constam como sendo “prejudicados” – vinte com fulcro no artigo 21, IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁵², sete com base na Súmula TSE nº 16⁵³, um com amparo na Súmula STF nº 284⁵⁴ e um pelo artigo 107, inciso IV, do Código Penal⁵⁵. No restante, negou-se seguimento a 121, conhecimento a 34 e provimento a 437. Ainda, um recurso foi objeto de desistência, outro restou extinto por extinção de punibilidade e três foram devolvidos ao Tribunal Superior Eleitoral com base no artigo 328 do RISTF⁵⁶.

Em relação ao dispositivo das decisões, os dados são os seguintes:

Dispositivo	Ocorrências	Proporção
Prejudicialidade	29	04,62
Seguimento	121	19,29
Conhecimento	34	05,42
Provimento	438	69,85
Outros	05	00,79%

De imediato, somente da análise do pequeno conjunto de recursos prejudicados, nota-se uma confusão entre os conceitos prejudicialidade, conhecimento e provimento – o que também foi verificado nas decisões sobre ações diretas de inconstitucionalidade⁵⁷. Há, neste sentido, fundamentos que ora são empregados para negar conhecimento e ora são lançados para negar provimento, a exemplo das Súmulas STF nº 279 e nº 282.

A decisão que declara o recurso extraordinário como prejudicado reconhece uma eventual mudança nos fatos ou nas normas que inviabiliza a apreciação do seu

⁵² Art. 21. São atribuições do Relator (...):

IX – julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto.

⁵³ No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.

⁵⁴ É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

⁵⁵ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

⁵⁶ Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

⁵⁷ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://bit.ly/1C90p46>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 48.

pedido. No caso do direito eleitoral, o comum é que o mandato eletivo *sub judice* tenha findado. A decisão de conhecimento cuida da admissibilidade do recurso a partir da observância das condições da ação e dos pressupostos processuais. Presentes ambos os requisitos, a decisão será de mérito a prover ou desprover o recurso.

As decisões negativas de seguimento compreendem juízos tanto de forma quanto de matéria. De acordo com o artigo 21, §1º, do Regimento Interno do Tribunal, poderá o Ministro Relator negar seguimento a apelo “manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal”. Por ser uma decisão que compete exclusivamente ao Relator, será sempre monocrática.

As decisões singulares, aliás, colocaram ponto final a 337 processos eleitorais, o que corresponde a mais de 50% de todo o contencioso eleitoral:

Natureza	Ocorrências	Proporção
Monocrática ⁵⁸	290	46,25%
Colegiada	337	53,75%

Ainda que represente parcela significativa, as decisões monocráticas em matéria eleitoral são bem menos frequentes do que no Supremo Tribunal Federal como um todo. Segundo dados do Projeto Supremo em Números, coordenado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, a proporção de decisões monocráticas entre 1993 e 2013 é 93%⁵⁹. No tocante ao controle concreto de constitucionalidade, tal índice deve-se à necessidade de repesar recursos repetidos e manifestamente improcedentes e, assim, otimizar o tempo de discussão no Plenário e nas Turmas.

No contencioso eleitoral, porém, o alto número de acórdãos justifica-se não pela disposição dos Ministros em discutir os recursos, mas sim pela disposição dos litigantes em agravar da decisão monocrática do Relator. De 337 acórdãos, apenas sete não foram unânimes⁶⁰. Com a exceção do prolatado no bojo do RE nº 728.181/RJ, eram discutidas questões processuais, a exemplo de ausência de impugnação a todos os fundamentos de decisão agravada e de recurso contra decisão que nega seguimento sob a sistemática da repercussão geral. Em todos, foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que provia o agravo interno para adentrar o mérito ou reconhecia a existência de repercussão geral.

⁵⁸ Aqui está incluído despacho homologando pedido de desistência.

⁵⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 69.

⁶⁰ Foram os ARE nº 956.448, nº 929.255, nº 825.791, nº 825.555, nº 800.647, nº 790.794 e nº 728.181.

A negativa de repercussão geral foi uma das razões mais frequentes nas decisões do Supremo Tribunal. Em um total de 910 referências ao longo de 627 decisões, foram 68 negativas de reconhecimento de relevância social, política, econômica ou jurídica da questão, com fulcro nos artigos 322, 323, 326 e 327 do Regimento Interno do Tribunal e nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973.

Porém, em que pese sua importância na sistemática dos recursos extraordinários, o requisito da repercussão geral não foi a principal razão pelo qual o Supremo Tribunal Federal negou seguimento, conhecimento ou provimento:

Fundamento	Número de referências	Proporção
Súmula STF nº 279	251	27,70%
Súmula STF nº 282	83	09,16%
Artigo 21 do RISTF	77	08,49%
Súmula STF nº 636	73	08,05%
Súmula STF nº 356	56	06,18%
Artigo 544 do CPC/73	48	05,29%
Súmula STF nº 284	48	04,85%
Matéria infraconstitucional	47	05,18%
Súmula STF nº 283	31	03,42%
Artigo 323 do RISTF	22	02,42%
Artigo 543-A do CPC/73	20	02,20%
Súmula STF nº 287	18	01,98%
Artigo 327 do RISTF	16	01,76%
Súmula TSE nº 11	15	01,65%
Artigo 543-B do CPC/73	13	01,43%
“Jurisprudência consolidada”	12	01,32%
Outros ⁶¹	80	08,83%

As súmulas desempenham importante papel na filtragem dos recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal. Entre todos os fundamentos empregados pelos Ministros, dez são enunciados sumulares do Tribunal – os de nº 279, 282, 636, 356, 284,

⁶¹ Englobam todos os fundamentos que receberam menos de dez referências: Artigo 102 da CF/88 (07), Súmula STF nº 280 (07), Súmula STF nº 281 (06), Artigo 321 do RISTF (06), Artigo 932 do CPC/15 (05), Artigo 322 do RISTF (05), Artigo 326 do RISTF (05), Artigo 557 do CPC/73 (04), Artigo 328 do RISTF (04), Artigo 12 da Lei nº 6.055 (04), Súmula STF nº 727 (02), Artigo 546 do CPC/73 (02), Artigo 998 do CPC/15 (02), Artigo 14 da CF/88 (02), Artigo 337 do RISTF (02), Artigo 313 do RISTF (01), Artigo 330 do RISTF (01), Artigo 542 do CPC/73 (01), Artigo 36 do RISTF (01), Artigo 38 da Lei nº 8.038 (01), Artigo 535 do CPC/73 (01), Artigo 5º da Resolução STF nº 179/99 (01), Artigo 798 do CPP (01), Artigo 109 do CP (01), Artigo 110 do CP (01) e Artigo 117 do CP (01).

283, 287, 280, 281 e 727 – e um é do Tribunal Superior Eleitoral – o de nº 11. Juntos, as Súmulas correspondem a 64% das referências. Caso contabilizado “matéria infraconstitucional” como Súmula STF nº 636⁶², o somatório aproxima-se da parcela de 70%.

Parecem as Súmulas, dessa forma, honrar com o seu papel de “ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante”⁶³. Na medida em que o recurso excepcional leva ao Tribunal apenas questões de direito, tornando definitiva a narrativa fática assentada pelo acórdão regional, as Súmulas propiciam um julgamento mais rápido e simples das controvérsias ao consubstanciar nos enunciados a jurisprudência dominante do Tribunal e permitir sua replicação aos casos que versam sobre a mesma questão constitucional.

Somente a Súmula nº 279 fundamentou mais de 25% das decisões. Conforme o padrão do próprio Tribunal, o juízo de mérito de um em quatro recursos extraordinários reclamaria o revolvimento do arcabouço fático-probatório, o que é inviável em sede de recursos excepcionais. As Súmulas STF nº 282 e nº 356, ambas relativas ao requisito do prequestionamento, respondem a mais de 10% das fundamentações. Um entre cada dez recursos extraordinário não foram admitidos porque a questão constitucional ou federal não foram objeto de pronunciamento pelas instâncias inferiores.

Além dos que carecem de prequestionamento, não são incomuns os recursos que não enfrentam um ou mais de um fundamento do acórdão atacado, incidindo o óbice da Súmula STF nº 283 ou que não permitem a exata compreensão da controvérsia discutida nos autos, sendo assim barrados pelas Súmulas STF nº 284 e 287. O elevado número de recursos com defeitos formais reflete-se na alta aplicação dos dispositivos legais, como os artigos 554 e 557 do Código de Processo Civil de 1973, e regimentais, como o artigo 21 do Regimento Interno do Supremo, que permitem ao Relator negar sumariamente o seguimento do recurso extraordinário.

Nos 627 recursos e agravos analisados, a interpretação feita pela Justiça Eleitoral dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 foi rejeitada em um único julgamento. Não se está a afirmar que recursos fundamentados na “constituição eleitoral” tenham maiores chances de êxito, até porque existem precedentes do Supremo Tribunal Federal em que a questão foi analisada sob o viés do artigo 5º, mas sim que a probabilidade de um recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral lograr sucesso no Supremo Tribunal Federal é ínfima.

Por razões tanto processuais quanto substantivas, cristalizadas especialmente em suas Súmulas, o Supremo Tribunal Federal chancela as decisões adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral no curso da disputa eleitoral – ressalvados 0,31% dos processos, onde ultrapassou os óbices de sua jurisprudência defensiva para adentrar e

⁶² Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

⁶³ LEAL, Vítor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, jul./set. 1981. p. 2.

reformular o mérito da decisão da Justiça Eleitoral. Em que pese o Supremo mantenha a prerrogativa de dar a “última palavra”⁶⁴ sobre normas constitucionais, quem é efetivamente responsável pela aplicação do direito eleitoral e pela resolução da disputa eleitoral é o Tribunal Superior Eleitoral em razão da predominância dos recursos a sustentar violações reflexas ao texto constitucional – sobretudo questão procedimental, a partir do artigo 5º da Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal possui um papel ativo na disputa eleitoral, mas não diretamente na apreciação das lides entre os candidatos. A participação do Supremo dá-se especialmente no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade ou arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas contra atos normativos eleitorais. Assim o fez, por exemplo, nas ADIs nº 1.351 e nº 1.354 ao derrubar a cláusula de barreira instituída pela Lei nº 9.096 e na ADI nº 4.578 ao declarar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

Questões igualmente relevantes foram decididas no controle concreto uma vez a repercussão geral é reconhecida pelo Tribunal. No RE nº 929.670-RG/RJ, a maioria dos seus Ministros entendeu aplicável o prazo de inelegibilidade de oito anos aos candidatos condenados por abuso de poder econômico ou político antes da entrada em vigência da Lei Complementar nº 135/10. Diversas outras matérias de direito eleitoral já tiveram sua repercussão geral reconhecida⁶⁵, algumas das quais aguardam julgamento pelo Plenário, como a licitude de prova obtida por meio de gravação ambiental.

Ainda assim, seja em recurso cuja relevância é ou não é reconhecida, a tendência do Supremo Tribunal Federal é a de rejeitar os recursos extraordinários para prestigiar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral. Por meio de sua jurisprudência defensiva, que são “interpretações extremamente restritivas, por meio de óbices jurisprudenciais, restrições ilegítimas aos recursos”⁶⁶ a fim de conter a sobrecarga de recursos a serem julgados, o primeiro retirou-se do contencioso para delegar ao segundo a decisão final das demandas eleitorais, como atesta a baixa taxa de sucesso recursal.

⁶⁴ Claro que a existência ou não de uma “última palavra” é objeto de forte debate na doutrina de direito constitucional. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, entre muitos outros teóricos, entendem que “não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto”. Cf. SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*. v. 6, n. 2, 2013. p. 136.

⁶⁵ Cf. GOMES, José Jairo. *Recursos eleitorais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 196-199.

⁶⁶ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CASTRO, Marcello Soares. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 15, n. 29, jan./jun. 2013. p. 13.

Corroborar-se e, mais do que isso, aprofunda-se o diagnóstico de que o Tribunal Superior Eleitoral é órgão do Supremo Tribunal Federal para lidar com direito eleitoral. Não bastassem os traços do modelo de governança que ensejaram tal cenário, também estão diretamente implicados a jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal em não apreciar ofensa indireta ao texto constitucional e a estratégia processual dos recorrentes em fundamentar suas irresignações em termos procedimentais.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **O Supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

BATISTA, Eugênio. STJ rejeita a maior parte dos REs que recebe. **Consultor Jurídico**, fev. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-11/stj-rejeita-maior-parte-recursos-extra-ordinarios-recebe>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 2, p. 183-193, 2012.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, ano 3, n. 7, p. 97-118, jul./dez. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CASTRO, Marcello Soares. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 15, n. 29, p. 11-28, jan./jun. 2013.

GOMES, José Jairo. **Recursos eleitorais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

MARCHETTI, Vitor. Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008.

MARCHETTI, Vitor. A Ficha Limpa no contexto da governança eleitoral brasileira. **Interesse Nacional**, n. 12, p. 33-42, 2011.

MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 161-180, out./dez. 2011.

MARCHETTI, Vitor. Competição eleitoral e controle das candidaturas: uma análise das decisões do TSE. **Cadernos ADENAUER**, São Paulo, v. 15, p. 93-115, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOZAFFAR, Shaheen; SCHEDLER, Andreas. The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction. **International Political Science Review**, n. 23, p. 5-27, 2002.

SADEK, Maria Tereza. **A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

SILVA, Henrique Neves da. Comentário ao artigo 121, §4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 1502-1504.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**. v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em 20 nov. 2017.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano Da. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

TEUBNER, Gunther. **Juridification of social spheres**: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. New York: Walter de Gruyter, 1987.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Brasília: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TSE, 2017.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos**, Fundação Casa de Rui Barbosa, a. 3, v. 3, p. 215-265, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?

The doctrine of the administrative act throughout the thirty years of the Brazilian Constitution of 1988: what has changed?

RICARDO MARCONDES MARTINS^{1, *}

¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

ricmarconde@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 02.10.2018 / October 2nd, 2018

Aprovado/Approved: 05.08.2019 / August 5th, 2019

Resumo

Apresentam-se neste estudo as principais modificações que a teoria do ato administrativo sofreu desde a promulgação da Constituição de 1988. Se, em 1988, já se encontrava na doutrina quem sustentasse a teoria dos três planos e, pois, a possibilidade de modificação do ato, era praticamente pacífico o apego ao legalismo. Os avanços decorrentes do neoconstitucionalismo importaram numa radical reformulação da teoria. Tornaram-se excepcionalmente possíveis atos administrativos *praeter legem* e *contra legem*. A ponderação passou a ser fundamental, tanto para a edição do ato, como para identificação dos vícios e para sua correção. Além de uma profunda reformulação das teorias da extinção e da modificação, os avanços científicos importaram no sepultamento dos atos da Administração e dos atos políticos.

Palavras-chave: ato administrativo; neoconstitucionalismo; discricionariedade; decisão administrativa; invalidação do ato administrativo.

Abstract

This study presents the major changes undergone by the administrative act since the enactment of the Constitution of 1988. If, back in 1988, some jurists already sustained the three-tier doctrine, and, accordingly, the possibility to change the act, the commitment with legalism was virtually settled. The advances introduced by the so-called neo-constitutionalism gave rise to a radical reformulation of the doctrine. Consequently, praeter legem and contra legem administrative acts became a possibility, albeit by way of exception. Weighing the act became a must, both before its issuance and so as to allow for identification of any defects in it and for cure thereof. Aside from profoundly reformulating the doctrine of cessation and of modification, scientific advances caused the death of both Administration acts and political acts.

Keywords: administrative act; neo-constitutionalism; discretion; administrative decision; invalidation of administrative act.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A teoria do ato administrativo em outubro de 1988; 3. Revisão neoconstitucional do ato administrativo; 4. Procedimento de decisão administrativa e pressupostos de regularidade; 5. Revisão do “ato discricionário”; 6. Correção do ato administrativo inválido; 7. O mito da administração concertada; 8. O sepultamento dos atos da Administração; 9. O sepultamento dos atos políticos ou de governo; 10. Conclusões; 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição brasileira vigente, que ocorrera em 05.10.1988, até a data da elaboração deste estudo passaram-se quase trinta anos. Pretende-se aqui examinar, em linhas gerais, as principais alterações que a teoria do ato administrativo sofrera durante esse período. Há, basicamente, dois tipos de conceitos jurídicos: os jurídico-positivos, que dependem do direito positivado, e os lógico-jurídicos, que independem da posituação e, por isso, podem ser universalizados¹. A teoria do ato administrativo envolve conceitos lógico-jurídicos, como o conceito de norma jurídica, existência, validade e eficácia, e jurídico-positivos, como a inafastável submissão ao controle jurisdicional. Sem embargo, a teoria do direito, ao contrário da filosofia do direito, é instrumental do direito positivo, presta-se a compreendê-lo². Por força disso, não se toma como base para este estudo uma pretensa teoria universal do ato administrativo, nem uma teoria do ato administrativo formulada à luz de ordenamentos estrangeiros, como a francesa, italiana, espanhola, portuguesa ou alemã. A teoria do ato administrativo, objeto deste estudo, é a teoria *brasileira*, tal qual foi elaborada, nas últimas décadas, pela doutrina brasileira, tendo em vista o direito positivo brasileiro. Dito isso, retoma-se: o que mudou, nos últimos trinta anos?

As mudanças foram bastante significativas. Na verdade, houve uma profunda modificação da compreensão do próprio fenômeno jurídico e, mais especificamente, do constitucionalismo. Atualmente, muitos falam em *neoconstitucionalismo*, tendo em vista a profunda revisão que o constitucionalismo sofrera. A teoria do ato administrativo mudou por força da mudança do constitucionalismo e da compreensão da aplicação do Direito.

Este estudo tem uma preocupação, de início, prioritariamente *descritiva*. Apresentar, de modo mais didático e direto possível, as principais mudanças que a teoria sofreu. Possui, porém, uma importância especial. A doutrina brasileira, quando da promulgação da Constituição, dava especial atenção à teoria do ato. De lá para cá, boa parte dos administrativistas preocupou-se com questões mais “práticas”³, gerando um

¹ Cf. MANUEL TERÁN, Juan. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007, p. 81-83.

² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 15.

³ Essa visão “prática” é didaticamente exposta por RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*. São Paulo: Malheiros, 2016.

progressivo desprezo à teoria do ato. Por força disso, apesar de a teoria ter sofrido profundas mudanças, a doutrina brasileira, ressalvados estudos pontuais, não atentou para elas com a devida atenção. Pelo contrário: a tendência foi o desprezo. Logo, a teoria do ato administrativo mudou radicalmente, mas essa mudança não foi acompanhada pela comunidade jurídica brasileira. Regra geral, os juristas da própria Administração Pública, os juristas dos órgãos de controle, docentes e discentes ainda, em maior ou menor grau, estão apegados às bases da teoria tradicional do ato administrativo. Por isso, é bem possível que a descrição apresentada neste estudo seja tomada, por muitos leitores, como a formulação de teses inovadoras. Espera-se, pois, apresentar um panorama, objetivo e didático, das modificações, tornando a teoria *neoconstitucional* do ato administrativo conhecida por todos.

2. A TEORIA DO ATO ADMINISTRATIVO EM OUTUBRO DE 1988

Os primeiros cursos de especialização em Direito, no Brasil, foram os cursos de direito tributário, administrativo, processo civil e constitucional, ministrados na PUC-SP⁴. Poucos anos depois, iniciaram-se na PUC-SP os programas de mestrado e doutorado em Direito, na gestão do Reitor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969 a 1973), fortalecendo-se na gestão subsequente, de Geraldo Ataliba (1973 a 1976). A Pós-graduação em Direito administrativo ficara ao encargo do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Durante décadas, o aclamado professor ministrou seu Curso de pós-graduação, dividindo-o em dois semestres, abordando, no primeiro trimestre, o tema da função administrativa e, nos três trimestres subsequentes, o tema do ato administrativo. Celso Antônio seguia a lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo a qual o domínio do Direito Administrativo depende do domínio da teoria do ato⁵. Várias dissertações e teses foram apresentadas na PUC-SP sobre o tema do ato administrativo, o que levou a um sensível aprofundamento científico. Por outro lado, é de conhecimento de todos a influência de Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello nos debates da Constituinte de 1988⁶. Pode-se dizer que a Constituição de 1988, em grande medida, consagrou a visão da “Turma das Perdizes”⁷.

⁴ É o que revela CARRAZZA, Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**: o homem, o reitor, o mestre de vida. São Paulo: EDUC, 2018, p. 52 e 75.

⁵ A lição é sintetizada por Geraldo Ataliba nestes termos: “O ato administrativo, como categoria jurídica, é fulcro desse importante ramo do direito. Solucionar as questões emergentes de seu estatuto é deter a ‘chave de abóbada’ de todo o setor”. (ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: AMARAL, Antonio Carlos. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. VIII).

⁶ Portodos: CARRAZZA, Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**, op. cit., p. 33.

⁷ A denominação foi dada por SUNDFELD, Carlos Ari. A ordem dos publicistas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Direito público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

O conceito de ato administrativo difundido por Celso Antônio decorre de uma orientação própria da Escola das Perdizes: enfrentar o vício de pressuposto metodológico que marca o Direito Administrativo⁸. Este ramo dogmático se originou após a Revolução Francesa ou, mais precisamente, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, criado no governo de Napoleão Bonaparte⁹. Sua origem é bem mais recente que o Direito privado, cujas bases advém do Direito romano. A antecedência do Direito privado em relação ao Direito administrativo gera um equívoco bastante comum: supor que a teoria desenvolvida pelos privativos seja própria da teoria geral do direito. A PUC-SP buscou o enfrentamento desse vício¹⁰. Em relação à teoria do ato administrativo, Celso Antônio percebeu a imprestabilidade da teoria privada dos atos jurídicos, assentada na *vontade*¹¹. No Direito público, a vontade do agente ou é irrelevante ou é secundária¹². Daí a proposta: ao invés da classificação privada de fatos e atos jurídicos, Bandeira de Mello propôs outra: fato administrativo é todo acontecimento do mundo real a que o Direito administrativo atribui efeitos, e ato administrativo é uma prescrição de conduta¹³. Noutras palavras, o fato administrativo é um evento, um acontecimento, o ato administrativo é uma norma jurídica¹⁴.

Foi nítida a influência de Kelsen na Escola das Perdizes. Na Teoria Pura do aclamado jurista austríaco, o Direito é restringido às normas jurídicas¹⁵. Dessarte: Kelsen difunde uma visão normativista do Direito pela qual este é compreendido como um

⁸ Sobre o referido vício vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 372-373.

⁹ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-42. Na verdade, o Conselho de Estado foi criado em 15.12.1799, dez anos após o início, em 1789, da Revolução Francesa; o Conselho de Estado é instituído no governo de Napoleão Bonaparte, que assume o poder em 09.11.1799; surge, pois, após a Revolução Francesa (Idem, *ibidem*).

¹⁰ Pioneiramente, no início da década de 1990, criou-se na Graduação a disciplina “Fundamentos de Direito Público”, justamente para enfrentar o referido vício. Cf. ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 11-13.

¹¹ No Direito privado, a classificação dos fatos e atos jurídicos assenta-se na *vontade*: se a ocorrência independe da vontade, trata-se de *fato jurídico*; se depende da vontade, *ato jurídico*; se os efeitos do ato não dependem da vontade, *ato jurídico* em sentido estrito; se dependem da vontade, *negócio jurídico*. Por todos: AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 333-335; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 237-240.

¹² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-57.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-4, p. 386. Observa-se que essa classificação de ato e fato jurídico não constava da 1ª. edição dos Elementos de Direito Administrativo, cuja 7ª. tiragem foi publicada em 1988. Pode-se, portanto, afirmar que foi enunciada após a promulgação da Constituição.

¹⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 60.

¹⁵ Nas palavras dele: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 109.

conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado território. Se Direito é um conjunto de normas, e ato administrativo é o nome genérico dado às normas editadas pela Administração Pública, fica evidente a razão pela qual o ato administrativo é visto como o tema central de todo Direito administrativo. Com o aprimoramento técnico gerado pela teoria dos veículos introdutores de normas¹⁶, o ato administrativo passou a ser considerado o nome genérico dado a todo veículo introdutor de norma administrativa, mas, por metonímia, a expressão é utilizada para se referir tanto ao veículo introdutor como à norma introduzida¹⁷.

A teoria do ato administrativo, divulgada por Celso Antônio, possui esta primeira particularidade: apresenta-se como uma teoria autônoma em relação à teoria privada dos atos jurídicos, pois nela a vontade do agente público, editor do ato, é irrelevante, quando se trata do exercício de competência vinculada, ou secundária, quando se trata do exercício de competência discricionária¹⁸. Com efeito: a vontade, na teoria de Celso Antônio, sequer faz parte da anatomia do ato¹⁹, não é elemento, requisito intrínseco, nem pressuposto, requisito extrínseco. Na competência vinculada, os vícios de vontade do agente não acarretam a invalidade do ato administrativo²⁰; na competência discricionária, são relevantes porque apontam um vício de finalidade.

Quando o Direito admite duas ou mais alternativas, como igualmente válidas, imputa a escolha ao agente competente e elege a escolha como a alternativa correta. Ou seja: a vontade do Direito, no exercício da competência discricionária, é a vontade do agente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. O que importa no ato é sempre a vontade do Direito, não a vontade do agente. Se, na discricionariedade, o agente escolhe com móvel espúrio, é de se presumir — e a presunção é *juris et de jure*

¹⁶ A teoria foi desenvolvida por MOUSSALLEM, Târek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Mas Limonad, 2001, p. 133 et seq. O veículo introdutor é uma norma geral e concreta extraída das enunciações-enunciadas dos textos normativos (Idem, p. 138-139).

¹⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 58-63 e 105-108.

¹⁸ Para André Gonçalves Pereira a “vontade normativa” existe necessariamente no ato administrativo, mas não é um elemento deste e, sim, efeito legal da reunião de todos os elementos, uma consequência imputada pela lei (PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962, p. 106). A vontade psicológica, só relevante na competência discricionária, não seria um elemento essencial, pois não existe nos atos de competência vinculada (Idem, p. 107-108).

¹⁹ Segundo Ugo Forti estuda-se a *anatomia e fisiologia* do ato para identificar seus vícios, ou seja, sua *patologia*, e para corrigi-los, vale dizer, para a *terapia* do ato (FORTI, Ugo. **Lezioni di diritto amministrativo**. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 139-140).

²⁰ Nas palavras de Ernst ForsthoFF: “De ningún modo cabe considerar el acto administrativo como expresión de la voluntad psíquica del funcionario del que emana ante el hecho de las decisiones colegiales, una nueva consideración viene a refutarla: es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental. Aquí se manifiesta en forma nueva la distinción fundamental entre la declaración de voluntad del Derecho civil y el acto administrativo; éste no ha de juzgarse por la situación psicológica del funcionario del que emanan, sino exclusivamente con arreglo al sentido objetivo del obrar administrativo”. (FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 291.

— que não escolheu a alternativa que escolheria se estivesse com móvel imaculado. Logo, o móvel espúrio gera presunção absoluta de vício de finalidade²¹.

Houve, também, nítida influência do *legalismo*²². A teoria do ato administrativo, então em voga, possuía como segunda particularidade a infralegalidade. O ato administrativo, afirma Celso Antônio até hoje, é uma declaração “manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento”²³. Segundo essa posição, seriam inadmissíveis atos administrativos *contra legem* ou *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*²⁴. Assim, na falta de lei que lhe dê fundamento, não seria possível a edição de um ato administrativo; mais ainda, seria impossível a edição de ato administrativo contra expressa disposição legal²⁵. Em assonância com esse entendimento, adotava-se, também, uma visão legalista da discricionariedade, segundo a qual a fonte da competência discricionária seria a lei²⁶. Noutras palavras: a Administração teria competência discricionária apenas nas hipóteses em que o Legislador a concedesse expressamente na lei. A doutrina já admitia a redução da discricionariedade a zero, de modo que haveria discricionariedade no plano abstrato, mas inexistia discricionariedade no plano concreto. Não aceitava, porém, a discricionariedade sem remissão legislativa expressa ou implícita.

A terceira particularidade da teoria do ato administrativo difundida por Celso Antônio é uma sofisticação em relação às teorias até então difundidas no Brasil. Celso Antônio acolheu a teoria dos três planos do mundo jurídico — da existência, da validade e da eficácia²⁷. Entre nós, Pontes de Miranda havia desenvolvido a teoria para os fatos jurídicos²⁸. Ele próprio previu a possibilidade de estendê-la às normas jurídicas,

²¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 74-75.

²² O Legalismo é associado à *Escola exegetica*. Para Norberto Bobbio, cinco são as características da Escola: a) inversão das relações entre o direito positivo e o direito natural, dando proeminência ao primeiro em relação ao segundo; b) concepção rigidamente estatal do direito; c) interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d) culto ao texto da lei, estando o intérprete religiosamente subordinado às disposições legais; d) respeito ao princípio da autoridade, em que a justiça dá-se com o respeito à decisão legislativa (**O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 84-89).

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-16, p. 397.

²⁴ Idem, Cap. II-7, p. 104; STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Sirey, 1954, p. 69.

²⁵ Coerente com essa posição, no XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, Celso Antônio Bandeira de Mello, na conferência de abertura realizada em 18.11.1988, defendeu a impossibilidade de o Executivo negar aplicação à lei inconstitucional (O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, p. 12-18, 1997).

²⁶ A posição corrente antes de 1988, prevalece até hoje entre os administrativistas de escol. Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIX, p. 992 et seq.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 23, p. 12-23, 1998, p. 15.

²⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §9.1, p. 84; Tomo IV, §356-1, p 61-62.

mas não desenvolveu a extensão²⁹. Assim como os fatos, as normas podem ou não existir no mundo jurídico; se existirem, podem ser válidas ou inválidas, eficazes ou ineficazes³⁰. Era corrente na doutrina brasileira falar-se em requisitos do ato administrativo, sem preocupação com a diferença de planos³¹. Celso Antônio diferenciou, mesmo antes de 1988, os elementos, aspectos intrínsecos do ato, necessários para que o ato exista; dos pressupostos, aspectos extrínsecos, necessários para que o ato seja válido³².

O entendimento que prevaleceu durante décadas no Direito administrativo era o entendimento corrente no Direito privado: atos nulos não geram efeitos (*quod nullum est nullum producit effectum*). Seguindo a premissa, originada no Direito romano, o ato nulo era considerado um ato inexistente³³. Por isso, a invalidação era considerada *declaratória* e não *desconstitutiva*: declarava que o ato não ingressou no mundo jurídico e, pois, não gerou efeitos. Tinha, por definição, eficácia *ex tunc* e *ab initio*: afastava todos os supostos efeitos do ato desde a sua edição, pois, simplesmente, negava seu ingresso no mundo jurídico. Por isso, para a doutrina prevalente, diante de uma invalidade, dever-se-ia seguir a invalidação do ato³⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi um dos maiores opositores, na teoria do ato administrativo, a esse entendimento. Ao acolher a diferença de planos, diferenciou o ato inexistente do ato inválido. Este, por definição, existe no mundo jurídico e, se for eficaz,

²⁹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §9.1, p. 84; Tomo IV, §359-1, p. 77.

³⁰ A teoria dos três planos é aplicada às normas jurídicas por: BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975, p. 37; NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41 et seq. O último observa que, ao fazer a extensão, faz-se necessário “adaptar” a teoria pontea, pois as normas, ao contrário dos fatos, não têm “existência real, mas sim autoconsistência significativa” (Idem, p. 42). Por isso, prefere o termo “pertinência” à existência (Idem, ibidem).

³¹ Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed., 2. tir. (última edição que o autor publicou em vida) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 127. Para Hely o ato administrativo possui cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (Idem, ibidem).

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33 et seq.; **Elementos de direito administrativo**, op. cit., p. 39-41 e 42-49. Posteriormente, o aclamado administrativista aprofundou ainda mais sua teoria e identificou pressupostos de existência, aspectos extrínsecos condicionantes da existência e não da validade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-29-30, p. 407-408.

³³ Por todos, sobre a nulidade no Direito romano, afirma Ricardo D. Rabinovich-Berkman: “Nulo’ es un adjetivo que en latín significa literalmente ‘ninguno’, da la idea de que el ente al que se refiere no existe, que no lo hay. Por ejemplo: ‘las noticias son nulas’, quería decir ‘no hay noticias’, ‘no existen noticias’. De modo que, referido al negocio, daba a entender que no había tal negocio. Ésa es, a nuestro entender, la verdadera clave de la nulidad: en realidad, no ‘hay un acto nulo’, sino que ‘no hay ningún acto’”. E pouco adiante adverte: “Pero debe tenerse cuidado, porque en el siglo XX se desarrolló la categoría del acto ‘inexistente’ como una forma de negocio inválido diferente del nulo. Por discutible que pueda ser esa clasificación – debate que no tiene lugar en este libro –, lo cierto es que se trata de un criterio ajeno al derecho de Roma, donde todo hace pensar que la nulidad implicaba una forma de inexistencia, la inexistencia del acto jurídico como tal (aunque pudiera subsistir como otra cosa, concretamente como hecho voluntario, ilícito o irrelevante para el ordenamiento)”. (**Derecho romano**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 459).

³⁴ Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 181-184.

gera efeitos jurídicos. Por isso, é possível juridicamente corrigir o vício do ato inválido, mantendo-o no sistema. Daí a *teoria da convalidação* do ato administrativo, aceita e divulgada, antes de 1988, pelo aclamado administrativista³⁵. Celso Antônio³⁶ e, antes dele, seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁷, também admitem a *conversão* do ato, mas pouco disseram sobre ela. O último também se refere à *redução*³⁸, chamada de *reforma*, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁹ e Edmir Netto de Araújo⁴⁰. Aliás, em obra clássica, Miguel Seabra Fagundes defendeu, bem à frente de seu tempo, a possibilidade de manutenção no mundo jurídico do ato inválido com total ou parcial aproveitamento de seus efeitos⁴¹. Tratar-se-á adiante das hipóteses de sanamento do ato, bastando, por ora, evidenciar que parcela da doutrina já admitia, de longa data, a correção dos atos inválidos.

Sem embargo, em relação à invalidação, até a 16ª. edição de seu Curso, publicada em 2003, o ínclito professor paulista defendia a consagrada posição de que a invalidação sempre geraria efeitos *ex tunc* e *ab initio*. Na 17ª. edição, publicada em 2004, alterou sua posição e passou a defender que a invalidação terá efeitos *ex nunc* se os atos forem *ampliativos* e o administrado não tenha concorrido para o vício⁴². Pode-se dizer, então, que quando da promulgação da Constituição de 1988, era pacífica na doutrina brasileira a tese de que a invalidação era sempre *ex tunc* e *ab initio*. Aliás, não se admitia, naquela época, a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. Seguiu-se a teoria clássica: a declaração de inconstitucionalidade é propriamente uma declaração, pois declara que a lei não entrou no mundo jurídico e, por isso, não gerou efeitos⁴³. Na Assembleia nacional constituinte, o então senador Maurício Correa

³⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos do ato administrativo**, op. cit., p. 94-96. Sobre a convalidação, na doutrina brasileira, destacam-se: REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, §28, p. 82; 2ª., 1980, §28, p. 68; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969; §55.4, p. 588; 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, §55.4, p. 664; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Extinção dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, §21, p. 70-72; SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 50 et seq.; ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**, op. cit., p. 95-96; **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-164, p. 491.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, §55.3, p. 633.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 208.

⁴⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999, p. 147.

⁴¹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, §28, p. 52-54, em especial rodapé 74. A primeira edição da obra data de 1941.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, Cap. VII-148 e 172, p. 426 e 439; 33. ed., Cap. VII-149 e 173, p. 482 e 495-496.

⁴³ Nesse sentido, por todos: BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004, p. 43; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 139.

apresentou proposta de inserção no texto de dispositivo similar ao artigo 282, n. 4, da Constituição portuguesa, mas a proposta foi rejeitada⁴⁴. Pode-se, então, afirmar que na teoria brasileira do ato administrativo, em outubro de 1988, já havia quem sustentasse a possibilidade de correção dos vícios do ato inválido, pela convalidação, conversão, redução ou reforma, mas era praticamente unânime que a invalidação, quando efetuada, tinha efeitos *ex tunc* e *ab initio*. A teoria, nos termos antecipados, foi sensivelmente alterada. Após um breve resumo da teoria do ato em 1988, passa-se a examinar as alterações que sofrera nas últimas décadas.

3. REVISÃO NEOCONSTITUCIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O termo “neoconstitucionalismo” é envolto numa série de controvérsias⁴⁵, o que gera para quem o utiliza o ônus de explicitar o sentido em que o faz. A pertinência do prefixo (neo) é didaticamente elucidada tomando-se por base a teoria pura de Hans Kelsen. A premissa fundamental da teoria pura é a subjetividade de toda valoração, vale dizer, toda valoração é um fato do pluralismo, depende, sempre, da opinião de cada um⁴⁶. Caso se perguntasse a Kelsen a razão de uma imputação normativa, a resposta certamente seria: porque o agente competente assim quis. A teoria pura, do ponto de vista jurídico, admite, sem problemas, a arbitrariedade da imputação normativa. Com o fim do Nazismo, essa concepção teórica entrou em grave crise, motivada pela defesa dos nazistas. Um bom exemplo é apresentado na obra de Hannah Arendt sobre o julgamento de Eichmann⁴⁷. Este se defendeu de modo similar a todos os nazistas levados a julgamento: afirmou que havia cumprido a lei. Estava certo, pois, conforme informa com bastante proficiência François Rigaux⁴⁸, as leis raciais do Estado nazista foram aprovadas pelo Parlamento, consideradas válidas por boa parte da doutrina da época e, pior do que isso, consideradas válidas pela jurisprudência, até mesmo pelo Tribunal Constitucional Alemão. A concepção então em voga de que, valendo-se do difundido conceito de Seabra Fagundes, administrar é “aplicar a lei de ofício”⁴⁹ entrou em crise. A comunidade jurídica não tolerou mais imputações arbitrárias e não se contentou com o cego cumprimento da lei.

⁴⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 19-27, 1995, p. 24, rodapé 40.

⁴⁵ Sobre elas, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público (RIDP)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul.-dez. 2017.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 103-105.

⁴⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 152 et seq.

⁴⁸ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107-130.

⁴⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., §2º, p. 3.

Muitos teóricos passaram, então, a associar o Direito a exigências morais. Gustav Radbruch reviu sua teoria e passou a afirmar que a intolerável injustiça não é Direito⁵⁰. Inspirado em Radbruch, Robert Alexy sustenta a indissociável vinculação do Direito a uma *pretensão de correção*⁵¹. O Tribunal Constitucional Alemão contribuiu para consagração da tese ao afirmar, no caso *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198), que a Constituição compreende uma “ordem objetiva de valores”⁵². Alexy, então, a partir da proposta da Ronald Dworkin⁵³, denominou os valores positivados de princípios jurídicos⁵⁴. A expressão, que já era apontada como ambígua⁵⁵, passou a ser correntemente utilizada no Direito em dois significados distintos: como elemento estruturante de um regime jurídico, referindo-se a seus alicerces, a seus estandartes, e como valor positivado, mandados de otimização⁵⁶. Em assonância com essas propostas, a partir das contribuições de Konrad Hesse⁵⁷, Karl Larenz⁵⁸ e Canotilho⁵⁹, toda norma passou a ser considerada parte integrante do processo de concretização dos valores constitucionais. Logo, toda regra jurídica, seja abstrata ou concreta, individual ou geral, concretiza um ou mais *princípios* (valores positivados). Os conceitos alteraram, também, a compreensão sobre a aplicação do Direito: antes, restringida à *subsunção*, agora, abrangente da *ponderação*. Nos termos já explicados, ato administrativo é uma norma jurídica; como toda norma, concretiza um princípio, ou seja, um valor positivado expressa ou implicitamente na Constituição.

Ates do neoconstitucionalismo o Direito era compreendido como um conjunto de normas — regras — aplicáveis por subsunção. Os princípios, enquanto elementos estruturantes, tinham apenas a missão de indicar o sentido e o alcance das normas — regras —, caso elas fossem compatíveis com eles, ou de sua invalidade, caso fossem

⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999, p. 34-37.

⁵¹ ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005, p. 35.

⁵² SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 387-388.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Capítulo 2, p. 23-72.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. 3, p. 90-91 e 147.

⁵⁵ Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 210-212.

⁵⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-29.

⁵⁷ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108 *et seq.*

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 443-444.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1139.

incompatíveis. A aplicação do Direito dava-se nestes termos: com a ocorrência de um fato, no mundo fenomênico, correspondente à descrição da hipótese normativa, era possível a subsunção, vale dizer, a constatação dessa identidade entre o fato ocorrido e a hipótese estabelecida na norma; e, feita a subsunção, seguia-se a aplicação da norma, ou seja, a imputação, ao fato, das prescrições estabelecidas no consequente normativo. Com o neoconstitucionalismo, o Direito passou a ser compreendido como um conjunto de princípios (valores positivados) e regras, aplicáveis por ponderação e subsunção. Os princípios, no sentido de elementos estruturantes, continuaram a integrar o Direito, e a exercer a mesma função, condicionar a interpretação das normas — regras e princípios (valores positivados) — e sua validade⁶⁰; mas, por força do novo sentido a eles atribuído, a aplicação do Direito passou a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição.

Para entender a mudança, explica-se, resumidamente o exercício da função legislativa e administrativa a partir de um exemplo. Cabe ao Legislador estabelecer, no plano abstrato, medidas de concretização dos valores constitucionais (princípios). Para tanto, deve primeiro, identificá-los, depois, escolher qual pretenderá concretizar, e, depois, realizar uma *ponderação*, no plano abstrato, entre o princípio escolhido e os princípios colidentes. Suponha-se que escolha concretizar o princípio de proteção ao meio ambiente — P1 — e decida estabelecer como meio de concretização — M1 — a imposição a todos os proprietários de veículos automotores, após determinado prazo, que instalem um filtro em seus veículos sob pena de apreensão do veículo. A medida contraria outros princípios constitucionais, como a proteção da propriedade, a liberdade de locomoção etc., simplifcadamente identificados por P2. Realizada a ponderação no plano abstrato (entre P1 e P2), suponha-se que o Legislador conclua ser proporcional a fixação da medida (M1) e aprove a referida lei. A decisão passa a constar de uma regra, fruto de uma decisão do Legislador. No sistema, há princípios que dão suporte às decisões discricionárias dos agentes competentes, no caso, o princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador (Pf)⁶¹. Com a edição da referida lei, o peso de P1 é acrescido do peso desse princípio formal (P1 + Pf).

Cabe à Administração Pública realizar a *ponderação* no plano concreto. Com o neoconstitucionalismo, é descabido falar em: a) arbitrariedade da imputação, que só é válida se resultar numa proporcional concretização de um valor constitucional; b) cego cumprimento da lei, que só deve ser aplicada à medida que cumpra o programa

⁶⁰ O princípio-elemento estruturante e o princípio-valor positivado coexistem atualmente no Direito. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 21 et seq.; MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. **Revista Colonistas de Direito do Estado**, n. 216, 20.07.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/77xgJn>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁶¹ Sobre a teoria dos princípios formais vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo**. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

constitucional. Pois bem, na ponderação concreta, a Administração não ponderará entre “P1” e “P2”, mas entre “P1 + Pfl” e “P2”. Por força do peso de “Pfl”, sendo válida a lei no plano abstrato — vale dizer, não contrariando o postulado da proporcionalidade —, como regra geral a Administração executará a medida legislativa. Excepcionalmente, porém, o peso de princípios opostos será superior ao peso de “P1 + Pfl”. No exemplo dado, é fácil perceber: suponha-se que o veículo sem filtro seja uma ambulância, veículo automotor que, como todo veículo, prejudica o meio ambiente, ou seja, contraria “P1”. O peso do dever de proteger a vida das pessoas (P2) é, nesse caso, superior ao peso do dever de proteger o meio ambiente (P1), mesmo considerando o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador ($P2 > P1 + Pfl$). A Administração deverá, então, em cumprimento direto da Constituição, na ponderação concreta, deixar de apreender a ambulância, apesar da regra legislativa. O ato administrativo, como toda norma jurídica, para ser válido, deve corresponder à correta ponderação dos princípios constitucionais.

4. PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA E PRESSUPOSTOS DE REGULARIDADE

Compreender toda norma, abstrata ou concreta, legislativa ou administrativa, como fruto do processo de concretização dos valores constitucionais levou a uma profunda revisão da teoria da decisão pública. Para editar uma norma faz-se necessário, regra geral, ouvir os destinatários⁶². Antes do *neoconstitucionalismo*, o processo administrativo consagrou-se como importante *garantia individual*: todo aquele que litigar com a Administração tem, nos termos do inciso LV do artigo 5º. da Constituição, direito ao contraditório e à ampla defesa. Assegura-se, pois, o direito de o administrado participar do processo decisório, mediante uma série de prerrogativas que visam ao acolhimento de sua pretensão. Essa influência só é viabilizada por meio do *processo administrativo*, ou melhor, mediante os vários direitos inerentes ao contraditório e à ampla defesa, dentre eles o direito de ser notificado, de ser ouvido, de realizar prova, de se manifestar. Trata-se do processo administrativo *de defesa*, em que há um litígio entre administrado e Administração⁶³. Com o *neoconstitucionalismo*, passa-se a exigir o processo administrativo mesmo quando não haja litígio ou acusação; nasce, então, o processo administrativo *de participação*, em que, mediante audiências e consultas públicas, assegura-se o direito de participar do processo decisório da Administração, influenciando-a a decidir de acordo com a pretensão do administrado. Trata-se de um direito político, decorrente do princípio democrático⁶⁴. Em suma: passa a ser a regra,

⁶² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 302-306.

⁶³ Idem, p. 309-312.

⁶⁴ Idem, p. 312-320.

não restrita aos casos de litígio, que toda decisão administrativa pressupõe a prévia instauração de um processo administrativo.

Multiplicam-se, então, os *vícios formais* do ato administrativo, que não dizem respeito ao conteúdo do ato, estes chamados de *vícios materiais*⁶⁵. Os vícios formais compreendem os *vícios de pressuposto subjetivo*⁶⁶, referentes à irregularidade na competência administrativa, e parte dos *vícios de pressuposto objetivo*, mais precisamente dos vícios de *requisitos procedimentais*, decorrentes da não instauração do processo administrativo de defesa ou de participação, ou, quando instaurados, da deficiência desses processos. Chamam-se *requisitos procedimentais* do ato administrativo os atos que devem ser previamente editados para que o ato administrativo seja considerado regular⁶⁷. O processo administrativo passa a ser necessário para a correção do conteúdo do ato, pois a partir dele são definidas as circunstâncias fáticas relevantes, a finalidade pública a ser perseguida e o meio de atuação administrativa. O *pressuposto objetivo* também diz respeito ao *motivo* do ato, vale dizer, às circunstâncias fáticas ("C") que exigem ou facultam a sua edição⁶⁸. O *pressuposto teleológico* de regularidade do ato administrativo refere-se à sua finalidade e esta consiste na concretização do princípio (ou princípios) mais pesado(s) no caso concreto ("P")⁶⁹. O *pressuposto material* consiste na *contentorização* do ato, no meio de concretização do referido princípio ("M")⁷⁰. O *pressuposto lógico* diz respeito à *causa*, ou seja, a adequação da medida de concretização, tendo em vista às respectivas circunstâncias fáticas, ao princípio que se pretende concretizar⁷¹. Tanto a definição de "P" como a definição de "M" exigem a participação dos destinatários da decisão, que podem revelar novos aspectos fáticos ("C"), apresentar novos argumentos, convencer, enfim, a autoridade pública sobre o interesse público a ser perseguido e o meio de sua realização. É no processo

⁶⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 152-153.

⁶⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os pressupostos de validade em cinco: *subjetivo*, que diz respeito ao sujeito que edita o ato; *objetivo*, que diz respeito aos requisitos procedimentais e ao motivo; *teleológico*, que diz respeito à finalidade; *lógico*, que diz respeito à causa; *formalista*, que diz respeito à formalização (**Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII, § 31 a 56, p. 408-425). Na verdade, trata-se de pressuposto de regularidade do ato, pois eles podem não estar presentes e o ato ser válido, caso dos atos irregulares. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 148. Acrescenta-se, além disso, mais um pressuposto à classificação proposta por Bandeira de Mello: o pressuposto material, que diz respeito à contentorização do ato administrativo (Idem, p. 206-215).

⁶⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 416-417; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 148-156.

⁶⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 409-410; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 216-228.

⁶⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 191 a 206.

⁷⁰ Idem, p. 206 a 215.

⁷¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 228-235. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a causa do ato como o vínculo de pertinência lógica entre o conteúdo e o motivo tendo em vista a finalidade (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 420-423).

administrativo que se definem quais são os interesses relevantes para a ponderação administrativa⁷². Daí dois vícios mencionados por David Duarte: o *desvio negativo da ponderação*, quando não forem introduzidos na ponderação interesses que deveriam ser considerados, e o *desvio positivo da ponderação*, quando o decisor incorpora interesses impertinentes⁷³.

Realizado o processo administrativo, assegurando-se ao administrado a possibilidade de influenciar quem vai tomar a decisão administrativa, esta, para ser adotada, exige um *procedimento*: identificar as circunstâncias fáticas, os princípios (valores) incidentes, e ponderar esses valores. Antes do neoconstitucionalismo, a regra era que o motivo do ato deveria corresponder à hipótese de uma regra legislativa (atuação administrativa *secundum legem*)⁷⁴. Hoje, nos termos explicados, excepcionalmente admitem-se atos administrativos fundamentados diretamente na Constituição e, pois, a atuação administrativa sem lei que a fundamente (*praeter legem*) e, até mesmo, contra expressa disposição legal (*contra legem*). Os vícios de finalidade e de contentorização podem decorrer da *falta de ponderação*, quando ela sequer é realizada, do *deficit de ponderação*, quando ela é realizada, mas não são levados em consideração todos os princípios incidentes, e de *desproporção da ponderação*, quando são levados em consideração todos os princípios incidentes, mas não são atribuídos a eles os pesos corretos⁷⁵. Por fim, tomada a decisão, o ato deve ser corretamente exteriorizado, *pressuposto formalístico* do ato administrativo⁷⁶, com a devida comunicação ao administrado, possibilitando-lhe impugnar eventual contrariedade ao Direito.

5. REVISÃO DO “ATO DISCRICIONÁRIO”

A doutrina, mesmo antes do neoconstitucionalismo, já havia consagrado o entendimento de que inexistem “atos discricionários”, o que é discricionária ou vinculada é a competência⁷⁷. Houve, contudo, uma alteração relevante: no passado, considerava-se

⁷² Nesse sentido, afirma David Duarte: “O processo de seleção dos interesses relevantes passa, ele próprio, por dois momentos intelectuais distintos. É necessário, em primeiro lugar, fazer a reunião do material de ponderação absorvido ao longo do procedimento, momento decisório que já é, em si, resultado das ponderações parciais que o procedimento potencia. Em segundo lugar, a ponderação que subjaz à decisão passa pela determinação da relevância dos interesses para a ponderação e, assim, pela aferição de quais devem ser ponderados pelo decisor”. (**Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 395.

⁷³ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**, op. cit., p. 461-462.

⁷⁴ Cf. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**, op. cit., p. 69.

⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. de 2000, p. 35; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 197-198.

⁷⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 423-425; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 253-257.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, op. cit., p. 18.

que a fonte da discricionariedade legislativa era a lei; atualmente, considera-se que a fonte é o Direito globalmente considerado.

Quem criava a situação discricionária, segundo o entendimento anterior, era o Legislador, por meio de normas legislativas incompletas ou parcialmente incompletas. O Legislador remetia à Administração, em texto expresso, a competência para, à luz do caso concreto, completar a disciplina normativa. Se a lei não fosse incompleta, inexistiria discricionariedade. Tudo mudou com o neoconstitucionalismo: nos termos já explicados, cabe à Administração realizar uma ponderação no plano concreto e, ao fazê-lo, é possível afastar o resultado da ponderação realizada no plano abstrato; o que definirá se há vinculação — uma solução possível — ou discricionariedade — duas ou mais soluções possíveis — é o *resultado* da ponderação concreta e não a incompletude normativa⁷⁸.

É perfeitamente possível que a lei seja incompleta, abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita uma única solução — a competência será vinculada, apesar da incompletude da norma abstrata. Por outro lado, é possível que a lei seja completa, não abrindo margem de escolha no plano abstrato, e, no plano concreto, o Direito admita duas ou mais soluções. É tanto possível que o Direito exija o afastamento da solução legal, e imponha uma outra solução, gerando, também, uma competência vinculada; como também que o Direito aceite, no caso concreto, duas ou mais possibilidades, configurando-se uma competência discricionária.

Disso não decorre que o Legislador não exerça papel algum na configuração da competência discricionária. Quanto mais completa for a lei, maior o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador; quanto mais incompleta for a lei, menor o peso desse princípio formal. Portanto, a incompletude legislativa gera um indício de discricionariedade administrativa, a ser confirmado no caso concreto; a completude legislativa, ao revés, gera um indício de vinculação.

Ainda hoje, muitos na comunidade jurídica prendem-se a uma compreensão antiga da discricionariedade, que a aproximava bastante da arbitrariedade. Era comum, na prática administrativa, entender a discricionariedade como verdadeira liberdade de escolha atribuída ao agente competente. Hoje, o entendimento está sepultado: a discricionariedade deve ser exercida com respeito ao princípio da boa administração⁷⁹. Sempre que a Administração Pública escolher um meio de concretização de um valor constitucional (princípio), deve escolher o melhor meio⁸⁰. A mudança na prática administrativa foi radical: quando da escolha de alguém para ocupar um cargo em comissão,

⁷⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 176 et seq. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 106 et seq.

⁷⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, op. cit., p. 32.

⁸⁰ Cf. 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, p. 30-31.

por exemplo, não basta ao nomeante respeitar os condicionamentos legais, deve escolher quem, dentre os interessados, for o melhor para realização do interesse público⁸¹. Somente se, dentre os interessados, não for possível dizer que um é, do ponto de vista objetivo, melhor que o outro, o Direito aceita indiferentemente a nomeação de um ou de outro, e imputa a escolha ao agente competente. Mesmo nesse caso, contudo, não haverá liberdade de escolha: caso o agente público esteja com móvel espúrio, presumir-se-á o vício de finalidade ou de contentorização, e a nomeação será inválida.

6. CORREÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Presentes os pressupostos subjetivo, objetivo, teleológico, material, lógico e formalístico, o ato é regular, não contraria o Direito. Caso não haja observância desses pressupostos, o ato é *viciado*. Nesse caso, de duas, uma: ou o Direito despreza o vício, considera o ato meramente *irregular* e não exige a correção do vício⁸², ou o Direito, ao menos no momento imediatamente subsequente à edição do ato, não despreza o vício e exige a correção. Nesse caso, o ato administrativo é *inválido*. Como já se afirmou, antes da Constituição de 1988 prevalecia o entendimento — ressalvados posicionamentos importantes como o de Celso Antônio Bandeira de Mello — de que ato inválido deveria ser, sempre, invalidado e — praticamente sem divergência — a invalidação seria sempre *ex tunc* e *ab initio*. Tudo mudou: assim como é necessária uma *ponderação* dos valores incidentes, à luz das respectivas circunstâncias fáticas, para editar o ato, também é necessária uma *ponderação* para corrigir seu vício. O controle da invalidade do ato administrativo exige a ponderação, vale dizer, a contraposição de princípios à luz das respectivas circunstâncias fáticas.

Tornou-se praticamente indiscutível a dissociação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia. Primeiro, deve-se verificar se o ato administrativo existe ou não. Para Celso Antônio o ato existirá se possuir dois elementos — conteúdo e forma — e dois pressupostos de existência — pertinência à função administrativa e objeto⁸³. Discorda-se parcialmente quanto aos pressupostos: prefere-se chamar o primeiro de habilitação do editor para editar o ato administrativo e propõem-se outros dois pressupostos de existência: mínimo de eficácia social e não concretização de intolerável injustiça⁸⁴. Presentes os elementos e os pressupostos de existência, o ato existe no mundo

⁸¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Análise jurídica da nomeação de Lula. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 120, 25.03.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/DdYDso>>. Acesso em 28.04.18; MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para angelização da discricionariedade. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 171, 17.05.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/yzMCqJ>>. Acesso em 28.04.18.

⁸² Sobre os atos irregulares vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 483-487; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 269-274.

⁸³ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 405-409.

⁸⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 128-138.

jurídico. O ato administrativo existente pode ser isento de vícios ou viciado e, se for viciado, pode ser irregular ou inválido. Tanto o ato regular como o irregular e o inválido podem ser eficazes ou ineficazes. Se for inválido e eficaz gerará efeitos jurídicos. Ao examinar um ato inválido que gerou efeitos, o agente público deve decidir se o retira ou não do sistema e se desconstitui ou não seus efeitos. Essa decisão, como antecipado, exige uma *ponderação*, realizada à luz do caso concreto, no momento do exercício do controle.

Há princípios que atuam em prol da invalidação do ato e a desconstituição de seus efeitos, como o princípio da juridicidade e o aspecto objetivo da segurança jurídica⁸⁵ (P1); há, contudo, princípios que atuam em prol da manutenção do ato inválido e de seus efeitos, como a estabilização das relações jurídicas, aspecto subjetivo da segurança jurídica⁸⁶, bem como o princípio da confiança legítima⁸⁷ (P2). Quanto mais efeitos o ato gerou e quanto maior o tempo decorrido entre a edição do ato e o momento do controle, maior é o peso de P2 e menor é o peso de P1. A boa-fé ou a má-fé do agente público e do administrado também interferem na ponderação, podendo aumentar o peso de P1 ou de P2, dependendo do fato de se tratar de atos favoráveis ou desfavoráveis à esfera jurídica do administrado⁸⁸. Em suma, sem ponderação não é possível corrigir satisfatoriamente o ato inválido.

Tornou-se evidente que da invalidade não se segue necessariamente a invalidação. Pelo contrário: ela se tornou excepcional. A ponderação pode indicar que o Direito exige: a) a *convalidação*, correção retroativa do vício, tornando o ato, desde o momento de sua edição, válido e mantendo todos os seus efeitos jurídicos⁸⁹; b) a *redução* ou a *reforma*, afastamento retroativo de parte do conteúdo do ato, mantendo no mundo jurídico a outra parte, desde a edição do ato, e de todos os efeitos gerados pela parte mantida⁹⁰; c) a *conversão*, a alteração retroativa do conteúdo do ato, transformando-o, desde o momento de sua edição, em outro e aproveitando todos os efeitos gerados para esse outro ato⁹¹. A ponderação pode indicar que o Direito não admite a convalidação, a redução

⁸⁵ Sobre o aspecto objetivo da segurança vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 306-313.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ Sobre ele vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 313-316.

⁸⁸ Idem, p. 316-323.

⁸⁹ Sobre a convalidação do ato vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 223-231.

⁹⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 221; **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 277-278. Sobre a redução do negócio jurídico privado vide: GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 315-330. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello chama o instituto de *redução* (**Princípios gerais de direito administrativo**, §§55.3, p. 663). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 208) e Edmir Netto de Araújo (**Convalidação do Ato Administrativo**, op. cit., p. 147) chamam-no de *reforma*.

⁹¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 221; **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 275-277. Sobre a conversão do negócio jurídico privado,

ou reforma, a conversão, mas também não admite a pura e simples invalidação: exige a invalidação e concomitante edição de novo ato com conteúdo idêntico — algo similar a uma convalidação irretroativa — parcialmente idêntico — algo similar a uma redução ou reforma irretroativa — ou diferente do ato inválido — algo similar a uma conversão irretroativa⁹². Pode indicar também que o Direito não permite mais a correção do vício, porque, com o passar do tempo e/ou com os efeitos gerados, o ato inválido converteu-se num ato irregular, e o Direito, que exigia a correção, passou a desprezar o vício, é a chamada *estabilização* do ato administrativo⁹³. Pode indicar que o Direito ainda exige a correção, mas, com o decurso do tempo e a geração de efeitos, houve uma *mutação do dever de corrigir*: antes exigia a invalidação, mas passou a exigir, a convalidação, a redução ou reforma, a conversão⁹⁴.

Quando o Direito impuser a *invalidação*, nem sempre esta será *ex tunc* e *ab initio*. Para a correção de normas legislativas abstratas, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento, hoje positivado no artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, de que a invalidade, muitas vezes, impõe a *modulação de efeitos*. Estabelece o referido dispositivo que, por maioria de dois terços, o STF pode determinar que a invalidação seja: a) *ex nunc*; b) *ex tunc* e não *ab initio*; c) *pro futuro*. No primeiro caso, os efeitos são mantidos até a data do julgamento; no segundo, até uma data intermediária entre a edição da norma e o julgamento; no terceiro, até uma data posterior a do julgamento. O que é fundamental perceber é que a modulação de efeitos não decorre da referida regra legislativa, mas da ponderação dos princípios. Tanto é verdade que mesmo sem lei que lhe dê arrimo, o STF valeu-se da modulação no controle difuso de constitucionalidade⁹⁵. Se a *ponderação* realizada quando do controle de uma norma legislativa abstrata pode exigir a modulação dos efeitos da invalidação, igual solução pode decorrer da ponderação realizada quando do controle do ato administrativo. Logo, a invalidação do ato administrativo pode ser: a) *ex tunc* e *ab initio*; b) *ex tunc* e não *ab initio*; c) *ex nunc*; d) *pro futuro*⁹⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende, hoje, que a invalidação será irretroativa quando o ato for ampliativo de direito e editado sem que o administrado tenha dado causa ao vício e será *ex tunc* e *ab initio* nos demais casos⁹⁷. Respostas

vide: GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**, op. cit., p. 331-356; NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁹² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 282-283.

⁹³ Idem, p. 295-299. Sobre a estabilização do ato, vide: BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101 et seq.

⁹⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 282-283.

⁹⁵ STF, RE 276546, Pleno, Relator(a) Min. Maurício Corrêa, j. em 31/03/2004, DJ 21-05-2004 p. 35, EMENT v. 02152-03, p. 00518. Nesse julgado, o STF considerou que se ater aos limites estabelecidos na literalidade do texto originário do art. 29 da CF/88 para o número máximo de vereadores viola a proporcionalidade, atribuiu eficácia *pro futuro* à decisão e determinou que o entendimento só fosse imposto nas eleições subsequentes.

⁹⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 406 a 423.

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 495-496.

categóricas no plano abstrato — sem a consideração das circunstâncias fáticas — próprias de uma concepção do direito restrita às regras jurídicas e à aplicação por subsunção — levam, geralmente, a equívocos. Basta um exemplo para demonstrar: suponha-se a licença para produção de um alimento editada com boa-fé, ato indiscutivelmente ampliativo de direito; suponha-se que se descubra posteriormente que o alimento leve à morte das pessoas. É praticamente indiscutível que, nesse caso, deve-se invalidar a licença com eficácia *ex tunc* e *ab initio*, de modo a salvar o maior número possível de vidas.

A partir desse rápido exame, evidencia-se que a correção do vício do ato administrativo exige uma ponderação para apurar se o Direito exige ou faculta a invalidade do ato e exige ou faculta a desconstituição total ou parcial dos efeitos gerados. É possível que o Direito imponha um dos referidos resultados — e a escolha do meio de correção seja vinculada —, ou que admita duas ou mais possibilidades — e a escolha do meio de correção seja discricionária. A invalidade do ato administrativo mostrou-se um problema jurídico bem mais complexo do que se supunha no passado. O surpreendente é que muitos operadores do Direito, e até muitos controladores da atuação administrativa, estão ainda presos ao dogma de que atos nulos não produzem efeitos e, pois, de que à invalidade segue-se a invalidação retroativa e *ab initio*. No atual momento histórico, trata-se de uma supina incompreensão do fenômeno jurídico. Atualmente, não há como fugir desta conclusão: a invalidação é hoje excepcional; a invalidação inteiramente retroativa é mais excepcional ainda.

7. O MITO DA ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA

Nos últimos anos, vem se tornando cada vez mais corrente a tese de que o *ato administrativo* é um fenômeno próprio de uma era autoritária do Direito administrativo e, assim, incompatível com sua etapa atual. Muitos propõem, então, a substituição, em grande medida, do ato administrativo pelo contrato administrativo, pois a Administração, atualmente, deve pretender o acordo com o administrado ao invés de impor unilateralmente suas decisões, daí os epítetos *Administração consensual* ou *concertada*⁹⁸. Trata-se de um mito, assentado em graves equívocos conceituais.

Celso Antônio Bandeira de Mello, num dos últimos estudos que publicou sobre o tema, afirmou que a teoria do ato administrativo padece de um vício de origem, pois foi construída tendo em vista apenas os atos *restritivos de direito*⁹⁹. Tanto é verdade, afirma o aclamado administrativista, que os franceses costumam conceituá-lo como

⁹⁸ Sobre o tema, na doutrina brasileira, destaca-se, por todos: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152 et seq.

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58-63.

uma “decisão executória”¹⁰⁰. Ainda que seja verdadeira essa constatação — de que a doutrina francesa se preocupou apenas com as decisões unilaterais restritivas de direitos —, ela não torna autoritário o instituto. A teoria do ato administrativo é uma teoria *instrumental*, enunciada para compreensão do fenômeno jurídico, similar à teoria da norma jurídica. Ainda que seja possível uma *leitura* autoritária da teoria da norma, não é possível dizer que ela, em si, seja autoritária.

Antes de enfrentar a segunda assertiva — a possibilidade de substituição do ato pelo contrato — é mister observar o seguinte: o “contrato” celebrado pela Administração não é propriamente um contrato. Trata-se aí de um vício de pressuposto metodológico, assumir conceitos elaborados pelos privatistas como próprios da teoria geral do Direito¹⁰¹. A Administração Pública não possui autonomia de vontade e, por isso, não celebra, propriamente “contratos”. Os impropriamente chamados “contratos administrativos” são decisões da Administração que dependem da manifestação de outra pessoa para formar o conteúdo do ato. Trata-se de *atos administrativo bilaterais*¹⁰². Quem tenta compreendê-los a partir da teoria dos contratos, não chega a bom êxito; tudo fica mais fácil quando se parte da teoria do ato administrativo¹⁰³. A título de exemplo: toda norma editada pelo Estado só pode ser extinta ou modificada pelo próprio Estado; do mesmo modo, é possível a extinção unilateral ou a modificação unilateral do contrato administrativo, mas apenas quando empreendidas pelo Poder Público. Se o particular pretender rescindir o contrato, terá que requerer à Administração ou ao Judiciário que efetue a rescisão. Logo, supor que os contratos administrativos afastaram a teoria do ato como base teórica do Direito administrativo é um equívoco, pois os próprios contratos celebrados pela Administração são atos administrativos e são compreendidos à luz da teoria destes.

Feita essa ressalva, é, regra geral, impossível substituir um ato unilateral por um contrato. Celso Antônio Bandeira de Mello apresentou três diretrizes que fundamentam essa assertiva. Primeira: nem por ato unilateral, nem por contrato podem ser modificadas disposições de lei¹⁰⁴. Segunda: não pode a Administração renunciar ao exercício de competências e assumir o compromisso de não realizar o que venha a se configurar

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58. Nesse sentido, Jean Rivero e Jean Waline afirma sobre o tema: “l’acte unilatéral occupe, en droit administratif, une place beaucoup plus considérable qu’en droit privé; sous la forme de la décision exécutoire, il constitue le mode d’action principal de l’administration” (RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris : Dalloz, 2000, p. 96).

¹⁰¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 372-373.

¹⁰² Idem, p. 377.

¹⁰³ Idem, p. 381 et seq.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-96, p. 235-236. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 675-676.

como interesse público em dado momento¹⁰⁵. Terceira: se a Administração possui dois caminhos, não pode optar pelo caminho mais dificultoso para a tutela do interesse público¹⁰⁶. Ora, os atributos do ato administrativo não são privilégios arbitrários, mas prerrogativas apropriadas para a adequada tutela do interesse público. É de evidência solar que não pode a Administração, na tutela do interesse alheio — público — e, por isso, indisponível, renunciar a essas prerrogativas. É o que basta para dizer: a impropriamente propagada morte do ato administrativo em prol de uma generalizada utilização do contrato administrativo é um mito alicerçado em graves equívocos conceituais.

Esse mito está, também, alicerçado em outro vício de pressuposto metodológico¹⁰⁷: pressupor que a Administração possa assumir uma situação jurídica privada, atuando como verdadeiro particular. A Constituição não o permite porque não tolera que o Estado aja divorciado do interesse público. Colhe-se expressamente o princípio da finalidade da expressa proibição constitucional do abuso de poder (CF, art. 5º, XXXIV, “a”; LXVIII; LXIX). Deveras: a indissociabilidade entre o interesse público e a atuação estatal tem fundamento implícito na Constituição. Como bem assinalou Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é um interesse privado, dos particulares enquanto partícipes de uma sociedade¹⁰⁸; por conseguinte, o interesse do Estado é sempre um interesse alheio, dos administrados. Atuar como um particular significa atuar com *liberdade*, a partir de autonomia de vontade¹⁰⁹; o Estado, por definição, não possui liberdade¹¹⁰. A Administração Pública não celebra contratos propriamente ditos porque não atua com autonomia de vontade; suas decisões, em suma, seguem regime diferente, próprio da teoria dos atos administrativos.

8. O SEPULTAMENTO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Tornou-se corrente na doutrina brasileira a afirmação que de a Administração pode editar atos administrativos, regidos pelo direito público, e atos da Administração, regidos pelo direito privado¹¹¹. O que define um *regime jurídico* não são propriamente

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-98, p. 236-237. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 675-676.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. IV-99, p. 237. No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 676.

¹⁰⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 371-372.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-36, p. 62.

¹⁰⁹ Sobre a autonomia da vontade, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 48 et seq.

¹¹⁰ Idem, p. 106 et seq.

¹¹¹ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. VII-14, p. 395; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 212, p. 227.

as regras específicas incidentes, mas as vigas mestras, os alicerces, os estandartes do conjunto normativo incidente, vale dizer, os princípios jurídicos. O regime privado é alicerçado na autonomia da vontade, que, nos termos expostos, é incompatível com a atuação estatal. O regime público, na preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello alicerça-se nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público¹¹².

Na 29ª. edição de seu Curso, Celso Antônio retificou a sua teoria para considerar que a supremacia do interesse público não apenas insere a Administração numa situação vertical em relação aos administrados, e legitima prerrogativas não atribuídas aos particulares, mas também, e principalmente, impõe uma série de restrições, necessárias para proteger o interesse público do mau exercício funcional¹¹³. É até possível que a Administração abdique, até um certo limite, de sua posição de supremacia, mas não é possível que ela abdique das restrições protetoras do interesse público. É o que basta para evidenciar o acerto desta afirmação: jamais a atuação estatal é regida pelo direito privado¹¹⁴. É possível que o direito administrativo incorpore certas regras privadas, mas jamais incorporará os alicerces do direito privado. Sempre que a Administração decide, está presente a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, noutras palavras, o regime de direito administrativo.

Dito isso, conclui-se: inexistem atos da Administração, no sentido corrente de atos regidos pelo direito privado¹¹⁵. Toda decisão administrativa é regida pelo direito público. Logo, a atuação administrativa dá-se pela edição de atos administrativos. Administrar é, pois, editar atos administrativos.

9. O SEPULTAMENTO DOS ATOS POLÍTICOS OU DE GOVERNO

Infelizmente, ainda é corrente na doutrina a dicotomia entre atos administrativos e atos políticos ou de governo¹¹⁶. Trata-se, porém, de uma dissociação incompatível

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 347-374, abr.-jun. 2017.

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-55-A, p. 74-75.

¹¹⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo, op. cit., p. 659-660; MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mPOH>>. Acesso em: 27.04.18.

¹¹⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., p. 111-114.

¹¹⁶ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-10, p. 36-37 e Cap. VII-14, p. 396; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**, p. 198. A jurisprudência também consagrou a teoria. Triste exemplo é o dos atos *interna corporis*, que, segundo posição pacificada do STF, não estão sujeitos ao controle jurisdicional. O equívoco dessa orientação é magistralmente demonstrado por: SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003, 95 et seq.

com a Constituição. A teoria dos atos políticos ou de governo foi desenvolvida com o propósito de imunizar certos atos do controle jurisdicional¹¹⁷. A Constituição brasileira não aceita essa imunização¹¹⁸. Todo ato estatal, por maior que seja a discricionariedade do agente, é passível de controle jurisdicional. Logo, a razão de ser da teoria não está presente no direito positivo brasileiro.

No Estado de Direito, toda a política é juridicizada. O que se chama “decisão política” é, na verdade, exercício de competência discricionária. Toda construção teórica em prol do controle da discricionariedade aplica-se integralmente às decisões políticas. Com efeito: no Estado de Direito, política é igual a discricionariedade.

Disso decorre que inexistem atos políticos ou de governo. Os atos a que doutrina atribui esse rótulo ou são atos legislativos, quando próprios da função legislativa — realização de ponderações autônomas no plano abstrato e os atos procedimentais que a antecedem —, ou atos administrativos, quando próprios da função administrativa — realização de ponderações no plano concreto e os atos procedimentais que a antecedem. O neoconstitucionalismo sepultou, de uma vez por todas, a malfadada teoria dos atos políticos.

10. CONCLUSÕES

1. Examinou-se a teoria brasileira do ato administrativo, nos termos que se encontrava na data da promulgação da Constituição de 1988, e as modificações que sofrera nos últimos trinta anos, tendo em vista os avanços do (neo)constitucionalismo.

2. Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu a superação de um vício de pressuposto metodológico, noutras palavras, a percepção de que a teoria dos atos e fatos jurídicos elaboradas pelos privatistas não é própria da teoria geral do Direito. A teoria privada assenta-se na vontade, e no Direito administrativo a vontade ou é irrelevante ou é secundária. Daí a proposta de outros conceitos, apropriados para o Direito administrativo: ato administrativo é uma prescrição de conduta, ou seja, uma norma jurídica; fato administrativo é um acontecimento do mundo fenomênico a que o Direito administrativo atribui efeitos. Na teoria do ato administrativo elaborada pela Escola da PUC-SP, a vontade não é um aspecto da anatomia do ato administrativo.

3. Por influência kelseniana, adotou-se um conceito amplo de norma jurídica. Por conseguinte, o ato administrativo passou a ser o nome genérico dado a todo veículo introdutor de norma administrativa. Por metonímia, a expressão é utilizada para se referir ao veículo introdutor e à norma introduzida.

¹¹⁷ Cf. DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Reimpr. Paris: Dalloz, 2006, p.15.

¹¹⁸ É o que sustenta, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-rodapé 5, p. 33. Apesar de negar a razão de ser da teoria dos atos políticos, o ator, conforme exposto, aceita-a.

4. A teoria do ato administrativo, elaborada antes de 1988 na Escola da PUC-SP, além da autonomia em relação à teoria privada, caracterizou-se também pelo apego ao legalismo: o ato administrativo foi considerado um ato infralegal. Paralelamente, adotou-se uma teoria legalista da discricionariedade, segundo a qual a fonte da competência discricionária seria a lei.

5. A terceira característica da teoria da Escola das Perdizes foi a separação dos planos jurídicos da existência e da validade. Dissociaram-se, então, os elementos e pressupostos de existência, necessários para que o ato administrativo exista no mundo jurídico, dos pressupostos de regularidade, exigidos para que seja regular. Por conseguinte, admitiu-se que o ato inválido gera efeitos jurídicos e desenvolveu-se a teoria da modificação do ato administrativo. Apesar disso, era praticamente pacífico que a invalidação sempre seria *ex tunc* e *ab initio*.

6. No neoconstitucionalismo, a Constituição passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores, de modo que toda norma jurídica, para ser válida, deve ser resultado de uma ponderação proporcional dos valores jurídicos vigentes. Não se admitiu mais imputações normativas arbitrárias, vale dizer, alicerçadas apenas na vontade do agente competente. A aplicação do Direito, a partir dessas concepções, dá-se por subsunção e por ponderação. Como toda norma jurídica, o ato administrativo passa a ser considerado parte integrante do processo de concretização dos valores constitucionais.

7. Associa-se o verbo legislar à realização de ponderações autônomas no plano abstrato, e o verbo administrar à realização de ponderações concretas. Por força do princípio da legalidade, numa perspectiva neoconstitucional, a Administração deve levar em consideração o princípio formal que dá primazia às ponderações do Legislador. A ponderação concreta pode, assim, implicar o parcial ou total afastamento da ponderação abstrata. Daí a conclusão: no neoconstitucionalismo admitem-se, excepcionalmente, atos administrativos *contra legem* e *praeter legem*.

8. Essa nova compreensão — das normas como integrantes de um processo de concretização de valores constitucionais — levou a uma profunda reformulação da teoria da decisão administrativa. Antes do neoconstitucionalismo, o processo administrativo consagrou-se como um importante direito individual de defesa, hoje ele é considerado também um importante instrumento de participação política. A participação do administrado passa a ser imprescindível para a prolação da decisão administrativa, mesmo nos casos em que não haja litígio. A oitiva dos administrados tornou-se imprescindível para a delimitação correta das circunstâncias fáticas relevantes (motivo), do conteúdo do ato (contentorização), e da finalidade a ser alcançada. Configuraram-se, então, os vícios de desvio negativo de ponderação, desvio positivo de ponderação, falta de ponderação, *deficit* de ponderação e desproporção de ponderação.

9. Desenvolveu-se a teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa, segundo a qual a fonte da discricionariedade é o Direito, globalmente considerado, e não mais o Legislador. A completude normativa é tão somente um indício de vinculação, e a incompletude um indício de discricionariedade. É a ponderação concreta que indicará se o Direito admite ou não duas soluções jurídicas.

10. O controle da invalidade do ato administrativo passou a exigir a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas. A clara percepção de que o ato inválido gera efeito e de que a ponderação pode exigir a manutenção total ou parcial desses efeitos levou a uma profunda revisão da teoria da modificação do ato administrativo. Além da invalidação, admite-se a convalidação, a conversão, a redução ou a reforma. Percebeu-se a possibilidade de que, ao longo do tempo ou após a geração de efeitos, o ato inválido se converta num ato irregular (estabilização do ato), ou o Direito passe a exigir outro meio de correção (mutação do dever de corrigir). Admitiu-se a modulação dos efeitos da invalidação e, pois, além da invalidação *ex tunc* e *ab initio*, a *ex tunc* e não *ab initio*, a *ex nunc* e a *pro futuro*. É possível que o Direito exija simplesmente a invalidação ou a invalidação e a concomitante edição de outro ato, com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente do ato invalidado.

11. Nos últimos anos, muitos defenderam a chamada Administração concertada, em que o ato administrativo unilateral seria substituído pelo contrato administrativo. Concluiu-se que a proposta é equivocada. A própria teoria dos contratos administrativos é cientificamente viciada: os supostos “contratos” celebrados pela Administração explicam-se à luz da teoria do ato administrativo. Ademais, os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público são graves obstáculos à substituição do agir unilateral pelo agir bilateral. Concluiu-se, então, que a Administração concertada é um mito assentado num vício de pressuposto metodológico: que a Administração pode comportar-se como se fosse dotada de liberdade.

12. Defendeu-se também a inexistência de atos da Administração. Toda decisão administrativa é regida pelo Direito administrativo, ainda que também se submeta a certas regras de direito privado. Há uma incompatibilidade conceitual entre Administração pública e Direito privado e, por isso, uma indissociável ligação entre a atuação administrativa e a edição de atos administrativos.

13. Por fim, defendeu-se a inexistência de atos políticos ou de governo. No Estado de Direito atual toda atuação política se juridicizou: “política” passou a ser equivalente à “discricionariedade”. Assim, os chamados atos políticos ou de governo ou são atos legislativos, quando frutos da discricionariedade legislativa, ou atos administrativos, quando frutos da discricionariedade administrativa.

11 REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Traducción de José Antonio Seoane. Granada: Comares, 2005.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEX, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 11-46, set. de 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR, 1999.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: AMARAL, Antonio Carlos. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 75, p. 12-18, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 23, p. 12-23, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 58, p. 58-63.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 347-374, abr.-jun. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. I. 1. ed., 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1969, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA Roque Antonio. **Geraldo Ataliba**: o homem, o reitor, o mestre de vida. São Paulo: EDUC, 2018.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Extinção dos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 212.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Reimpr. Paris: Dalloz, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTI, Ugo. **Lezioni di diritto amministrativo**. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MANUEL TERÁN, Juan. **Filosofía del derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2007.

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. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul.-dez. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 216, 20.07.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/77xgJn>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (org.). **Temas atuais de direito administrativo**. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 01-33.

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. Análise jurídica da nomeação de Lula. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 120, 25.03.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/DdYDso>>. Acesso em 28 abr.18.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contributo para angelização da discricionariedade. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 171, 17.05.2016. Disponível em: <<http://goo.gl/yzMCqJ>>. Acesso em 28 abr. 18.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito administrativo e liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 257, 16.09.2016. Disponível em: <<https://goo.gl/j3mPOH>>. Acesso em: 27.04.18.

MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos – considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 19-27, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed., 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Mas Limonad, 2001.

NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – Tom I e IV. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho romano**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como “caixa de ferramentas”**. São Paulo: Malheiros, 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIVERO, Jean ; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris : Dalloz, 2000.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Sirey, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. A ordem dos publicistas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Direito público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 33-66.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 1. ed., 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 2008.



Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil

Rethinking Comparative Constitutional Law in Brazil

EMILIO PELUSO NEDER MEYER ^{1,*}

¹ Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

emiliopeluso@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7500-0705>

Recebido/Received: 18.02.2019 / February 18th, 2019

Aprovado/Approved: 30.10.2019 / October 30th, 2019

Resumo

O artigo reconstrói alguns dos avanços no campo do Direito Constitucional Comparado. Recorrendo à literatura recente, ele começa com uma definição do estado da arte da temática no Brasil. Segue-se uma advertência contra o predomínio de perspectivas que privilegiem o norte global. A relação entre comparativismo e judicialização indica as razões do renascimento da disciplina por meio de uma atividade mais proeminente de juízes e tribunais. Temas de perfil metodológico, como a diferença entre análise *small-N* e *large-N*, metáforas adequadas, segmentação comparada e a reivindicação de transdisciplinariedade, são discutidos com vistas a redirecionar o debate. O método de revisão da literatura é alargado com uma verificação de dois exemplos de uso equivocados do comparativismo: o voto da Ministra Rosa Weber no Habeas Corpus 152.752 e a discussão sobre atiradores de elite. Os resultados de pesquisa indicam a necessidade de repensar o Direito Constitucional Comparado da forma como é trabalhado no Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional Comparado; comparativismo; transdisciplinariedade; judicialização; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The article reconstructs some of the improvements in the field of Comparative Constitutional Law. Using recent literature, it starts with a definition of the state of art of the subject in Brazil. A warning against the predominance of perspectives that privilege the global north. The relationship between comparativism and judicialization indicates the reasons of the rebirth of the subject through a stronger activity of judges and tribunals. Themes with methodological approach, like the difference between *small-N* and *large-N* analyses, adequate metaphors, comparative segmentation and the call for transdisciplinarity, are discussed with the aim of driving the debate. The literature review method is enriched with the checking of two examples of mistaken comparativism using: Justice Rosa Weber opinion in the Habeas Corpus 152.752 and the debate on snipers. The research results indicate the necessity of rethinking the way Comparative Constitutional Law is used in Brazil.

Keywords: Comparative Constitutional Law; comparativism; transdisciplinarity; judicialization; Supreme Court.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

* Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Visiting Researcher no King's College Brazil Institute (2014-2015). Coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG. Fellow no King's College Transnational Law Summer Institute (2016). Pesquisador em Produtividade do CNPQ (Nível 2). E-mail: emiliopeluso@gmail.com.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Uma definição do estado da arte do Direito Constitucional Comparado; **3.** Contra o imperialismo no Direito Comparado; **4.** Comparativismo e judicialização; **5.** Empréstimos constitucionais, transplantes jurídicos, migração de ideias constitucionais: qual metáfora? **6.** Quem importa no Direito Constitucional Comparado? **7.** Transdisciplinariedade nos estudos constitucionais comparados; **8.** Análises *small-N* e *large-N*; **9.** Usos equivocados do Direito Comparado no Brasil; **10.** Conclusões; **11.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O renascimento do Direito Constitucional Comparado tem sido objeto de ampla discussão. Países acostumados a se autorreferenciar em termos de constitucionalismo, como os Estados Unidos, têm dirigido boa parte de sua atenção para o que acontece em outras jurisdições. Esse movimento remonta a meados dos anos 1990. Hirschl narra as dificuldades iniciais apresentadas por obstáculos como “internet discada” (*dial-up internet access*) para se ter acesso a bancos de dados jurisprudenciais de cortes estrangeiras mesmo em universidades como Yale¹, para além dos enormes estoques de coleções antigas que traziam material de julgados. Imagine-se a dificuldade em estruturas universitárias do sul global. A situação é hoje contrastada com a construção cada vez mais ampla de bancos de dados sobre decisões judiciais por parte de inúmeras cortes, mas também de fontes bibliográficas constitucionais vastas, como os projetos *Constitute*² do *Comparative Constitutions Project*³, *World Constitutions Illustrated*⁴, mantido pela gigantesca base de dados *Hein Online*, além de inúmeras publicações no campo de conhecimento.⁵

Ao lado da expansão instrumental que a internet permitiu, verifica-se um crescente e robusto interesse em outras jurisdições impulsionado não só por objetivos acadêmicos, mas também por demandas de tribunais (que, não raro, usam mal o Direito Constitucional Comparado) e mesmo de participantes de processos constituintes. Ao

¹ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1.

² Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 9 maio 2017.

³ Coordenado por Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton. Disponível em: <<http://comparativeconstitutionsproject.org>>. Acesso em: 9 maio 2017.

⁴ Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Index?collection=cow&set_as_cursor=clear>. Acesso em: 9 maio 2017.

⁵ Apenas para ficar em dois exemplos mais ambiciosos, cf. a *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (Disponível em: <<http://oxcon.oup.com/page/590>> Acesso em: 9 maio 2017) e a coleção *Constitutional Systems of the World*, da editora *Hart Publishing*, que publica volumes sobre análises contextuais de diversas ordens constitucionais como Israel, Chile, Singapura, Espanha, África do Sul, entre muitas outras (Disponível em: <<http://www.bloomsburyprofessional.com/series/constitutional-systems-of-the-world/>>. Acesso em: 9 mai 2017), sendo editada pelos Professores Peter Leyland, Andrew Harding, Benjamin Berger, Rosalind Dixon e Heinz Klug.

mesmo tempo, pouco se tem avançado em proposições metodológicas mais robustas. No caso brasileiro, a questão é agravada também pela ausência de interesse por regiões e países do sul global: por que não investir em estudos de sistemas constitucionais mais parecidos com o brasileiro (por exemplo, México), ao invés de olhar apenas para os Estados Unidos e a Europa ocidental? É curioso que este não é um problema apenas nosso. Hirschl menciona que a Suprema Corte de Israel⁶, talvez em busca do “título” de democracia liberal ocidental, privilegia a referência a casos decididos nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Alemanha e no Canadá. Prejudica-se, senão anula-se, contextos de divergência étnica similar ao de Israel, como Índia, Turquia ou Malásia.

Desse modo, o artigo que se segue visa apontar algumas questões metodológicas importantes. O objetivo geral é o de, ainda que à guisa de considerações mais gerais, provocar o pesquisador, o acadêmico, o proponente de políticas públicas, o promotor e o juiz para que compreenda a necessidade de repensar o significado do Direito Constitucional Comparado. Para tanto, recorreremos, com o uso de um método exploratório, aos principais referenciais teóricos que tanto introduzem o estado da arte quanto avançam na tentativa de muda-lo. A metodologia também se socorre de dois exemplos de usos equivocados do Direito Constitucional Comparado, via uma *análise jurisdicional* e uma *análise acadêmica*. Destaque-se que não se supõe um amplo hiato entre esses campos, apesar de tribunais, especialmente no Brasil, assim indicarem. Os resultados de pesquisa apontam que há, de um lado, uma verdadeira inquietação que tanto move a academia a olhar mais além do chamado norte global e das antigas referências tidas como canônicas, quanto a de adequadamente indagar qual é o modo adequado de enxergar o campo.

2. UMA DEFINIÇÃO DO ESTADO DA ARTE DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Uma marcante reconstrução histórica do Direito Constitucional Comparado é feita no recente trabalho de Ran Hirschl.⁷ Ele retoma três obras fundamentais produzidas no campo do Direito Público nos séculos XVI, XVII e XVIII: Jean Bodin e seus “Os seis livros da república” (1576); Jon Selden e seu “De jure naturali et gentium juxta disciplinam ebraeorum” (1640); e, Montesquieu, tanto em “Cartas persas” (1721) quanto em “O espírito das leis” (1748). Mais recentemente, seria possível observar o predomínio de uma quase fusão entre comparativismo político e comparativismo governamental no

⁶ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 9.

⁷ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 112 e ss.

início do século XX.⁸ É o que seria possível depreender de Georg Jellinek, em “The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History” (1895), e de James Bryce, em “The American Commonwealth” (1888).

Avançando sobre o século XX, o “Derecho constitucional comparado”, de Manuel García-Pelayo,⁹ publicado pela primeira vez em 1950, divide o empreendimento comparativo em uma primeira parte, dedicada a instituições e institutos que podem ser colhidos de diversas ordens constitucionais (inclusive propondo-se uma teoria da constituição), e uma segunda parte, em sistemas constitucionais específicos que são mais detidamente analisados: Reino Unido, Estados Unidos, França, Suíça e União Soviética. Note-se a ênfase no ocidente, aparecendo a União Soviética mais como um inevitável caso de comparação *a contrario sensu*. De qualquer forma, o espanhol que lutara na Guerra Civil daquele país e viria a presidir o Tribunal Constitucional espanhol, apesar de seu conhecimento também em ciência política, não deixa de enfatizar a perspectiva do jurista: o Direito Constitucional Comparado teria como “(...) misión el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes) de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos”.¹⁰

Os anos 1960 e 1970 marcariam uma mudança de interesse, dirigida a definir os termos comparados de uma *engenharia* ou *desenho constitucional*. Em uma parte significativa dos casos, isto envolveria aprofundar no conhecimento comparado de forma a permitir sólidas transições de situações de conflito ou de regimes autoritários para regimes democráticos.¹¹ E aqui ganharam proeminência os trabalhos de autores muitos mais vinculados à Ciência Política, como Arend Liphart, Juan Linz e Alfred Stepan. Mais recentemente, estudos sobre as relações entre ordens domésticas, internacionais e transnacionais vão também depender de avanços no campo da Sociologia (veja-se, por exemplo, a influência de Niklas Luhmann ou de Günther Teubner no trabalho de Marcelo Neves). De modo semelhante, mesmo debates sobre legitimidade ou a relação entre direito e democracia redimensionaram o significado do Direito Constitucional Comparado e sua relação com a Filosofia Política.¹² Mesmo para analisar o papel de interesses

⁸ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 157.

⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1993.

¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1993, p. 20.

¹¹ Para uma discussão sobre *constitucionalismo transicional*, ver MEYER, Emílio Peluso Neder. Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. **German Law Journal**, v. 19, p. 727-768, 2018. p. 755; e, em um sentido diverso, mais próximo de uma leitura de ponderação de valores constitucionais, BERNAL-PULIDO, Carlos. Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia. **Cambridge J. Int'l & Comp. L.**, Cambridge, v. 3, n. 4, p. 1136-1163. 2014, p. 1.136.

¹² Pense-se, no caso brasileiro, na produção científica de autores como Lênio Streck (STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018) ou Cattoni de Oliveira (CATTONI DE OLIVEIRA,

de setores específicos da arena política no desenho constitucional demandaram investigações para além do olhar do jurista, como fizeram o próprio Hirschl e Tom Ginsburg.¹³

Nas décadas de 1980 e 1990, algumas obras tornar-se-iam referências, ao menos em países de *civil law* (ainda que se deva ter cautela com a pertinência atual dessa distinção). Curiosamente, algumas delas permaneceram com um olhar atento à organização, ainda que não assumissem a perspectiva de uma maior transdisciplinariedade. A “Introduzione al diritto costituzionale comparato”, de Biscaretti de Ruffia, publicada originalmente em 1988, foca excessivamente no dualismo *forma de Estado* e *forma de governo*, para, entretanto, explicitamente assumir um ponto de vista jurídico, vez que o Direito Constitucional comparado seria uma ciência jurídica. O autor não deixa, contudo, de assinalar a preferência de autores de *common law* pela ausência de cisão do campo do Direito Constitucional Comparado com o *comparative government*.¹⁴

No caso brasileiro, obras exclusivamente dedicadas ao Direito Constitucional Comparado e preocupadas com questões metodológicas são encontradas com menor facilidade. Ricardo Malheiros Fiuza procurou realizar um estudo mais centrado no Poder Judiciário (mas não exclusivamente),¹⁵ sem estabelecer bases rigorosas para a escolha dos sistemas constitucionais. Há elementos do constitucionalismo de Luxemburgo e do Timor-Leste, mas sem uma clara determinação de como trata-los e o que os une e os separa. Ivo Dantas buscou expor o problema da ausência de preocupação com uma “epistemologia” do Direito Constitucional Comparado no Brasil, não sem destacar que discussões prévias sobre o status do Direito Comparado estiveram presentes, mas de modo esparso.¹⁶

Trabalhos mais recentes procuraram explorar os diversos caminhos seguidos após as mudanças no Direito Constitucional Comparado fora do Brasil. Alonso Freire discutiu critérios de comparabilidade no campo da interpretação judicial voluntária de direitos fundamentais.¹⁷ De forma mais próxima à deste artigo, Ribas e Dutra trataram do renascimento do Direito Constitucional Comparado em um caminho próximo ao de Hirschl, propondo balizas para o que ele chama de “Estudos Constitucionais

Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017).

¹³ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. New Haven: Harvard University Press, 2004; GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹⁴ BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo. **Introducción al derecho constitucional comparado: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 84.

¹⁵ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁶ DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 43.

¹⁷ FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, n. 2, p. 45-73, 2016.

Comparados”¹⁸ Ainda assim, sobram questões urgentes em termos de comparativismo no Brasil.

3. CONTRA O IMPERIALISMO NO DIREITO COMPARADO

Uma importante advertência inicial deve guiar qualquer empreendimento de Direito Constitucional Comparado ou o que aqui chamaríamos de um *constitucionalismo comparado*. Esta advertência está fundada em uma contraposição a um certo tipo de *imperialismo* que acompanha a estrutura do constitucionalismo que vem, há pelo menos três séculos, tentando se consolidar globalmente. Como destaca James Tully,¹⁹ ao menos três formas de ação tornaram a “democracia constitucional” ocidental e de perfil estadunidense/europeu parte de um “direito imperial” (*imperial right*), abrangente de um “direito” dos Estados europeus e suas empresas de participar livremente do mercado de sociedades não europeias e de dois deveres correlatos: o dos Estado europeus de “civilizar” outras sociedades e o de estas sociedades de hospedar práticas europeias.

Por três métodos o “direito imperial” se implementou no último milênio. O primeiro deles consistia o assentamento de colônias europeias nas Américas, na Austrália e na Nova Zelândia. O segundo método partiu de uma “imperialização” via governo colonial indireto, reorganizando governos locais, “civilizando” e ocidentalizando elites locais, dividindo oposições etc. O terceiro método aceita um certo grau de autonomia governamental local desde que sob uma zona de influência ou hegemonia, impondo formas políticas e jurídicas específicas para atender ao livre comércio objetivado por norte-americanos e europeus. A base de projetos como esses é uma palavra bastante recorrente no vocabulário jurídico brasileiro: “civilização”. O alcance de um padrão de civilização deve ser o objetivo de Estados que não compartilham os aspectos centrais do constitucionalismo como estabelecido no final do século XIX na Europa e nos Estados Unidos: cabe a esses países conduzir o “dever de civilizar”.²⁰

¹⁸ DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. “O Direito Constitucional Comparado entre Renascimento e Consolidação”. **Sequência**, Florianópolis n. 76, p. 69-94. 2017.

¹⁹ TULLY, James. *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (orgs). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 328.

²⁰ “Como recurso resultante, ricas petrotiránias, ditaduras complacentes com condições péssimas de trabalho em indústrias de roupas e dependências regionais estrategicamente importantes permanecem como ‘Estados falidos’ instáveis, sendo um resultado direto de sua contínua sujeição à manipulação informal imperial: as elites dependentes são constrangidas por sua dependência para suprimir as aspirações democráticas do povo de controle seus próprios recursos e condições de trabalho; pessoas são levadas à violência para autodefesa; isto é chamado de falha e terrorismo; e – como Locke previu – a intervenção é a consequência”. Tradução livre de: “The resulting resource rich petrotyrannies, sweatshop dictatorships, and strategically important regional dependencies remain unstable ‘failed states’ as a direct result of their continuing subjection to informal imperial manipulation: the dependent elites are constrained by their dependency to suppress the democratic aspirations of their people to control their own resources and work conditions; the people are driven to violence in

Em uma perspectiva crítica próxima daquela de Tully, Pierre Legrand apresenta duas grandes correntes do direito comparado atual:²¹ a) uma tradicional, que ele identifica com o positivismo científico, ainda tributária da relação sujeito/objeto e visando cumprir o objetivo de isolar um objeto de questões culturais e históricas que podem cerca-lo; b) uma corrente mais viva, preocupada com o estudo contextual de normas jurídicas, aberta à atividade interpretativa e ao engajamento transdisciplinar. O direito comparado deveria se aproximar do segundo empreendimento: é isto que possibilitaria que, ao lidar com o estrangeiro e o não familiar, o “comparativismo” suspendesse a normalidade autocentrada e satisfeita consigo mesma. Mais do que isso, ele poderia promover uma prática de reposicionar o jurista perante o mundo e a história.

Para enfrentar o positivismo filosófico que assola o “comparativismo”, Legrand sugere que dois processos sejam empreendidos cumulativamente: “enculturação” (*enculturation*) e “interpretação”.²² Conhecer e confrontar as diversas interpretações que se colocam sobre um determinado texto legal demonstra que a tarefa do “comparativismo” é muito mais complexa do que se imagina e demanda muito mais do que opor estruturas vazias de conteúdo. Ao traçar um paralelo com a teoria literária comparada, Sherally Munshi irá destacar que não é a justaposição que define o Direito Comparado, mas uma orientação que, além de intelectual, é ética.²³ Isto pode revelar a amplitude da tarefa comparativa que, talvez, muito mais do que ser um ramo didático isolado, pode demandar que todo estudo seja comparativo. Nos Estados Unidos, a orientação ainda permanecerá eurocêntrica e é contra isto que se deve lutar.²⁴

self-defence; this is called failure and terrorism; and—as Locke predicted—intervention follows” (TULLY, James. *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (orgs). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 333).

²¹ LEGRAND, Pierre. *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017, p. 2.

²² LEGRAND, Pierre. *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017, p. 21.

²³ MUNSHI, Sherally. *Comparative law and decolonizing critique*. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 207-235, 2017, p. 212.

²⁴ “O Eurocentrismo pode descrever modelos convencionais de pesquisa nos quais o Ocidente é moldado como agente da história universal e o restante é medido em termos de sua semelhança com o mesmo. Ou pode se referir à confiança de que o Ocidente é a última fonte do iluminismo no mundo moderno, de ideias como liberdade e igualdade. Mas, no sentido mais amplo, o Eurocentrismo se refere ao hábito geral de atribuir autoridade apenas a certas formas de conhecimento – enquanto se despreza e se deprecia outras”. Tradução livre de: “Eurocentrism may describe conventional research models in which the West is cast as the agent of universal history and the rest are measured in term of their resemblance to It. Or it may refer to the confidence that the West is the ultimate source of enlightenment in the modern world, of ideas like freedom and equality. But in the broadest sense, Eurocentrism refers to the general habit of attributing authority to only certain forms of knowledge—what we might generally refer to as western rationality— while disregarding and disparaging others” (MUNSHI, Sherally. *Comparative law and decolonizing critique*. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 207-235, 2017, p. 224).

O caminho pode ser o de praticar um comparativismo que compreenda o caráter estrangeiro não só daqueles além da fronteira, mas dos que fazem parte do mesmo e tradicional “Estado-nação”: ele pode ser útil em identificar um pano-de-fundo jurídico que continuamente destaca o papel das instituições em prejuízo dos sujeitos minoritários que atuam politicamente. Não será à toa que Munshi tomará como referência o trabalho de Manisha Sinha, “*The Slave’s Cause: A History of Abolition*”, para destacar que foi a resistência escrava, e não o liberalismo burguês, o principal fator no movimento de libertação contra a escravidão.²⁵

4. COMPARATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO

Nos Estados Unidos, um arquétipo de um certo “isolacionismo” constitucional, o debate sobre o comparativismo não deixou de chegar, ainda que muito mais tarde do que em outros países. Não se trata de supor que o Direito Comparado fosse desconhecido: a questão é que ele era muito mais uma disciplina de curiosidade acadêmica do que uma fonte recorrente de decisões judiciais e políticas públicas. Foram as decisões seminais da Suprema Corte nos casos *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), que forneceram os primeiros elementos para a inauguração de um debate judicial e acadêmico (em um sentido mais transversal).²⁶ Os *Justices* da Suprema Corte Anthony Scalia e Stephen Breyer travaram um verdadeiro confronto a respeito da possibilidade de fundamentar decisões judiciais estadunidenses em fontes estrangeiras.²⁷ É necessário destacar que esta tem sido uma das principais vertentes de discussão sobre as possibilidades de interseções entre ordens constitucionais estrangeiras e entre ordens nacionais e supranacionais, povoando um amplo debate na doutrina e teoria constitucionais atuais.²⁸ Sobre o porquê de se recorrer ao Direito Constitucional Comparado, contudo, não se pode aderir apenas à uma justificativa como a do *Justice* Stephen Breyer de que uma “sensibilidade cosmopolita” é sempre melhor.²⁹ É claro que é preciso ir além.

²⁵ Ver SINHA, Manisha. **The Slave’s Cause: A History of Abolition**. New Haven: Yale University Press, 2016.

²⁶ Os casos discutiam, respectivamente, a aplicação de pena de morte a pessoas com deficiências mentais, a criminalização de condutas homoafetivas pelos Estados e a aplicação de pena de morte a menores. Para uma recuperação desses e outros casos, assim como de negativas de *certiorari* (impedindo, pois, que um caso deságue na Suprema Corte dos Estados Unidos), ver: CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 2.

²⁷ Ver DORSEN, Norman. A Conversation between US Supreme Court Justices. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 3, p. 519-541, n. 4, 2005.

²⁸ Para tanto, com formas bastante diversas de abordagem, ver NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008; JACKSON, Vicki. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010; WATERS, Melissa. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate’s Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. **Fordham L. Rev.**, v. 77, 2008, p. 635-646.

²⁹ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 6.

Cheryl Saunders,³⁰ ao percorrer o caminho de possibilidades do Direito Constitucional Comparado pela via da judicialização australiana, sustenta que duas eram as temáticas principais contra o uso de experiências estrangeiras em decisões judiciais: a) uma de cunho originalista, atribuível a Scalia, segundo a qual as fontes estrangeiras podem não ter sido objeto de deliberação nos processos constituintes que levaram à constituição de um determinado contexto; b) a segunda, levantada por Richard Posner, concerne a dificuldades metodológicas insuperáveis, como a impossibilidade de total conhecimento do contexto constitucional no qual se desenvolveram os elementos referidos.³¹

No que concerne à crítica sobre a legitimidade, é preciso referenciar que ela pressupõe uma leitura bastante restrita das diversas nuances percorridas por esta que poderíamos chamar de uma “judicialização comparada”: um uso leve das práticas, exemplificado por referências a experiências internacionais, pelas menções a dados empíricos a respeito da prática de princípios em outras ordens ou menção a contextos estrangeiros para direcionar uma determinada decisão da corte que, contudo, se funda em argumentos domésticos. Há, contudo, também um uso mais profundo em que são *emprestados* argumentos de cortes estrangeiras, recorre-se ao direito estrangeiro para embasar a interpretação de um dispositivo constitucional ou, ainda, o direito estrangeiro aparece como elemento empírico que justifica o transplante de direito ou instituto estrangeiro.³²

A discussão é ainda sofisticada na direção de se apartar um uso *construtivo* do direito estrangeiro, que passa a agir como guia em direções que poderiam ser julgadas como positivas ou negativas, de um uso *reflexivo*, permitindo que o mesmo direito estrangeiro sirva para direcionar os juízes para as potencialidades dos seus próprios sistemas jurídicos – é dizer, passa a ser necessário explorar as vantagens e desvantagens de uma decisão ou instituto no seu próprio espaço de nascimento. Pode-se ainda discutir se o recurso ao direito comparado significa um “método interpretativo” ou mesmo um valor ideológico; e, mesmo, se há que se falar em um *diálogo*.

É assim, por exemplo, que Saunders enxergará o modo como a Suprema Corte da Austrália fundamentou sua decisão em *Australian Capital Television Pty. Ltd. v. Commonwealth*, (1992) 177 C.L.R. 106, um caso em que estava em jogo a validade de uma lei da *Commonwealth* que proibia propaganda política televisionada no período anterior a eleições gerais, regionais ou locais.³³ Por não haver uma declaração de direi-

³⁰ SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, New York, v. 13, p. 37-76, n. 1, 2006, p. 45.

³¹ Ver POSNER, Richard. No thanks, we already have our own laws. *Legal Aff*, [s.l.], jul./ago. 2004, p. 40. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 02 out. 2019.

³² SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 1, 2006, p. 50.

³³ SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, New York, v. 13, p. 37-76, n. 1, 2006, p. 45.

tos australiana, colocou-se em discussão a possibilidade de se falar em uma liberdade política derivada do sistema representativo institucionalizado constitucionalmente.³⁴ Ao rechaçar uma vinculação ao sistema constitucional estadunidense e afirmar uma filiação ao sistema representativo britânico – qualificando a Constituição australiana como parte de um “direito estatutário” (*statutory law*) de especial dignidade diferente daquele norte-americano –, a Suprema Corte faria um trabalho comparativo dialógico.

A oposição à busca judicial pelo direito estrangeiro funda-se também em problemas de ordem metodológica. Em verdade, seria preciso separar de modo mais analítico a dimensão da argumentação judicial e a metodologia do Direito Comparado. Saunders destaca que uma questão diz respeito à qual seria a relação adequada entre direito nacional e estrangeiro quando de um julgamento perante uma corte.³⁵ A segunda questão apontada liga-se ao potencial uso manipulativo do direito estrangeiro (uso esse que pode ser doméstico também, mas que, nesse caso, se curva a padrões mais assentados dentro do contexto), concretizada na expressão *cherry-picking*: decisões e institutos estrangeiros interessariam apenas para justificar uma posição de antemão já estabelecida.³⁶

Em termos propriamente metodológicos, o Direito Comparado pode apresentar limitações bastante intuitivas, como o acesso, manejo e compreensão de fontes estrangeiras, como também um desafio mais significativo: como conhecer adequadamente o contexto em que se deu produziu a fonte. Todos esses obstáculos podem produzir o que é chamado de um “mau uso” do direito comparado por meio do qual juízes e cortes limitam arbitrariamente as jurisdições a que se referem, não justificando o resultado da seleção. Para tentar orientar e evitar dito “mau uso”, Saunders aponta cinco pautas, das quais traremos à discussão apenas quatro, em vista do contexto eminentemente de *Commonwealth* da última.³⁷ A uma, se a corte se propõe a um maior diálogo, diminui-se a necessidade de um profundo conhecimento contextual da fonte. A duas, a metodologia aparece como um embaraço se o judiciário visa apenas “transplantar” a solução

³⁴ A Constituição australiana data de 1901.

³⁵ SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, New York, v. 13, p. 37-76, n. 1, 2006, p. 66.

³⁶ Nas audiências de confirmação de sua indicação perante o Senado estadunidense, o atual *Chief Justice* John Roberts afirmou que essa justificativa transnacional pós-decisão equivaleria a olhar uma multidão e escolher seus amigos (CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 7).

³⁷ Saunders (SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, New York, v. 13, p. 37-76, n. 1, 2006, p. 65) refere-se à *English Practice Direction on the Citation of Authorities*, que requer que advogados perante cortes do Reino Unido justifiquem o recurso ao direito estrangeiro. Apesar de ser esta uma demanda para as partes e seus advogados, ela acredita que a normativa coopera para um uso mais refletido do direito comparado. Ver *Practice Direction (Citation of Authorities)*, (2001) 1 W.L.R. 1001 (Eng.). Disponível em <<http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/814.htm>> Acesso em 18 fev 2019).

jurídica de outro contexto, guiando-se por razões funcionais e segundo uma lógica não reflexiva, mas construtiva (em um mal sentido). A três, quanto maior o alcance do uso do direito estrangeiro, mais importante que direcionamentos metodológicos sejam apontados pela própria corte.

Por estar imerso em uma tradição de *common law* (no que ainda a distinção com ordens de *civil law* tem pertinência), o trabalho de Saunders aponta que o uso do Direito Comparado interage com o procedimento judicial do *common law* – esta sua quarta pauta.³⁸ Por exemplo: a obrigatoriedade de que os advogados das partes cite certas autoridades; erros e omissões de uma parte podem ser explorados pela parte adversa; defeitos argumentativos podem ser explorados por votos minoritários, comentadores e pela própria esfera pública. Estes instrumentos são também úteis se trazidos para o campo do manejo do Direito Comparado.

Não menos influente foi o estudo apresentado por Vicki Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Ela apresentou três modelos de relação de decisões de juízes e tribunais domésticos com corte estrangeiras e transnacionais. A relação pode ser, em primeiro lugar, de *resistência*: cortes assumiriam uma posição em relação às constituições de afirmação auto-identitária que não permitiria a referência a precedentes e fontes alienígenas. *Justices* da Suprema Corte Estadunidense como John Roberts e Samuel Alito seguiriam uma posição desse tipo, além, é claro, do que já o fizera Scalia. Em segundo lugar, pode-se estar diante de posições de *convergência*. Haveria uma predisposição a aceitar normas, por exemplo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como informativas da interpretação de normas constitucionais; ao lado desse motivo, situações como o pertencimento à União Europeia ou à *Commonwealth* dirigiriam decisões judiciais. Jackson cita os casos dos arts. 93 da Constituição Colombiana, de 1991, 75, inc. 22, da Constituição Argentina e 4º das disposições provisórias da Constituição Peruana de 1993.³⁹

O modelo decisional de *engajamento*, de seu turno, apresenta um posicionamento de maior abertura, em que elementos de autorreflexão desempenham um papel significativo. De um lado, o *engajamento deliberativo* assume que há uma permissibilidade ou abertura do sistema ao Direito Internacional e ao direito estrangeiro: seria o caso do voto da *Justice* Sandra Day O'Connor em *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), que declarou inconstitucional a pena de morte para adolescentes. Houve uma refutação explícita de uma divisão estanque entre o direito estadunidense e tendências globais, não sem antes exigir um exame detalhado de normas e práticas dos Estados da federação. De outro lado, o *engajamento relacional* pressupõe que, necessariamente,

³⁸ SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, New York, v. 13, p. 37-76, n. 1, 2006, p. 74.

³⁹ JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 43.

o Direito Internacional e o direito estrangeiro sejam verificados, cabendo ao juiz ou à corte decidir por sua incidência efetiva no caso concreto. Na África do Sul, por exemplo, “[...] a demanda [constitucional] é procedimental, não substantiva: as cortes *devem considerar* o direito internacional, mas a constituição não requer conformidade”.⁴⁰ Nota-se, portanto, que a discussão sobre o papel do Direito Constitucional Comparado passa também pelo enfrentamento dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional.

5. EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS, TRANSPLANTES JURÍDICOS, MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS: QUAL METÁFORA?

Desde o final dos anos 1990, a teoria constitucional tem procurado lidar com o fenômeno de retorno do comparativismo recorrendo a metáforas diversas. Choudhry alude ao precursor estudo de Alan Watson, “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law” que inauguraria o debate sobre a pertinência de “transplantes jurídicos” ou *legal transplants*.⁴¹ Choudhry recupera o debate travado entre aqueles que, como Pierre Legrand, sustentariam a impossibilidade do transplante, uma vez que normas jurídicas seriam tão cultural e socialmente embebidas que a transposição deveria ser não só do resultado, mas também de todo o processo que nelas (normas jurídicas) culmina; ao passo que James Whitman e David Nelken fariam importantes advertências no sentido de que há processos efetivos que ocorrem transculturalmente e que não podem ser ignorados por um impulso pela convergência.⁴²

É assim que uma recorrente metáfora no Direito Constitucional Comparado também não seria imune a críticas: “empréstimos constitucionais” ou *constitutional borrowing*. Kim Lane Scheppele relembra que pensar em um empréstimo (ou um

⁴⁰ Tradução livre de: “The requirement is procedural, not substantive: the courts *must consider* international law, but the constitution does not require conformance” (JACKSON, Vicki. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 78). Para um debate a respeito da relação entre as categorias de Jackson e a justiça transicional no Brasil, ver Torelly (TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016), Patrus (PATRUS, Rafael Dilly. **Articulação Constitucional e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016) e Tirado (TIRADO, Felipe Guimarães Assis. **Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: Towards Accountability for Crimes Against Humanity in Brazil**. Belo Horizonte, 2018. 185 f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMG).

⁴¹ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 17.

⁴² Não se deve, contudo, deixar de considerar o que se segue: “Como têm sublinhado alguns teóricos do Direito Constitucional Comparado, a prática da citação não pode se transformar num mero “transplante” de fontes jurídicas estrangeiras; ela deve ser feita conforme pautas metodológicas claras e pré-definidas, que auxiliem os juízes a utilizá-las apenas como um complemento da motivação da decisão” (VALE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. **Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional#_ftn-ref4_7296>. Acesso em: 14 fev. 2019., p. 1).

comodato) constitucional envolveria a necessidade de um futuro retorno do objeto emprestado;⁴³ e mais, deveria haver permissão inicial para o empréstimo e até eventual melhora no objeto após sua devolução. Isto não acontece no modo como convencionalmente se usou a expressão “empréstimo constitucional”. Daí ela propor a ideia de uma “influência constitucional cruzada” ou *cross constitutional influence*.⁴⁴ Esse termo seria mais abrangente, envolvendo influências positivas e negativas, diretas e indiretas. Scheppele faz a percuciente afirmação de que, principalmente em momentos constituintes, pode ser mais importante negar o que um sujeito constitucional não é, ou não pode ser, do que fazer difíceis ilações sobre o que o futuro pode aguardar.

Isto permitiria distinguir entre um *constitucionalismo aspiracional*, em que tanto no processo constituinte como na interpretação importa mais olhar para o futuro e definir quais objetivos devem estar em jogo, e um *constitucionalismo aversivo*, no qual há uma definição clara do que se quer evitar, fazendo-se uma rejeição de uma possibilidade constitucional. Nesse último sentido, o preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ao invocar uma consciência da responsabilidade perante Deus e os homens do povo alemão, teria feito uma clara rejeição do passado nacional-socialista. De modo semelhante, o preâmbulo da Constituição Sul-Africana, de 1996, começa com a eloquente afirmação de que o povo daquele país reconhece as injustiças do passado. Poder-se-ia adicionar o modo como o preâmbulo da Constituição da Tunísia, de 2014, se orgulha da luta de seu povo pela liberdade contra a tirania. Esses cortes epistemológicos são importantes, mas não se deve deixar de considerar que o constitucionalismo deve ter sempre um olhar dirigido tanto ao passado quanto ao futuro.

Fala-se, também, em “diálogos” entre cortes, ou na “migração de ideias constitucionais” (*migration of constitutional ideas*), como prefere Choudhry,⁴⁵ uma expressão que parece tentar abranger vários fenômenos: por que aderir a um precedente estrangeiro, por que rejeita-lo, quais fundamentos estão em jogo, até onde se explorou o contexto sócio-político da decisão referenciada, entre outros. O que se deve assinalar, desse modo, é que não se pode ter uma atitude inocente em relação ao estrangeiro e ao supranacional. E talvez esta seja mais uma questão de metodologia do que de metáforas.

⁴³ SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models. *I.CON*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 296-324. 2003, p. 296.

⁴⁴ O termo remete à tipologia proposta por Anne-Marie Slaughter (SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *U. Rich. L. Rev.*, Richmond, v. 29, n. 99, p. 99-137. 1994, p. 99) sobre a comunicação judicial, que envolveria: comunicação horizontal, comunicação vertical; comunicação vertical-horizontal mista; diálogo direto; monólogo; diálogo intermediado. Essas comunicações poderiam cumprir funções de: melhorar a efetividade de decisões de tribunais supranacionais; assegurar e promover a aceitação de obrigações internacionais recíprocas; fertilização cruzada; melhorar a persuasão, autoridade ou legitimidade de decisões judiciais individuais; e, promover deliberação coletiva.

⁴⁵ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 22.

6. QUEM IMPORTA NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO?

Com todas as mudanças no interesse científico por ordens constitucionais fora do norte global, ainda assim, o movimento tem sido menos expansivo do que deveria. Tushnet e Khosla, por exemplo, destacam que a Ásia Oriental (China, Japão, Mongólia, Singapura, Indonésia, Coreia do Sul, entre outros) tem recebido mais atenção que o Sul Asiático ou Ásia Meridional, com exceção, em alguns aspectos, da Índia (a se incluir, pois, Paquistão, Nepal, Bangladesh, Sri Lanka, Afeganistão, Maldivas, Sudão, Mianmar).⁴⁶ Cinco dos países da Ásia Meridional (Bangladesh, Índia, Nepal, Paquistão e Sri Lanka) compartilham elementos de desenvolvimento constitucional em meio a tensas relações entre direito e política. É claro que constituições e constitucionalismo canalizam um encontro entre os sistemas do direito e da política que precisa ser devidamente mediado. Mas há aspectos interessantes naquela região que podem iluminar a forma como se pensa o Direito Constitucional no Brasil e na América Latina, para além de uma leitura com os olhos direcionados para o norte – como parece ter sido a tradição recorrente. É claro que isto deve ser feito a partir de um ponto de vista dirigido contextualmente para problemas levantados pelos próprios *atores constitucionais*; só assim, a comparação pode se tornar plausível, como ressalta Choudhry em relação à Ásia Meridional, Turquia e Espanha e suas preocupações com políticas constitucionais de línguas oficiais.⁴⁷

É aqui que se deveria, segundo Tushnet e Khosla, falar de um *constitucionalismo instável*.⁴⁸ Esta seria uma tipologia de constitucionalismo que se refere à ação de atores comprometidos com a ideia de constitucionalismo, ainda que exigências liberais nem sempre estejam presentes, mas há um desejo de governança estável a ser consolidada. A expressão é indicativa de quais caminhos importam no Direito Constitucional Comparado e se podemos segmentar arbitrariamente a investigação científica. Elementos como federalismo simétrico e assimétrico, reconhecimento de plurinacionalismo, multiculturalismo, estariam presentes, mas opções constitucionais interessantes de diversos pontos de vista competiriam entre si de uma forma a evitar a consolidação de um só paradigma. O direito enfrentaria obstáculos significativos para mediar fatores sociais que empurram esses países para a instabilidade institucional. Questões como desenho institucional ainda são problemáticas para todo o sistema, mais do que o papel de cortes constitucionais ou da interpretação constitucional.⁴⁹ De todo modo, a tendência das

⁴⁶ TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3.

⁴⁷ CHOUDHRY, Sujit. How To Do Constitutional Law and Politics in South Asia. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 19.

⁴⁸ TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 5.

⁴⁹ Ante o cenário jurídico-político brasileiro pós-2016, há suficientes razões para questionar o modo como se aplica a Constituição brasileira de 1988, para muito além dos problemas recorrentes que afligem

partes em conflito nesses países seria a de busca de uma definição constitucional do tipo de Estado que pretendem e não de colocar fim ao projeto comum.

É, assim, um problema central problematizar a ideia de *instabilidade constitucional*. Fontes para tal fenômeno podem ser externas a ele, mas também podem incluir a atuação de instituições que fazem parte do próprio sistema constitucional. Parte da tarefa consiste justamente na identificação das fontes de instabilidade e na apresentação de respostas. A questão é que, diante de uma instabilidade que é *constitucional*, as respostas não podem partir apenas da política, mas devem vir também do direito, ou melhor, da abordagem jurídica da forma constitucional.⁵⁰ Será que essa não é uma questão que interessa à América Latina?

Fontes de instabilidade constitucional podem se apresentar por meio das instituições que rompem com as formas tradicionais de fixação de fronteiras de divisão de trabalho. Análises de fatores desse tipo demandam mais e mais dos estudiosos do constitucionalismo comparado. A investigação de propostas de constitucionalismo que ultrapassam o enquadramento liberal demonstra que se deve evitar o que se poderia chamar de *segmentação comparada*, ou seja, dar privilégio excessivo a paradigmas constitucionais tradicionais que podem impedir o contato com experiências menos frequentes de comparativismo.

7. TRANSDISCIPLINARIEDADE NOS ESTUDOS CONSTITUCIONAIS COMPARADOS

Se é possível remontar a fontes bastante remotas do Direito Comparado, como o faz Hirschl,⁵¹ voltando a normas religiosas pré-modernas e passando por Bodin, Selden e Montesquieu, de outra parte, a contemporaneidade, além de resgatar os estudos constitucionais comparados, demanda transdisciplinariedade para lidar com a complexidade. Talvez por isso faça mais sentido falar em “Estudos Constitucionais Comparados”, ao

constitucionalistas brasileiros. Quais os limites para o uso (ou mau uso) do *impeachment* no Brasil e em países latino-americanos? A judicialização da política e a politização da justiça foram tão longe a ponto de romper com a ordem institucional de 1988? Há espaço para uma constituição dirigente ante uma emenda constitucional que institui, na visão de alguns (STRECK, Lênio. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-ra-zoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>. Acesso em: 18 fev. 2019, p. 1), um estado de exceção econômico?

⁵⁰ “Implícito é o entendimento de que normas e instituições jurídicas também têm o potencial de moldar realidades sócio-políticas na sua própria forma distinta: por estas razões, o desenho jurídico importa. O fenômeno específico do constitucionalismo instável existe porque o direito é trazido à discussão em meio à política”. Tradução livre de: “Implicit is an understanding that legal norms and institutions also have the potential to shape sociopolitical realities in their own distinct fashion; for that reason, legal design matters. The precise phenomenon of unstable constitutionalism exists because law is brought into discussion with politics” (TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3).

⁵¹ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 77.

invés de “Direito Constitucional Comparado”. Mais do que meramente citar dispositivos legais ou decisões judiciais descontextualizadas, é preciso avançar por opções metodológicas que vão além do estudo teórico. Este, de fundamental importância normativa, não pode ignorar questões empíricas. É claro que não se está aqui a renovar velha dicotomia *law in books* e *law in action*, de Roscoe Pound.⁵² Há pressupostos hermenêuticos que não podem ser simplesmente ignorados. Por isto mesmo é que a transdisciplinariedade é um fator fundamental na investigação constitucional comparada: a separação das atividades de juristas, cientistas políticos e sociólogos é prejudicial.

Assim, e novamente com Hirschl,⁵³ os fatores de *necessidade*, *curiosidade* e *demanda política* devem ser combinados com metodologias de análise que podem abrir o campo de interesse dos estudos comparados. Questões como comportamento judicial, dinâmicas de processos constituintes, formas de aprovação emendas constitucionais ou modelos de efetivação de decisões judiciais importam, desde que adequada e cientificamente apreendidos. Pode ser que o instrumental para esse tipo de análise escape de modo imediato ao jurista; é aí que o desenvolvimento de pesquisas com acadêmicos de outras áreas importa. E uma contestação que é feita por Hirschl é de extrema importância:⁵⁴ enquanto as ciências sociais em geral avançaram muito em termos de estudos comparados, os juristas mantiveram-se limitados em termos metodológicos. Uma pressuposição simples decorrente disto é que constituições não se produzem no vácuo, estando diretamente relacionadas ao contexto político, econômico e social que buscam normatizar.

É importante, contudo, tentar entender o que significa produzir estudos em Direito Constitucional ou em Direito Constitucional Comparado de modo atento a dados empíricos. Não nos parece, assim, acertada a crítica de Hirschl a Dworkin no sentido de que nenhuma de suas seis grandes obras recorre a dados empíricos para entender as origens e consequências do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade (*judicial review*).⁵⁵ Pois tratar o direito como um empreendimento interpretativo nada mais exige do que tomar em consideração dados empíricos, principalmente os que circundam um caso concreto posto à disposição de um juiz ou um tribunal. O que indica que uma busca por respostas em sistemas constitucionais comparados exigirá muito mais do intérprete.

⁵² Ver POUND, Roscoe. *Law in Books and Law in Action*. **Am. L. Rev.**, [s.l.], v. 44, n. 12, 1910, p. 12-36.

⁵³ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 13.

⁵⁴ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 152.

⁵⁵ “Curiosamente, nenhum dos seis supostamente apaixonados livros de Ronald Dworkin sobre constitucionalismo cita nenhum trabalho empírico sobre as origens e consequências da constitucionalização e do controle de constitucionalidade”. Tradução livre de: “Interestingly, none of Ronald Dworkin’s six passionately argued books on constitutionalism cites any empirical work on the origins and consequences of constitutionalization and judicial review” (HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 152, nota 3).

Talvez o problema esteja no ponto de partida: uma leitura positivista (com todas as reduções que podem caber nesse termo) do Direito Comparado pode resultar em um *empresismo constitucional* equivocado justamente porque ignora aspectos econômicos, sociais ou políticos do contexto estrangeiro ou supranacional. Interpretar pede mais em termos de comparativismo. O que não significa que questões, por exemplo, de ordem econômica devam ganhar primazia sobre uma leitura normativa do direito.

8. ANÁLISES *SMALL-N* E *LARGE-N*

A recente literatura sobre Direito Constitucional Comparado alerta para a necessidade de dirigir adequadamente as formas de abordagem de fenômenos constitucionais, evitando-se generalizações indevidas. Ran Hirschl alerta para a necessidade de distinguir análises *small-N*,⁵⁶ voltadas a um comparativismo de estudo de casos e mais prudente, já presentes no Direito Constitucional Comparado em geral. Elas são, contudo, deficientes quando o assunto é proceder a rigorosas metodologias que permitam conclusões mais precisas. De outra parte, a pesquisa estadunidense tem se concentrado mais em estudos *large-N*, apresentando métodos de coleta de dados rigorosos e análises estatísticas. Elas não deixam, contudo, de ser problemáticas também. Observe-se, por exemplo, que o difundido estudo de Law e Versteeg,⁵⁷ parte de um conceito reduzido de constituições como cartas de direitos somente, universaliza uma dicotomia em norma e fato já bastante questionada, por exemplo, no Direito Constitucional alemão e ainda elogia constituições como a saudita por uma suposta honestidade em preferir explicitamente aspirar menos liberdade de imprensa.

Exige-se, portanto, um esclarecimento dos objetivos do constitucionalista que trabalha comparativamente. É preciso delimitar que tipo de investigação está em jogo – analítica ou empírica – e quais reivindicações – baseada em dados ou normativa. Mas como destaca Hirschl,⁵⁸ deve-se ter em mente que tais tipologias metodológicas não são mutuamente excludentes. Estudos *small-N* e estudos *large-N* não se opõem de modo absoluto.

9. USOS EQUIVOCADOS DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL

O acesso e o manejo do Direito Comparado no Brasil nunca deixaram de ser problemáticos. Há obstáculos variados. Um primeiro seria de *insuficiência*. Se o Direito

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 226.

⁵⁷ LAW, David. VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. **California Law Review**, Berkeley, v. 101, n. 4, p. 863-925, 2013, p. 870.

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 279.

Comparado e o Direito Comparado Constitucional importam, principalmente em termos de atividade acadêmica e judicial, a tendência é que eles ocupem um lugar de quase “enobrecimento” dos produtos dessas atividades. Como destacou Conrado Hübner Mendes em relação às decisões do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal,⁵⁹ pode às vezes sobrar “estrangeirismos” no lugar de análise cuidadosa de um caso concreto. Também em termos insuficiência, deve-se destacar que juízes tem um contato restrito tanto com a academia brasileira quanto com a academia estrangeira – aqui em um nível mais insatisfatório. Recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) demonstrou que, no quesito “Fundamentação das decisões judiciais”, não obstante não se tenha investigado a persuasão de fontes e decisões estrangeiras e supranacionais, houve pergunta direcionada obras jurídicas de referência. Em relação a estas, apareceram poucos autores estrangeiros: 0,5% dos entrevistados falaram em Alexy,⁶⁰ 0,3%, em Kelsen e Dworkin; 0,2%, em Beccaria e Bobbio; 0,1%, em Luigi Ferrajoli, Piero Calamandrei e John Rawls.⁶¹

É claro que, como quaisquer dados empíricos, é preciso compreendê-los. Eles escondem que juízes podem fazer referência a autores brasileiros que comungam (o que não é indispensável, é claro) de ideias estrangeiras ou supranacionais. Mas indica algumas percepções. Como declarou o jornalista Elio Gaspari,⁶² é estranho que se enfrente as difíceis consequências da delação premiada ou que se queira importa o *plea bargain* conhecendo apenas dois (na verdade, um) juristas estadunidenses.

Não são poucos os exemplos de problemas no manejo do Direito Constitucional Comparado e não teríamos todo o espaço necessário para aqui analisá-los. Fiquemos apenas com dois: um de *aspecto jurisdicional* e outro de *aspecto acadêmico*. No campo jurisdicional, o voto da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus (HC) 152.752,⁶³ impetrado pelo ex-Presidente Lula, indica uma frouxa funda-

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. Debaixo da toga de Fux, bate um coração. Época, 18 jan 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/debaixo-da-toga-de-fux-bate-um-coracao-23381940>>. Acesso em: 14 fev. 2019, p. 1.

⁶⁰ O caso de Alexy é exemplar, uma vez que, desde o início de seus estudos no Brasil em meados da década de 1990, critica-se a apropriação acrítica, senão indevida da ponderação de valores. Para tanto, ver MEYER, Emilio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 e MORAES, Fausto de Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. Aliás, a própria proporcionalidade é um exemplo de *migração de ideias constitucionais* exitoso, mas não imune a críticas. Ver, também, BARAK, Ahron. **Proportionality**: Constitutional Rights and Their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, e JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark (orgs.). **Proportionality**: New frontiers, new challenges. New York: Cambridge University Press, 2017.

⁶¹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018, p. 133.

⁶² GASPARI, Elio. Os juízes no deserto de juristas. **Folha de S. Paulo**, 13 fev. 2019, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspri/2019/02/os-juizes-no-deserto-de-juristas.shtml>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**. Rel. Min. Edson Fachin. Voto Min. Rosa Weber. Brasília, 4 abr 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

mentação que peca por uma referência talvez pré-disposta a um resultado que não se adequa às premissas fundamentadoras. Assim, um conhecido autor da teoria dos precedentes como Frederick Schauer é referenciado por uma citação em que se defende que tribunais não devem alterar seu entendimento no caso de mudanças de composição.⁶⁴ Correta na premissa, a referência torna-se complicada quando se observar que nem o Supremo Tribunal Federal e nem os juízes brasileiros se importam tanto com o sistema de decisões vinculantes, mesmo com o fortalecimento posterior ao Código de Processo Civil brasileiro de 2015: segundo a referenciada pesquisa da AMB, à pergunta de se magistrados deveriam poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes, cerca 55% dos membros de tribunais superiores responderam que concordam ou muito (30%) ou pouco (25%). Isto demonstra que a importação do sistema para o Brasil, que se inicia, pelo menos, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, não correspondeu efetivamente a uma mudança em quinze anos de vigência.

De modo semelhante, referências à integridade proposta por Ronald Dworkin são feitas de modo aleatório. O autor estadunidense é invocado para justificar a necessidade de observar precedentes e respeito pela instituição e, como ele mesmo invocara, não em nome de uma coerência cega, mas, inclusive, superando precedentes. Em seguida, a tese de uma única resposta correta é sustentada, assim como a necessidade de separar a moralidade pessoal do juiz da moralidade política.⁶⁵ Mas isto nunca significou para o autor um hiato entre o que defende o julgador e o que ele, de fato, entende como sendo a resposta correta. Se o próprio juiz não acredita ser aquela a resposta correta, por que ele deveria sustentar uma posição colegiada discordante da sua?⁶⁶

⁶⁴ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2009, p. 37.

⁶⁵ MEYER, Emílio Peluso Neder; TIRADO, F. G. A. A relação entre direito e moral em Dworkin. In: ABOUD, Georges; LEITE, George Salomão; ALMEIDA FILHO, Agassiz. (Org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018. p. 333-350.

⁶⁶ “É claro, parece arrogante para pessoas sérias que insistam que haja então uma única verdade exclusiva a respeito da questão interpretativa à mão, ou que aqueles que não enxergam a lei ou a pintura como eles veem estão apenas errados. Parece mais realista e modesto dizer que não há uma única interpretação, mas somente diferentes respostas aceitáveis ou responsáveis.

E mesmo assim, isto é exatamente o que nós não devemos dizer se formos honestos, porque não é o que acreditamos ou podemos acreditar. Repetindo: um estudioso que trabalha por anos em uma nova leitura de *Hamlet* não pode acreditar que suas conclusões interpretativas variadas não são mais válidas que as conclusões contraditórias de outros estudiosos; um juiz que manda alguém para a cadeia baseado em uma interpretação do direito que ele acredita não ser melhor, porém apenas diferente de interpretações concorrentes deveria ele mesmo ser preso”. Tradução livre de: “Of course, it seems arrogant to thoughtful people to insist that there is then one exclusive truth about the interpretive issue in hand, that those who do not see the statute or painting as they do are simply in error. It seems more realistic and modest to say that there is no one right interpretation but only different acceptable or responsible ones.

And yet that is exactly what we must not say if we are honest, because it is not what we believe or can believe. To repeat: a scholar who labors for years over a new reading of *Hamlet* cannot believe that his various interpretive conclusions are no more valid than the contradictory conclusions of other scholars; a judge who

A decisão demonstra a distância entre uma análise profunda e uma análise superficial, nem tanto do Direito Comparado, mas da teoria comparada.⁶⁷

No *aspecto acadêmico*, fiquemos apenas com um exemplo de uma publicação em um website jurídico de notícias, o *Jota*. Procurando justificar as afirmações do Governador do Rio de Janeiro eleito, Wilson Witzel, no sentido de que supostos criminosos que estivessem portando armas de uso exclusivo das Forças Armadas, Flávio Jardim,⁶⁸ em um longo arrazoado, toma o direito estadunidense por referência. Logo na introdução, nota-se que não há nenhuma pretensão de se buscar algo nem próximo do que seria uma *migração de ideias constitucionais*: o autor destaca que empreenderá uma verificação da "(...) compatibilidade da proposta de Witzel com o direito vigente no país, à luz dos critérios do direito americano." Em seguida, ele passa à definição jurídica do que é o *target killing* nos Estados Unidos. É curioso que há o reconhecimento de que o direito de guerra não é o mesmo que o Direito Penal doméstico; mas este não pareceria ser o problema.

Segue-se uma análise dos critérios de "razoabilidade objetiva" e *clear and presente danger* da Suprema Corte Norte-Americana e a incorporação pela legislação estadual desses *standards* para situações em que acusados ofereçam perigo aos policiais. E daí, com base nesses critérios, ele elaborará a conclusão de que a proposta de Witzel "(...) dificilmente seria considerada inconstitucional". Já que a Lei 13.497/2017 trataria como hediondos os crimes de posse de armas privativas das Forças Armadas, parece não haver problemas em comparar nosso caso com o norte-americano. E mesmo quando o autor passa para uma análise do Direito Penal brasileiro, nenhum paralelismo é desenvolvido. Perguntas como "qual o contexto de produção dos precedentes", "como o federalismo se relaciona com as decisões do tribunal", "Estados diversos podem regular diferentemente a questão", "quais aspectos sociais e legais poderiam ser destacados", "qual o alvo usual do policial de cada contexto", entre outras, são deixadas em aberto.

O "irônico" disto é que a campanha eleitoral de Witzel para o Governo do Estado do Rio de Janeiro oscila, até o momento, entre bravata de campanha e estímulo à violência. Após ele afirmar que "(...) O correto é matar o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... Fogo!", uma chacina no morro do Fallet deixou o saldo de treze mortos com indícios de tortura e mortes à facada

sends someone to jail on an interpretation of the law he believes no better than, but only different from, rival interpretations should be jailed himself" (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 151).

⁶⁷ Ainda no *aspecto jurisdicional*, muito do que se discutiu prévia e posteriormente ao julgamento de viragem jurisprudencial sobre a presunção de inocência em termos comparados era baseado no "adágio popular" "só no Brasil é assim". Para uma crítica, ver MEYER, Emílio Peluso Neder. Presunção de inocência até a segunda instância?. *JOTA*, 19 fev. 2016. Disponível: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016>>.

⁶⁸ JARDIM, Flávio. "Atiradores de elite e o Direito". *Jota*, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/atiradores-de-elite-e-o-direito-21112018>>. Acesso em: 14 fev. 2019, p. 1.

após rendição.⁶⁹ Vê-se que a pergunta sobre as condições de ação da polícia brasileira comparativamente à americana (que também tem alvos preferenciais), de fato, fez falta no estudo acima apontado.

10. CONCLUSÕES

O artigo buscou reconstruir algumas das principais inquietações que cercam o Direito Constitucional Comparado. Os resultados de pesquisa indicaram que ainda permanece uma forte demanda por rigor metodológico no campo. Saber as perguntas adequadas a fazer pode permitir um uso de fontes comparadas que de fato importe, tanto para a academia quanto para a aplicação do direito, em ganhos. Muito do uso que se tem feito de fontes comparadas tem se mantido no campo de tentativas de fortalecimento de argumentos que previamente são escolhidos de acordo com um resultado esperado. Perde-se, portanto, no espaço argumentativo e interpretativo e distorce-se a fonte em prol de um objetivo específico. Os dois exemplos analisados (o voto da Ministra Rosa Weber no HC 152.752 e a importação do *target killing*) indicaram que os problemas metodológicos são, não raro, ignorados quando se fala de Direito Comparado no Brasil. Este artigo busca, ainda que de forma limitada, estimular o debate para propor novas pautas no Direito Constitucional Comparado.

Evitar o recurso excessivo a modelos do norte global e recorrer cada vez mais à transdisciplinariedade parecem ser as questões mais urgentes para o comparativismo no Brasil. É claro que não se deve propor um fechamento nacionalista equivocados. A questão está muito mais em fortalecer pontes de ligação entre experiências diversas, talvez no sentido do que Roland Robertson chamou de “glocalização”, ou seja, a manutenção de uma constante tensão entre o local e global.⁷⁰ Esse tipo de abordagem exige, contudo, tanto a assunção de um olhar transdisciplinar, que permita ao jurista transbordar os limites tradicionais da ciência jurídica, quanto um ponto de vista não subordinado às práticas impositivas das democracias ocidentais.

11. REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE, Ana Luiza. Defensoria vê indícios de mutilações em operação da PM que deixou 13 mortos no Rio. **Folha de S. Paulo**, 12 fev 2019. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/defensoria-do-rio-ve-indicios-de-fuzilamento-em-acao-policial-que-matou-13.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

⁶⁹ ALBURQUERQUE, Ana Luiza. Defensoria vê indícios de mutilações em operação da PM que deixou 13 mortos no Rio. **Folha de S. Paulo**, 12 fev. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/defensoria-do-rio-ve-indicios-de-fuzilamento-em-acao-policial-que-matou-13.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2019, p. 1.

⁷⁰ ROBERTSON, Roland. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. In: FEATHERSTONE, Mike. LASH, Scott. ROBERTSON, Roland (orgs.). **Global Modernities**. Londres: Sage, 1995, p. 25-44.

BARAK, Ahron. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BERNAL-PULIDO, Carlos. Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia. **Cambridge J. Int'l & Comp. L.**, Cambridge, v. 3, n. 4, p. 1136-1163, 2014.

BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo. **Introducción al derecho constitucional comparado: las "formas de Estado" y las "formas de gobierno"**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CHOUDHRY, Sujit. How to Do Constitutional Law and Politics in South Asia. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. Curitiba: Juruá, 2010.

DORSEN, Norman. A Conversation between US Supreme Court Justices. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 3, n. 4, p. 519-541, 2005.

DUTRA, Deo Campos. VIEIRA, José Ribas. "O Direito Constitucional Comparado entre Renascimento e Consolidação". **Sequência**, Florianópolis, n. 76, p. 69-94, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREIRE, Alonso. "Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico". **Revista Publicum**, n. 2, p. 45-73. 2016.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1993.

GASPARI, Elio. Os juízes no deserto de juristas. **Folha de S. Paulo**, 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/2019/02/os-juizes-no-deserto-de-juristas.shtml>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. New Haven: Harvard University Press, 2004.

JACKSON, Vicki. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark (orgs.). **Proportionality: New frontiers, new challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017.

JARDIM, Flávio. "Atiradores de elite e o Direito". *Jota*, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/atiradores-de-elite-e-o-direito-21112018>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

LAW, David. VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. **California Law Review**, Berkeley, v. 101, n. 4, p. 863-952, 2013.

LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Debaixo da toga de Fux, bate um coração. *Época*, 18 jan. 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/debaixo-da-toga-de-fux-bate-um-coracao-23381940>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: crítica às sentenças inter-mediárias, técnicas e efeitos do controle constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. **German Law Journal**, v. 19, p. 727-768, 2018.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Presunção de inocência até a segunda instância?. **JOTA**, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016>>.

MEYER, Emílio Peluso Neder; TIRADO, F. G. A. A relação entre direito e moral em Dworkin. In: ABOUD, Georges; LEITE, George Salomão; ALMEIDA FILHO, Agassiz. (Org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018. p. 333-350.

MORAES, Fausto de Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MUNSHI, Sheraly. Comparative law and decolonizing critique. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 65, p. 207-235, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

PATRUS, Rafael Dilly. **Articulação Constitucional e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

POSNER, Richard. No thanks, we already have our own laws. **Legal Aff**, [s.l.], jul./ago. 2004.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. **Am. L. Rev.**, [s.l.], v. 44, n. 12, p. 12-36, 1910.

ROBERTSON, Roland. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. In: FEATHERS-TONE, Mike. LASH, Scott. ROBERTSON, Roland (orgs.). **Global Modernities**. Londres: Sage, 1995, p. 25-44.

SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, New York, v. 13, n. 1, p. 37-76, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2009.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models. **I.CON**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003.

SINHA, Manisha. **The Slave's Cause: A History of Abolition**. New Haven: Yale University Press, 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **U. Rich. L. Rev.**, Richmond, v. 29, n. 99, p. 99-137, 1994.

STRECK, Lênio. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TIRADO, Felipe Guimarães Assis. **Human Rights, Transitional Justice and Transnational Law: Towards Accountability for Crimes Against Humanity in Brazil**. Belo Horizonte, 2018. 185 f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMG.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TULLY, James. The Imperialism of Modern Constitutional Democracy. In: LOUGHLIN, Martin. WALKER, Neil (orgs.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 315-338.

TUSHNET, Mark, KHOSLA, Madhav. Unstable Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark. KHOSLA, Madhav (orgs.). **Unstable Constitutionalism: Law and politics in South Asia**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3-17.

VALE, André Rufino do. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional#_ftnref4_7296>. Acesso em: 14 fev. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WATERS, Melissa. Getting Beyond the Crossfire Phenomenon: A Militant Moderate's Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation. **Fordham L. Rev.**, v. 77, p. 635-646, 2008.

Instruções para autores

*Instructions for authors**

1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

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".

poderão tê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, 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.