



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 7 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2020 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 7 | n. 1 | janeiro/abril 2020 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)

# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons - Atribuição 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](mailto:revista@ninc.com.br)

**Supervisão editorial:** Eliane Peçanha  
**Revisão:** Equipe do NINC-UFPR  
**Bibliotecária:** Paula Carina de Araújo - CRB 9/1562  
**Capa:** Duílio David Scroc  
**Projeto gráfico:** Duílio David Scroc  
**Diagramação:** Editora Íthala ([www.ithala.com.br](http://www.ithala.com.br))

Publicação eletrônica de acesso aberto

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

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342

CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – Sibi

### Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

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

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

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

## EQUIPE EDITORIAL

### 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. Clèmerson Merlin Clève (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Prof. Dr. Christoph Bezemek (*Karl-Franzens-Universität Graz* – Viena, Áustria)  
Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (*Universidade Federal de Pernambuco* – Recife-PR, Brasil)  
Prof. Dr. Gilberto Bercovici (*Universidade de São Paulo* – São Paulo-SP, Brasil)  
Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (*Universidad de Talca* – Santiago, Chile)  
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – Porto Alegre-RS, Brasil)  
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (*Universidade de Fortaleza* – Fortaleza-CE, Brasil)  
Prof. Dr. Josep 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

Aléxia Andrade (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Anderson Henry Kwan (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Cibelle Yamazaki (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Erick Nakamura (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Isabela Vieira Leon (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Felipe Klein Gussoli (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Luzardo Faria (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Pedro Abrantes Martins (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Rafaela Nataly Facio (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Sofia Eloá de Oliveira Souza Brighenti (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Victor Hugo Petersen (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)  
Vinícius Nabak (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

# Sumário

## Contents

### Editorial

*Editorial*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.77454

**Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria .....7**

### **La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación**

*The guarantee of a basic income of citizenship as an instrument of the transforming Welfare State*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.73866

**Maria Victòria Forns I Fernández..... 11**

### **¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma**

*An Inter-American Paradox? Chile, a State that Complies with the Inter-American System of Human Rights Judgments, but that Presses for its Reform*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.70231

**Álvaro Paúl .....59**

### **El constitucionalismo del ius commune a través de los derechos humanos: los avances y resistencias en el ámbito mexicano**

*The constitutionalism of the ius commune through human rights: the advances and resistances in the Mexican sphere*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.64878

**José de Jesús Becerra Ramírez .....87**

### **Intra-party democracy index: a measure model from Brazil**

*Índice de democracia intrapartidária: um modelo de medição desde o Brasil*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.74101

**Eneida Desiree Salgado .....107**

**The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional system**

*A batalha de narrativas dos poderes: hiperfragmentação partidária, judicialização da política e supremocracia no sistema político-institucional brasileiro*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.69637

**Yasmim Salgado Santa Brígida, Loiane Prado Verbicaro .....137**

**Concentrated judicial review in Brazil and Colombia: which (or whose) rights are protected?**

*A concentração do controle judicial no Brasil e na Colômbia: quais direitos (ou de quem) são protegidos?*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.69583

**Marcus Flávio Horta Caldeira.....161**

**Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”**

*Direito Constitucional ao redor do globo: o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e o “writ of certiorari”*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.73893

**Luiz Henrique Diniz Araújo.....189**

**Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?**

*Authoritative force, persuasive influence or anything: what counts as a legal precedent for the Brazilian Federal Supreme Court?*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.70888

**Fernando Leal .....205**

**O Tribunal de Contas da União é um órgão político?**

*Is the Federal Audit Court a political body?*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.71868

**Flávio Garcia Cabral.....237**

**Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência**

*Materializing institutional dialogues on universal health care litigation - proposals of contracts of procedure, LINDB and transparency*

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.67088

**Caio Gama Mascarenhas, Lídia Maria Ribas .....285**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... 319





# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v7i1.77454

Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



### DANIEL WUNDER HACHEM <sup>1\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná (Brasil)

danielhachem@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-8519-8420>

### LUZARDO FARIA <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná (Brasil)

fariacruzardo@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

Inauguramos o volume 7 da **Revista de Investigações Constitucionais** com este número 1, dando início às publicações do ano de 2020. Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Chile, Espanha, México e de 6 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste: Paraná, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Pará e Pernambuco. Dos trabalhos publicados, 90% são de Professores Doutores, 70% redigidos em língua estrangeira, 30% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 90% dos artigos são de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

---

Como citar esse editorial/*How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Editorial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 7-9, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.77454.

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

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

- La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación

**Maria Victòria Forn i Fernández**

Profesora Colaboradora Permanente de Trabajo Social, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España).

- ¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma

**Álvaro Paúl**

Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile)

- El constitucionalismo del ius commune a través de los derechos humanos: los avances y resistencias en el ámbito mexicano

**José de Jesús Becerra Ramírez**

Profesor investigador titular C en la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, Jalisco, México)

- Intra-party democracy index: a measure model from Brazil

**Eneida Desiree Salgado**

Professor of Constitutional Law and Electoral Law at the Federal University of Paraná (Curitiba-PR, Brazil)

- The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional system

**Yasmim Salgado Santa Brígida**

Mestranda em Direito na linha Desenvolvimento, Políticas Públicas e Direitos Humanos no CE-SUPA - Centro Universitário do Estado do Pará (Belém-PA, Brasil)

**Loiane Prado Verbicaro**

Professora Adjunta da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Pará – UFPA (Belém-PA, Brasil)

- Concentrated judicial review in Brazil and Colombia: which (or whose) rights are protected?

**Marcus Flávio Horta Caldeira**

Professor (voluntário) na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

- Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”

**Luiz Henrique Diniz Araújo**

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

- Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?

**Fernando Leal**

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

- O Tribunal de Contas da União é um órgão político?

**Flávio Garcia Cabral**

Professor e coordenador acadêmico da Escola de Direito do Ministério Público - EDAMP (Campo Grande-MS, Brasil)

- Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência

**Caio Gama Mascarenhas**

Mestrado em Direito em andamento pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (Campo Grande-MS, Brasil)

**Lídia Maria Ribas**

Pesquisadora e professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (Campo Grande-MS, Brasil)

Na esperança de poder continuar publicando resultados de pesquisa na área de Direito Constitucional, com as principais tendências no Brasil, na América Latina e em outras experiências comparadas, desejamos a todos uma ótima leitura.





## La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación\*

### *The guarantee of a basic income of citizenship as an instrument of the transforming Welfare State*

MARIA VICTÒRIA FORNS I FERNÁNDEZ<sup>1, \*\*</sup>

<sup>1</sup>Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)

mariavictoria.forns@urv.cat

<https://orcid.org/0000-0003-3938-8172>

Recebido/Received: 19.05.2020/ May 19<sup>th</sup>, 2020

Aprovado/Approved: 29.05.2020 / May 29<sup>th</sup>, 2020

#### Resumen

El actual sistema político y económico lejos de fomentar el Estado del Bienestar, erradicar la pobreza y construir una sociedad inclusiva, expulsa a una parte de la ciudadanía, para abocarla a la marginación o la exclusión social. Este artículo analiza una medida concreta de lucha contra la pobreza y la exclusión social que se incorpora en la agenda política europea a finales de los años ochenta de siglo XX, la Renta Mínima de Inserción (RMI), que tenía por objeto intentar dar respuesta al ineficaz abordaje que ofrecía el sistema de la Seguridad Social. Se profundiza en su implantación, que pretendía facilitar

#### Abstract

*The current political and economic system, far from promoting the Welfare State, eradicating poverty, and building an inclusive society, expels part of the citizenry, leading them to marginalization or social exclusion. This article analyses a specific measure for fighting poverty and social exclusion that was incorporated into the European political agenda at the end of the 1980s, the Guaranteed Minimum Income (GMI), which was intended to respond to the ineffective approach offered by the Social Security system. It was implemented in greater depth, with the aim of facilitating the social integration of the most disadvantaged citizens.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 11-58, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.73866.

\* Este artículo ha sido realizado en el marco del Programa de Doctorado de Antropología y Comunicación de la Universitat Rovira i Virgili.

\*\* Profesora Colaboradora Permanente de Trabajo Social, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctora en Antropología Social y Cultural, Universitat Rovira i Virgili. Licenciada en Antropología Social y Cultural y Máster Universitario en Estudios Avanzados en Administración y Derecho Público por la Universitat Rovira i Virgili (URV). Diplomada en Trabajo Social por la Universitat de Barcelona (UB). Responsable de la Titulación de Trabajo Social de la Facultat de Ciències Jurídiques y del Àrea de Investigación en Servicios Sociales de la Càtedra d'Inclusió Social de la URV. Miembro del Grupo de Investigación en Antropología Social e investigadora del Proyecto "Conseqüències del feminicidi en la violència de gènere: anàlisi de les necessitats de fills, filles i familiars per a noves propostes d'intervenció integral a Catalunya" de l'Institut Català de la Dona (Generalitat de Catalunya). E-mail: mariavictoria.forns@urv.cat.

la inserción social de los ciudadanos más desfavorecidos. Una RMI, que en el caso del Estado español se concebiría como una ayuda condicionada a la incorporación del beneficiario en un programa de inserción social y laboral, para aquellos ciudadanos que habían fracasado en el sistema. La RMI ante la falta de trabajo y el paro exponencial, se convirtió en el comodín para garantizar unos mínimos vitales a muchas personas y familias que de otro modo estaban abocados a la exclusión social, y que acabó por desvirtuarse al perder su clara vocación de trabajar procesos de transformación convirtiéndose en un ingreso de subsistencia, que para nada se consignaba dentro de los parámetros de la dignidad humana y que no evitaba ni la cronificación de situaciones de marginación, ni la dependencia respecto del sistema de protección social. Finalmente se observará a través del estudio comparativo de todas las Comunidades Autónomas, cómo ha ido evolucionando la RMI hacia la Renta Básica (RB), pensada como una prestación social básica que pretendía adaptarse a los cambios sociales y quería devenir en un instrumento para combatir la precariedad laboral, la carencia de recursos económicos, la pobreza, la exclusión, etc., y contribuir a la vez a reconstruir un nuevo Estado del Bienestar más igualitario y universalista, en un contexto político y económico que seguía dominado por el capitalismo en su versión actual neoliberal.

**Palabras clave:** Estado del Bienestar; inclusión social; renta mínima de inserción; renta básica; Derecho Constitucional.

*An MI, which in the case of the Spanish state would be conceived as a conditional aid on the incorporation of the beneficiary into a social and labor market insertion program, for those citizens who had failed in the system. In the face of the lack of work and exponential unemployment, the MI became the joker for guaranteeing a minimum standard of living for many individuals and families who would otherwise be exposed to social exclusion. Finally, through the comparative study of all the Autonomous Communities, we will observe how the MI has been evolving towards the Basic Income (BI), conceived as a basic social benefit that was intended to adapt to social changes and that wanted to become an instrument to combat job insecurity, lack of economic resources, poverty, exclusion, etc., and to contribute at the same time to the reconstruction of a new Welfare State that was more egalitarian and universalist, in a political and economic context that continued to be dominated by capitalism in its current neoliberal version.*

**Keywords:** Welfare State; social inclusion; guaranteed minimum income; basic income; Constitutional Law.

*The welfare state, the idea that a successful, competitive, capitalist market economy can be combined with effective services to reduce poverty and meet the needs people experience in their everyday lives, was the great gift of Europe to the world.\*\*\**

## SUMARIO

**1.** Introducción. **2.** La Renta Básica como instrumento del modelo de bienestar. **3.** Las políticas públicas autonómicas en materia de Renta Básica. **3.1.** Iniciativa legislativa. **3.2.** Denominación. **3.3.** Conceptualización. **3.4.** Mandato estatutario. **3.5.** Universalidad. **3.6.** Condicionalidad. **3.7.** Complementariedad. **3.8.** Derecho subjetivo. **3.9.** Titularidad. **3.10.** Cuantía e índice de referencia. **3.11.** Duración y prórroga. **3.12.** Financiación. **4.** Cataluña: de la Renta Mínima de Inserción a la Renta Garantizada de Ciudadanía. **5.** Conclusiones. **6.** Referencias.

\*\*\* TAYLOR-GOOBY, Peter. The Double Crisis of the Welfare State and What to Do About It. *SSRN Electronic Journal*, p. 1, enero, 2013. Disponible en: <<http://www.open.ac.uk/ccig/sites/www.open.ac.uk/ccig/files/The%20Double%20Crisis%20paper.pdf>>.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los antecedentes del “Welfare State” o Estado del Bienestar<sup>1</sup> se remontan a los años veinte y treinta del siglo XX; pero a partir del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial el Estado paulatinamente se transformará en agente activo responsable del progreso social de los ciudadanos, conformando el llamado “Estado providencia”, “Estado benefactor” o “Estado de bienestar”, que para Marshall comprende, “tanto la propuesta política que consiste en la provisión o garantía por parte del Estado de una serie de bienes o servicios que dicho Estado considera como preferentes incluidas las medidas normativas para alcanzarlo, como una situación concreta del “estado de las cosas”, donde se ha logrado una correcta combinación de democracia, el bienestar social y el capitalismo”<sup>2</sup>. Un Estado que, para Farge Collados, se convertirá en “el baluarte contra la arbitrariedad y la injusticia del libre mercado, como el protector de los pobres. Y es que, a fuerza de leyes, de decretos, bajo la presión de las luchas obreras y por medio de las convenciones colectivas, intervino para humanizar los rigores del primer capitalismo”<sup>3</sup>, es decir, el Estado incorpora una nueva función en su catálogo, la “política social”<sup>4</sup>.

El Estado del Bienestar en los últimos treinta años ha sufrido una clara erosión, como ya se ha puesto de relieve. Muchos son los motivos, pero sin lugar a dudas uno de los más evidentes es la falta de visión e interés político por erradicar las desigualdades sociales, que debiera haberse traducido en estrategias políticas menos neoliberales. En este sentido, “la importancia del gasto en servicios sociales para promover la igualdad social es decisiva en el desarrollo de los Estados del Bienestar modernos”<sup>5</sup>. Para Noguera Ferrer,

*lamentablemente, la izquierda en su conjunto no siempre ha sido capaz de contener tal evolución ni de proponer alternativas coherentes para el rediseño del bienestar social. Al contrario de lo sucedido en otras etapas de su historia, las propuestas innovadoras han escaseado por parte de las diversas izquierdas políticas y sociales, que han oscilado*

<sup>1</sup> FORNS I FERNÁNDEZ, María 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 Económico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 3-54, set./dez. 2018.

<sup>2</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey, **The Right to Welfare and Other Essays**. London: Heinemann Educational, London, 1981. p. 19.

<sup>3</sup> FARGE COLLAZOS, Carlos. El Estado de bienestar. **Enfoques XIX**. n. 1-2, p. 46, 2007.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 155-183, ene./jun. 2015; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015; BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ TORRES, María. Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada, **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 151-189, 2005.

*entre la defensa conservadora de los “logros históricos” alcanzados y la adaptación más o menos camaleónica a los vientos neoliberales dominantes en el último cuarto del siglo veinte*<sup>6</sup>.

Y, en esta línea, apunta Pujadas Muñoz que “no resulta exagerado afirmar que el panorama internacional es sombrío, si nos atenemos a la incapacidad de la mayoría de los estados liberales para gestionar de manera satisfactoria la inclusión de sus minorías en el conjunto de la sociedad civil”<sup>7</sup>, que, entre otros, muy a menudo se hallan en el *limes* del sistema económico y laboral y, por tanto, engrosan las files de los más desfavorecidos de nuestro modelo de bienestar. En cualquier caso, como afirma Navarro López, “la continuación de las políticas neoliberales sería un suicidio para el país, incrementando todavía más el sufrimiento de las clases populares”<sup>8</sup>.

No es hasta los años ochenta del siglo pasado que Europa fija su atención en la lucha contra la pobreza y la exclusión social buscando alternativas a las del Sistema de la Seguridad Social. Como asegura Uribarri Hernández, se comprueba que “las pensiones clásicas asociadas al régimen de la Seguridad Social no frenaban la extensión de la pobreza y la exclusión, porque estas realidades habían cambiado con relación al pasado. Ahora aparecían nuevos fenómenos de pobreza y exclusión asociados al paro de larga duración, a las familias monoparentales, al empleo precario, etc.”<sup>9</sup>. Sin duda, los cambios en el mercado de trabajo, en especial, la desregulación del mismo, han constituido la causa de la desigualdad y la pobreza que conlleva asociada.

## 2. LA RENTA BÁSICA COMO INSTRUMENTO DEL MODELO DE BIENESTAR

La “Renta Básica” (RB), la “Renta Universal” (RU) o la “Renta Básica Universal” (RBU), acuñada ideológicamente en los mejores momentos del Estado del Bienestar, destaca como instrumento para corregir las desigualdades y luchar contra la pobreza y la exclusión social. Antón Morón define la “renta social”, en general, como “una medida distributiva y pertenece al campo de la economía, pero el aspecto principal a destacar es su función de garantía de unas condiciones mínimas de existencia, es decir, se trata

<sup>6</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio, Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 109, 2002.

<sup>7</sup> PUJADAS MUÑOZ Joan Josep. Los claroscuros de la etnicidad. El culturalismo evaluado desde la óptica de la cohesión social y la ciudadanía. **Iustitia**, n. 9, diciembre, p. 282, 2011.

<sup>8</sup> NAVARRO LÓPEZ, Vicenç. Las consecuencias del neoliberalismo en la pandemia actual. **Público**. Disponible en <<https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2020/03/17/las-consecuencias-del-neoliberalismo-en-la-pandemia-actual/>>. 17 de marzo de 2020.

<sup>9</sup> URIBARRI HERNÁNDEZ, Iñaki. Historia y futuro de las rentas mínimas en Euskadi. **Cuadernos de Trabajo Social**, vol. 25, n. 1, p. 27, 2012.



de un derecho y un valor humano, por encima del valor económico o 'contributivo' del individuo<sup>10</sup>.

La RB es concebida como un "pago que el Estado realizaría mensualmente a cada ciudadano o residente en su territorio, de forma individual e incondicional, independientemente de cualquier otro ingreso que pueda tener, así como de su situación familiar o laboral", en palabras de Noguera Ferrer<sup>11</sup>, que así mismo afirma que "the prospects for a fully universal BI may always improve in the medium-long term, and new opportunity windows may open. If that were the case, they would be worth exploring. However, the needs of many families hit by poverty and exclusion cannot wait until a full and 'true' BI is feasible"<sup>12</sup>.

Una RB "debería implicar la alteración de la actual distribución de la renta, y de los mecanismos de redistribución del Estado; de otro modo, no tiene sentido el esfuerzo de luchar por su implantación"<sup>13</sup>. La RB debe crearse con

*el objetivo de ser un instrumento para la racionalización de las políticas sociales y, en concreto, del sistema de garantías mínimas. Para lo cual se hace necesario determinar el coste y el modelo de financiación que permita hacer frente a los compromisos asumidos por las administraciones en concepto de [RB]. Se trata de desarrollar un modelo íntegro de [RB] que mejore el sistema de protección de las personas sin recursos. Esta sería la siguiente tarea a desarrollar en el camino hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar,*

Según Peña Miguel y de la Peña Esteban<sup>14</sup>. Así,

*se adaptaría mejor a los cambios sociales en curso en el mercado de trabajo (flexibilidad, precariedad contractual, necesidad recurrente de periodos de formación), en las formas de familia (familias monoparentales, cambios frecuentes de pareja, nuevos tipos*

<sup>10</sup> ANTÓN MORÓN, Antonio, Rentas sociales, trabajo y ciudadanía, **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 211, 2005.

<sup>11</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 110, 2002. En este sentido, se define en el art. 4 de los Estatutos de la *Red Renta Básica* como "una renta modesta pero suficiente para cubrir las necesidades básicas de la vida a pagar a cada miembro de la sociedad como un derecho, financiado por impuestos o por otros medios y no sujeto a otra condición que la de ciudadanía o residencia. La Renta Básica debería estar garantizada y pagarse a todos a título individual, independientemente de sus otras posibles fuentes de renta, de sí trabajan o no y de con quién convivan". Disponible en <<http://www.redrentabasica.org/rb/asociacion-rrb/estatutos/>>.

<sup>12</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio, The Political Debate on Basic Income and Welfare Reform in Spain. **Social Policy & Society**, vol. 18, n. 2, p. 297, 2019.

<sup>13</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 115, 2002.

<sup>14</sup> PEÑA MIGUEL, Noemí, DE LA PEÑA ESTEBAN, Joseba Iñaki. Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar. **Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales**, n. 31, p. 31, 2014.

*de relación), o en las formas de vida (incremento de la individualización, creciente heterogeneidad de los estilos de vida), ante los cuales las políticas sociales tradicionales muestran un claro agotamiento*<sup>15</sup>.

En la medida en que “la inversión social sirva para potenciar el crecimiento económico, el Estado del Bienestar de inversión social sentará también las bases para el mantenimiento del Estado del Bienestar tradicional”, manifiesta Muñoz de Bustillo Llorente. Sin duda alguna el requisito para el mantenimiento del Estado del Bienestar es “una economía productiva que genere suficiente excedente como para financiar los programas de gasto e inversión social. Pero ello, siendo necesario, no es suficiente. Si algo hemos aprendido tras décadas de estudios sobre la ‘crisis del Estado del Bienestar’ es que hay múltiples variedades de capitalismo y posibles combinaciones de Estado y mercado, público y privado, compatibles con una economía de mercado que funcione”<sup>16</sup>.

En opinión de Moreno Márquez, la RB “podrá jugar un papel importante en la reconstrucción del Estado del Bienestar, la ciudadanía y muchas de las bases normativas que la sustentan. (...) como una medida que puede reavivar y refrescar los debates actuales en torno a estos temas de lo social”<sup>17</sup>. Y supondría, sin duda, “una transformación sustancial de los actuales sistemas de bienestar social existentes en los países capitalistas desarrollados, y, más concretamente, una superación de muchos de los problemas de las prestaciones sociales condicionadas que han sido tradicionalmente señalados por los estudiosos de la política social”<sup>18</sup>.

En definitiva, “aunque a primera vista provoque incompreensión y perplejidades (a menudo debidas más a inercias emocionales e ideológicas que a una consideración serena de los argumentos en juego), un programa de RB tiene enormes potencialidades para superar y mejorar de forma igualitaria y universalista la configuración actual de los Estados del Bienestar”<sup>19</sup>; pues no sólo se dirige a responder a algunos de los problemas “clásicos” de las prestaciones condicionadas, según Noguera Ferrer; “sino también

<sup>15</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 117, 2002.

<sup>16</sup> MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael. Crisis, post-crisis y Estado de Bienestar: ¿hacia dónde transita el Modelo Social Europeo?. **Cuadernos Europeos de Deusto**. n. 54, p. 154, 2016.

<sup>17</sup> MORENO MÁRQUEZ, Gorka. **Crisis y reconstrucción del Estado del Bienestar**. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2008. p. 170.

<sup>18</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 111-112, 2002.

<sup>19</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 111-112, 2002.

a otros de nuevo cuño, que además están en la base de la crisis y el cuestionamiento de los modelos de Estado del Bienestar que se consolidaron en la posguerra”<sup>20</sup>.

El mantenimiento del Estado del Bienestar, en opinión de Muñoz de Bustillo Llorente, “exige también contar con la correlación de fuerzas y el apoyo social y político necesario para respaldar sus políticas y la correspondiente redistribución de las rentas generadas en el mercado. Será lo que ocurra en estos dos ámbitos lo que determine el futuro de los Estados de Bienestar europeos”<sup>21</sup>. Y es que para Uroz Olivares, “el crecimiento económico asociado a la desigualdad social no conduce a nada. Los valores que deben orientar la acción en nuestras sociedades son la libertad, la solidaridad y la participación, algo que sólo creo que está asegurado en el modelo de Estado de Bienestar que representa nuestra forma de vida”<sup>22</sup>. En esta línea, en cuanto al Estado español, se puede afirmar junto con Pujadas Muñoz, que “ni ha deixat de ser culturalment homogeneitzador (malgrat la ficció del sistema autonòmic), ni és veritablement un Estat del benestar”<sup>23</sup>.

A principios de los años ochenta, algunos países encabezaron en Europa la implantación de una “Renta Mínima” (RM), como fue el caso de Luxemburgo o Francia<sup>24</sup>. En esta línea, el Parlamento Europeo aprueba la Resolución, de 16 de septiembre de 1988, sobre la lucha contra la pobreza en la Comunidad Europea (A 2-171/88) pronunciándose a favor de la instauración en todos los Estados miembros, de una renta mínima garantizada, para favorecer la inserción de los ciudadanos pobres en la sociedad<sup>25</sup>. La Comunidad Europea aprueba la Recomendación del Consejo 92/441/CEE, de 24 de junio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en la que insta a los Estados miembros de la UE a reconocer el derecho fundamental de las personas a recursos y prestaciones suficientes para vivir dignamente. Y explicita que este derecho debe aplicarse en el marco de las estrategias políticas nacionales de lucha contra la exclusión social. El Parlamento Europeo aprueba la Resolución, de 20 de octubre de 2010, sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra

<sup>20</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 111-112, 2002.

<sup>21</sup> MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael. Crisis, post-crisis y Estado de Bienestar: ¿hacia dónde transita el Modelo Social Europeo?. **Cuadernos Europeos de Deusto**. n. 54, p. 153-154, 2016.

<sup>22</sup> UROZ OLIVARES, Jorge. La llamada crisis del modelo de Estado de Bienestar: reestructuración y alternativas. **Miscelánea Comillas**, vol. 68, n. 132, p. 310, 2010.

<sup>23</sup> PUJADAS MUÑOZ, Joan Josep. Cultura, imatges urbanes i espectacle: a propòsit de l'ecumenisme multicultural de la Barcelona del Fòrum 2004. **Quaderns de l'Institut Català d'Antropologia**, n. 19, p. 148, 2003.

<sup>24</sup> Un modelo que gozará de larga vida, puesto que el “Revenu minimum garanti” se instaura aplicar en 1986 en Luxemburgo en 1986 y no será substituido por el “Revenu d’inclusion sociale” (Revis) hasta 2019. Y en el caso de Francia, en 1988 se crea el “Revenu d’insertion minimum”, que dejará paso en 2009 al “Revenu de solidarité active” (RSA).

<sup>25</sup> URIBARRI HERNÁNDEZ, Iñaki. Historia y futuro de las rentas mínimas en Euskadi. **Cuadernos de Trabajo Social**, vol. 25, n. 1, p. 27, 2012.

la pobreza y la promoción de una sociedad integradora en Europa (2010/2039(INI)). El Comité Económico y Social Europeo, emite el Dictamen de 10 de diciembre de 2013, Renta mínima europea e indicadores de pobreza, (2014/C 170/04).

La anterior crisis económica y social (2008-2014) y la postcrisis han generado la oportunidad de replantear el modelo de RM o RMI, presente en el Estado español desde los años noventa<sup>26</sup> e introducir de nuevo el debate sobre la necesidad de aproximarnos al modelo de RB, que garantizaría el ejercicio del derecho subjetivo a su acceso por parte de la ciudadanía, presente ya en mayoría de Comunidades Autónomas (CCAA). Y la nueva crisis del Covid-19 amplía este debate a la exigencia de una contraprestación o al sometimiento y cumplimiento de una condición para poder alcanzar la RB, también de la mayoría de las CCAA, salvo en Andalucía y Cataluña.

Como veremos, la RM o RMI y la RB o RBU tiene muchas acepciones que se utilizan indistintamente sin que sea sencillo establecer las diferencias entre ellas, no sólo por razones terminológicas; sino, sobre todo, por razones conceptuales, ya que tanto la legislación, como la doctrina los utiliza de forma indistinta y a menudo de forma confusa o incluso errónea.

La RM, denominada "Renta Mínima de Inserción" (RMI) en el Estado español, en sus diecisiete versiones autonómicas se consideraban "la última red del sistema de protección social"<sup>27</sup> comportará que su beneficiario se halle "sometido a un 'status' especial, similar al de cualquier usuario de un servicio público, que comporta tanto el reconocimiento de unos derechos como el establecimiento de unas situaciones pasivas, plasmadas en la configuración de un conjunto de obligaciones y cargas"<sup>28</sup>, para Garcés Sanagustín<sup>29</sup>. Lo que, en opinión de Raventós Pañella y Bollain Urbieta, ayuda "a las personas una vez han 'fracasado'". En cambio, se apuesta por RU a la que se accedería

<sup>26</sup> Mediante la comparación de los diecisiete sistemas de rentas mínimas de las CCAA se pueden determinar tres modelos patrón:

<sup>1</sup>-Programas de rentas mínimas de inserción, comprensivos de una ayuda económica y acciones de apoyo y acompañamiento social para la inserción. Siguen el modelo francés del RMI y se reconocen como auténticos derechos subjetivos. Es el caso del País Vasco, Madrid o Cataluña.

<sup>2</sup>-Programas de empleo social que proporcionan un empleo temporal de utilidad social con los derechos derivados de una relación laboral por cuenta ajena: es el caso de Asturias o Andalucía.

<sup>3</sup>-Programas de prestaciones económicas de los servicios sociales que incluyen acciones simbólicas de inserción: Aragón, Murcia" MARTÍNEZ TORRES, María. Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 180, 2005.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ TORRES, María. Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 180, 2005.

<sup>28</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Las prestaciones dinerarias: en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica, **Documentación Administrativa**, n. 271-272, p. 472, 2005.

<sup>29</sup> Los programas regionales de RM "deberían revisarse a partir de nuevas fórmulas de coordinación, con el establecimiento de algún tipo de sistema de mínimos que garantizara mayores dosis de igualdad en la cobertura de los hogares con rentas más bajas y en el que se definieran mecanismos de transferencia de recursos que garantizaran la viabilidad de las prestaciones en las regiones más pobres". AYALA CAÑÓN, Luis. La descentralización territorial de los sistemas de garantía de rentas. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, n. 23, p. 66, 2005.

por derecho de ciudadanía; puesto que sólo “ofrecen una ayuda *ex post* a personas que se encuentran en una situación de necesidad a cambio de una contraprestación por las prestaciones percibidas (habitualmente, a través de un proceso de intervención laboral). La mera asistencia “*ex post*” conduce irremediamente a la pérdida de libertad efectiva para quien vive de un salario, y donde se obliga a aceptar el “*statu quo*” o a doblegarse ante formas especialmente lesivas para sus intereses de configuración política de los mercados (y más en concreto, del mercado de trabajo)”<sup>30</sup>.

La falta de empleo y el incremento exponencial del paro, hizo que algunos programas de RMI se convirtieran en casi el único instrumento para garantizar unos mínimos vitales para todos aquellos que se veían abocados a la exclusión social. Lo que provocó que las RMI se desvirtuaran en algunos casos y derivaran en meras prestaciones económicas perdiendo el sentido inicial de programas de inserción, que tenían como finalidad acompañar en los procesos de incorporación al mercado de trabajo, “con una función destacada en la redistribución de la riqueza y en la garantía de solidaridad y justicia social”, según Sastre Fernández<sup>31</sup>.

En esta línea, Noguera Ferrer asegura que, a finales del siglo XX, “dos propuestas han surgido con fuerza creciente en el debate de la izquierda: la primera, la reducción y el reparto del tiempo de trabajo, era de hecho una antigua bandera del movimiento obrero y socialista que había sido apartada y casi olvidada merced al común furor productivista y consumista de la posguerra. La segunda, por el contrario, constituye una propuesta innovadora en toda regla: una RB para toda la ciudadanía”<sup>32</sup>.

Una RB que, para Wright, habría de convertirse en una oportunidad para mitigar las consecuencias de las políticas de una sociedad capitalista y neoliberal. Así pues, “basic income should be high on the agenda not simply because of the ways it directly deals with a range of fundamental issues of social justice, but because of the ways it may contribute to a broader transformation of capitalism itself”<sup>33</sup>.

La RB, para van Parijs, supone un pago que el Estado realizaría mensualmente a cada ciudadano o residente en su territorio, de forma individual e incondicional, independientemente de cualquier otro ingreso que pueda tener, así como de su situación

<sup>30</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, BOLLAIN URBIETA, Julen. La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas. **Red Renta Básica**. Disponible en <<http://www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-ante-las-limitaciones-de-las-rentas-minimas/>>. 4 de enero de 2019.

<sup>31</sup> SASTRE FERNÁNDEZ, María Diana. Estudio del perfil de percepciones de la Renta Garantizada de ciudadanía en la ciudad de León y su provincia. **Humanismo y Trabajo Social**, vol. 15, p. 139, 2015.

<sup>32</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 109, 2002.

<sup>33</sup> WRIGHT, Erik Olin. Basic income as a socialist Project. **Rutgers Journal of Law & Urban Policy**, vol. 2, n. 1, p. 196. 2003.

familiar o laboral<sup>34</sup>. Así mismo, entiende por RB, “un ingreso conferido por una comunidad política a todos sus miembros, sobre una base individual, sin control de recursos ni exigencia de contrapartida”<sup>35</sup>. Se trata pues de una prestación no condicionada y de carácter universal, confiriendo a este último concepto la virtud de aplicar la RB a todos los ciudadanos sin que exista limitación por ingresos u otros requisitos. Al ser una asignación monetaria que recibiría toda la población como derecho de ciudadanía y de residencia acreditada, supone garantizar la existencia material de la ciudadanía ex ante. Con la renta básica se consigue la lógica incondicional de las medidas que actúan ex ante, no obligando a muchas personas a comportarse como “sumisas suplicantes”<sup>36</sup>. Y es que el carácter de “incondicional” de la RB o RBU, señalan Raventós Pañella y Bollain Urbieta, “supone otorgar un poder de negociación que implica aumentar la libertad efectiva para la inmensa mayoría de la población no estrictamente rica”<sup>37</sup>.

En la RB, Noguera Ferrer distingue dos modalidades en relación a la cuantía, distingue entre la “RB total” y la “RB parcial”, en función de si su cuantía “permitiría una subsistencia material mínimamente digna sin disponer de otros ingresos (ya sea porque se trate de una primera fase en su implantación, o porque coexista con muchas de las actuales prestaciones sociales)”<sup>38</sup>. Otra modalidad de RB ‘parcial’ lo sería no respecto a la cuantía, sino a los colectivos beneficiarios, así “podría empezarse por pagar la RB únicamente a ciertos colectivos más desfavorecidos, en vez de a la totalidad de la población; las pensiones no contributivas o los subsidios familiares por hijos en algunos países son un buen ejemplo de RB ‘categórica’, esto es, pagada sólo a determinadas categorías de la población en función de una cierta característica (por ejemplo, la edad)”<sup>39</sup>.

Así mismo podemos distinguir otras propuestas como la de la “Renta de Participación”<sup>40</sup>, una RB condicionada al compromiso del beneficiario a realizar de algún

<sup>34</sup> VAN PARIJS, Philippe. **Libertad real para todos**. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo). Barcelona: Paidós, 1996; RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel. **El derecho a la existencia**. La propuesta del Subsidio Universal Garantizado. Barcelona: Ariel, 1999; RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel. El salario de toda la ciudadanía. **Claves de Razón Práctica**, n. 106, p. 43-48, 2000.

<sup>35</sup> VAN PARIJS, Philippe, VANDERBORGHT, Yannick, **La renta básica**. Barcelona: Ariel, 2015. p. 41.

<sup>36</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, BOLLAIN URBIETA, Julen. La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas. **Red Renta Básica**. Disponible en <<http://www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-ante-las-limitaciones-de-las-rentas-minimas/>>. 4 de enero de 2019.

<sup>37</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, BOLLAIN URBIETA, Julen. La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas. **Red Renta Básica**. Disponible en <<http://www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-ante-las-limitaciones-de-las-rentas-minimas/>>. 4 de enero de 2019.

<sup>38</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 110, 2002.

<sup>39</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 110, 2002.

<sup>40</sup> ATKINSON, Anthony Barnes. **Incomes and the Welfare State**. Cambridge Cambridge University Press, 1995; ATKINSON, Anthony Barnes. The Case for a Participation Income. **The Political Quarterly**, vol. 67, n. 1, p. 67-70, 1996.

tipo de trabajo “socialmente útil”, con el fin, como advierte Noguera Ferrer, de “evitar la posibilidad de ‘parasitismo’ a la que la incondicionalidad total de la RB parecería dar pábulo”<sup>41</sup>, generando en los beneficiarios apatía y a la pérdida de la ambición hacia cambio y mejora de su situación.

La RBU o RB constituyen según Torres Minoldo, “una medida potencialmente transformadora, capaz de alterar la relación actualmente establecida entre la economía y la sociedad, es decir, entre el desarrollo de las fuerzas productivas y sus repercusiones sociales”<sup>42</sup>.

En definitiva, la RB se caracteriza por ser “ingreso pagado por el Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre (...). En menos palabras: una renta básica es una asignación monetaria pública incondicional a toda la población”<sup>43</sup>. Como ya se ha apuntado, se trataría pues de una RB incondicional, que superaría a los programas de rentas mínimas con un carácter temporal y para cubrir las necesidades básicas. Esta incondicionalidad es la que ha comportado el debate más intenso entre los estudiosos del tema desde el punto de vista de su financiación y posibilidades del sistema de soportarlo económicamente, hasta el análisis desde los valores. Desde el punto de vista de la justicia social, tampoco sería defendible, más aún, sabiendo que el binomio necesidades-recursos está en franco desequilibrio y que por tanto se debe de fomentar una redistribución equitativa de los seguros.

Fruto de la crisis económica y social muchos son los cambios producidos en la sociedad española, que han tensionado, si cabe, aún más, el Estado del Bienestar, que ya se encontraba en franca decadencia como ya se ha argumentado. El sistema de protección social no aborda adecuadamente las situaciones de desigualdad, provocando así mayor marginación y exclusión social. Si sumamos a este panorama las políticas de recorte de gasto que han aplicado la mayoría de los países europeos para reducir el déficit, esto no ha hecho más que aumentar el problema, dado que las políticas sociales son algunas de las que más han sufrido esta merma en los recursos y dispositivos asistenciales.

La RBU volverá a situarse en la centralidad del debate político-económico con la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)) que establecerá las bases para

<sup>41</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 110, 2002.

<sup>42</sup> TORRES MINOLDO, María Sol. La renta Universal. La centralidad de la relación salarial y el mercado de Trabajo como problemas. **Serie Documentos de Trabajo**, n. 69, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), 2009. Disponible en <<http://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/doc%2069.pdf>>.

<sup>43</sup> RED RENTA BÁSICA. **¿Qué es la RB?**. Disponible en <<http://www.redrentabasica.org/rb/que-es-la-rb/>>.

la adopción de la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270(INI)) que

*pide a todos los Estados miembros que introduzcan regímenes de renta mínima adecuados, acompañados de medidas para favorecer la reincorporación al mercado de trabajo de todas las personas capaces de trabajar y de programas de educación y formación adaptados a la situación personal y familiar del beneficiario, con el fin de ayudar a las familias con ingresos insuficientes y permitirles que tengan un nivel de vida digno; hace hincapié en que esta renta mínima debe ser la última red de protección social y consistir en un apoyo financiero adecuado complementario a un acceso garantizado a servicios de calidad y a políticas activas de empleo, como el medio más eficaz para luchar contra la pobreza y garantizar una existencia digna a todos aquellos que no disponen de recursos suficientes; destaca, a este respecto, que el derecho a las ayudas sociales es un derecho fundamental y que los regímenes de renta mínima adecuados permiten a las personas vivir dignamente, favorecen su plena participación en la sociedad y garantizan su independencia a lo largo del ciclo de vida*

(núm. 1). Y, es que, el gran “talón de Aquiles” del Estado español, como formación social situada en la periferia del sistema capitalista neoliberal europeo, es una economía, orientada sobre todo al turismo, generadora de subempleo estructural y de desempleo estacional.

En el mismo sentido, la Resolución núm. 2197, de 23 de enero de 2018, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>44</sup> manifiesta que “l’instauration d’un revenu de base pourrait garantir l’égalité des chances de tous plus efficacement que l’actuelle mosaïque de prestations, services et programmes sociaux” (núm. 4), con el fin de dar respuesta a la dramática situación vivida fruto de la de la poscrisis y de las políticas de recortes y austeridad que en su gran mayoría habían aplicado los Estados miembros de la Unión Europea. Y es que

*une fois parvenus à une meilleure convergence des dispositions relatives à un revenu minimum vital en Europe, les pays pourraient travailler ensemble à l’adoption d’un régime européen commun et, au final, d’un mécanisme de revenu de base, ou de citoyenneté, plus souple. Faisons de cela notre objectif commun à long terme en aspirant à une société plus inclusive et juste, unie pour garantir la dignité et défendre des valeurs partagées<sup>45</sup>.*

<sup>44</sup> Como antecedente, COUNCIL OF EUROPE, Living in dignity in the 21st century Poverty and inequality in societies of human rights: the paradox of democracies. **Council of Europe**, Strasbourg, p. 197-203, febrero 2013.

<sup>45</sup> CATALFO, Nunzia. **Un revenu de citoyenneté de base, une idée que se défend**. Rapport n. 14462, Commission des Questions Sociales, de la Santé et du Développement durable, Assemblée Parlementaire, Conseil de l’Europe, n. 56, p. 16, 5 de enero de 2018.



En definitiva, tanto el Parlamento Europeo, que constituye el fundamento democrático de la Unión Europea, como el Consejo de Europa que ha de velar por la defensa de la democracia y los derechos humanos, consideran la RM suficiente, es decir, la RBU, como una medida con la que se podría garantizar una vida digna a las ciudadanas y los ciudadanos más castigados por la crisis y por ende por las altas tasas de desempleo; atribuyéndole una suerte de capacidad taumática para reconstruir los Estados del Bienestar en Europa. Ahora bien, el problema es que la Comisión Europea es una cara muy diferente de Europa: la Europa de los intereses y de los “lobbies” y el Consejo Europeo, no responde más que a los intereses de los Estados.

La coyuntural emergencia sanitaria provocada por la Covid-19, “obliga a pensar en esta pandemia como un ‘analizador’ de los graves problemas sociales y económicos —de carácter estructural— de España y de los efectos más dramáticos que la crisis hizo (y hará) emerger”<sup>46</sup>. Así, de la mano Bru Martín y Basagoiti Rodríguez, la combinación de estrategias para dar respuesta a los desafíos del presente y del futuro que se presenten en la post pandemia se debe basar, por un lado, en “el refuerzo de Estado del Bienestar y las políticas sociales, que garanticen la cobertura de necesidades básicas y el acceso a los derechos fundamentales” y, por otro lado, en

*la corrección e igualación de las condiciones económicas de partida de la población a través de una Renta Básica Universal, como instrumento de integración y participación social y por último, de reconocimiento y promoción de la organización comunitaria en los territorios, como soporte para la preservación de lo común, para la identificación de problemas y soluciones de forma consensuada y para la prevención y la cohesión social*<sup>47</sup>.

### 3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE RENTA BÁSICA

El principio de Estado social, contenido en el art. 9.2 de la Constitución española (CE), no sólo obliga a los poderes públicos a prestar servicios y adoptar medidas para luchar contra la pobreza y la exclusión social, sino, de forma mucho más amplia, a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo [...] sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, con el fin de

<sup>46</sup> BRU MARTÍN, Paloma, BASAGOITI RODRÍGUEZ, Manuel. Coronavirus, estado de bienestar, renta básica y comunidad. **El Salto**. Disponible en <<https://www.elsaltodiario.com/coronavirus/coronavirus-estado-de-bienestar-renta-basica-y-comunidad>>. 14 de abril de 2020.

<sup>47</sup> BRU MARTÍN, Paloma, BASAGOITI RODRÍGUEZ, Manuel. Coronavirus, estado de bienestar, renta básica y comunidad. **El Salto**. Disponible en <<https://www.elsaltodiario.com/coronavirus/coronavirus-estado-de-bienestar-renta-basica-y-comunidad>>. 14 de abril de 2020; FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio. Primera Historia de la crisis del Coronavirus en España. **La Razón Histórica**, n. 46, p. 12-22, 2020.

hacer efectivos los principios de la promoción del bienestar, la lucha por la igualdad y la consecución de una justicia distributiva, como bastiones del Estado del Bienestar, tal como señalan, Egío García y Medina Ruíz<sup>48</sup>.

El art. 148.1.20 CE establece que las CCAA son competentes en “materia de asistencia social”<sup>49</sup>, un título que pareciera ser más amplio que el de “servicios sociales”; pero que en cualquier caso supone que “la responsabilidad de las CCAA en la asunción de los servicios sociales y su carácter social, así como el principio de descentralización del poder, aproximando los servicios al ciudadano”, para Fornis i Fernández<sup>50</sup>. En este marco, el establecimiento de una RB vinculada a la eliminación de las situaciones de pobreza o marginalidad social debe considerarse una prestación realizada en el marco de la asistencia social y los servicios sociales y, por tanto, competencia exclusiva de las CCAA. A pesar de ello, tal y como señala Arenas Viruez, el cambio conceptual de “asistencia social”, por “servicios sociales” podría suponer una reducción del ámbito competencial, con “el riesgo de entender que se produce una disminución del ámbito de intervención autonómico se comprende desde el momento en que se parte de que en base al título competencial de Asistencia Social las CCAA han podido dispensar no sólo prestaciones en especie, sino también prestaciones económicas, tales como las RMI u otras prestaciones asistenciales complementarias”<sup>51</sup>.

Y, en otro sentido, Arroyo Jiménez, manifiesta que

*la adopción de una RMI dirigida a corregir las situaciones de extrema menesterosidad social contribuiría a la satisfacción de este derecho [al llamado “mínimo existencial”] y, por lo tanto, del propio principio de Estado social. Por el contrario, la implantación de una RB no condicionada a que su beneficiario se encuentre en una situación como la descrita dejaría de estar objetivamente relacionada con el cumplimiento de ese mandato*<sup>52</sup>.

Y, en cuanto al ámbito competencial, afirma que “en la línea continua que une, como tipos ideales, la renta mínima de inserción [RMI] y la renta básica universal [RBU], la competencia del Estado central es más robusta a medida que nos alejamos de la

<sup>48</sup> EGÍO GARCÍA, Víctor María, MEDINA RUÍZ, Elvira. Del paradigma funcionalista a la teoría del conflicto: Estado del Bienestar, agentes de orden y aliados del cambio en tiempos del Covid-19. **La Razón Histórica**, n. 46, p. 98, 2020.

<sup>49</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis. Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales. **Temas Laborales**, vol. 1, n. 100, p. 295-320, 2009.

<sup>50</sup> 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, año 18, n. 74, p. 25-66, out./dez. 2018.

<sup>51</sup> ARENAS VIRUEZ, Margarita. La cuestión competencial en materia de servicios sociales. **Temas laborales**, n. 133, p. 69-112, p. 78, 2016.

<sup>52</sup> ARROYO JIMÉNEZ, Luís. Renta Básica y Constitución. **Agenda Pública. El País**. Disponible en <<http://agendapublica.elpais.com/renta-basica-y-constitucion/>>. 22 de septiembre de 2018.

primera [competencia de las CCAA] y nos acercamos a la segunda”<sup>53</sup>. Un planteamiento que es muy discutible a la luz del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

Así, Aguado i Cudolà se refiere al Estado autonómico como el Estado social afirmando que “ha sido en gran medida el motor de la construcción del Estado del Bienestar y el desarrollo de los derechos sociales en España. Es preciso recordar el papel relevante que han tenido al respecto las CCAA, en ámbitos como los Servicios sociales, la educación y la sanidad, en los que ha asumido competencias de acuerdo con lo dispuesto por el bloque de la constitucionalidad”<sup>54</sup>

En este marco, todas las CCAA, así como las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, disponen de una legislación específica reguladora de la RB, que presenta sus propias especificidades, que resulta interesante analizar. Nos acercaremos a las diecisiete leyes autonómicas, salvo a las ciudades autónomas, a través de trece variables en las que hemos fijado nuestra atención, que han de ayudarnos a dibujar la realidad del Estado español en lo que se refiere a la normativa que garantiza una RB para sus ciudadanas y ciudadanos. Las variables destacadas se refieren a la iniciativa legislativa; la denominación; su definición; el mandato estatutario; el carácter universal, complementario y condicionado; la condición de derecho subjetivo; la duración, la cuantía y el índice económico de referencia; los titulares del derecho en términos de residencia y la financiación.

### 3.1. Iniciativa legislativa

Tan sólo dos de las leyes autonómicas de RB son fruto de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP), la catalana y la andaluza, en aplicación de lo dispuesto por sendas leyes, en referencia a la participación ciudadana en la iniciativa legislativa<sup>55</sup> y al ejercicio de la soberanía popular, reconocida en los Estatutos de Autonomía (EA) respectivos.

<sup>53</sup> En este sentido, “frente a las RM, la incondicionalidad de la RB facilitaría la justificación constitucional de la acción del Estado. En primer lugar, la configuración de aquélla como el contenido de un derecho prestacional vinculado al libre desarrollo de la personalidad permitiría activar más fácilmente la competencia del Estado para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales [Art. 149.1. 1 CE]. En segundo término, la universalidad de la RB y su desvinculación respecto de la corrección de situaciones de pobreza abriría la puerta –cerrada en su día por el Constitucional en relación con la Ley de Dependencia– de la competencia del Estado para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica [Art. 149.1. 13 CE], un título de perfiles borrosos que permite al Estado adoptar medidas de política económica en todo el territorio y que el Tribunal Constitucional utiliza con cierta generosidad”. ARROYO JIMÉNEZ, Luís. Renta Básica y Constitución. **Agenda Pública. El País**. Disponible en <<http://agendapublica.elpais.com/renta-basica-y-constitucion/>>. 22 de septiembre de 2018.

<sup>54</sup> AGUADO I CUDOLÀ. El régimen jurídico de las prestaciones de los Servicios sociales. In: EZQUERRA HUERVA, Antonio (coord.). **El marco jurídico de los Servicios sociales en España**. Barcelona: Atelier, 2012. p. 47.

<sup>55</sup> Cataluña recoge expresamente en el preámbulo de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular, que “La participación ciudadana es una pieza clave en el funcionamiento del sistema democrático. La soberanía popular se ejerce mediante los diferentes canales de participación establecidos por la CE, el EC y

En el caso de Cataluña, la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular (LILP), determina en el art. 3 que *ésta* “se ejerce por medio de la presentación en la Mesa del Parlamento de una proposición de ley, con el apoyo de las firmas, debidamente autenticadas, de un mínimo de 50.000 personas”. En el caso de Andalucía, se rebajó el número de firmas necesarias de 75.000 a 40.000, mediante el art. 6.1 de la Ley 8/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos.

Al final, en Cataluña la iniciativa legislativa se materializó con la aportación de 121.191 firmas y en Andalucía con más de 42.000 firmas. En ambos casos, fueron presentadas por plataformas en defensa de la Renta Básica<sup>56</sup>; así pues, son el fruto exitoso de la movilización de la ciudadanía y de su capacidad de influir en el legislador, que se recoge los ordenamientos jurídicos catalán y andaluz, así como en el español.

### 3.2. Denominación

Muchas son las formas cómo el legislador autonómico ha denominado a la RB; aunque a pesar de la terminología, existen algunas coincidencias de concepto entre ellas. Así, el término “mínimo/a” aparece en tres CCAA, Andalucía<sup>57</sup> y Madrid<sup>58</sup>, bajo la denominación de “Renta Mínima de Inserción”.

RM, para Stunding, “a menudo refiere a programas condicionados, donde el Estado presuntamente garantiza a los pobres algunos ingresos si estos son capaces de demostrar que son pobres y «se merecen» ese dinero de alguna manera”<sup>59</sup>. La utilización del adjetivo “mínimo/a” reduce en mucho las expectativas que se habían generado cuándo se iniciaba el debate sobre la RB y con anterioridad, sobre la RU. La imposibilidad de financiar una RU para todos los ciudadanos y ciudadanas por el hecho de serlo

---

la legislación de régimen local, tanto la estatal como la autonómica.” Así mismo lo hace la Ley 8/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, de Andalucía.

<sup>56</sup> En el caso andaluz, la ILP fue presentada en 2015 por la Plataforma Ciudadana “Por una Renta Básica de Inclusión en Andalucía” en el Parlamento de Andalucía. Y en el caso catalán, la ILP no sólo recoge las firmas de la ciudadanía; sino que a ellas se suman 76 entidades que la apoyaron la Renta Garantida de Ciudadanía (RGC), entre ellas la Xarxa Renda Bàsica, Xarxa de Lluita pels Drets Socials, USOC, UGT, CCOO, Moviment 15M, Plataforma d’Afectats per la Hipoteca, Observatori DESC, Assemblea de Treballadors/s aturades/ats de Barcelona, Assembles Ciutadanes Constituents, Assemblees pels Drets Socials, Associacions i Federacions de Veïnes i Veïns, Campanya per una banca pública ètica i social, Col·legi de Treball Social de Catalunya i Col·legi d’Educadors i Educadores Socials de Catalunya, ECAS, Església Plural, Cristians pel Socialisme, algunos partidos políticos como la CUP, ERC, EUiA, ICV, PSC, PCC y 52 ayuntamientos.

<sup>57</sup> Art.1.1 del Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (Decreto-ley andaluz 3/2017).

<sup>58</sup> Art.1.1 de la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid (Ley madrileña 15/2001).

<sup>59</sup> STUNDING, Guy. **La Renta Básica**. Un derecho para todos y para siempre, Barcelona: Pasado & Presente, 2018. p. 26.

y el debate sobre su conveniencia en relación a las posibles consecuencias nocivas, en tanto que podrían generar personas sin ambición de cambio o de mejora, ha llevado a renunciar al concepto de “universalidad” y en algunos casos se evidencia ya en su denominación, al abandonarse RU.

Otras CCAA han sido más ambiciosas e incorporan los términos “renta garantizada”, como es el caso de Castilla y León<sup>60</sup>, Cataluña<sup>61</sup>, Islas Baleares<sup>62</sup>, Navarra<sup>63</sup> y País Vasco<sup>64</sup>. La denominación utilizada en las dos primeras es “Renta Garantizada de Ciudadanía” (RGC) y “Renta Social Garantizada”, “Renta Garantizada” y “Renta Garantizada de Ingresos”, en el caso de las otras tres, respectivamente. La RGC catalana y castellanoleonesa, para Sastre Fernández, tiene “naturaleza de prestación social, lo que la diferencia y separa nítidamente de las medidas de atención social que han de ser activadas desde otros sistemas y regímenes protectores. Entronca con la Red Prestacional que ya existe en nuestro Sistema de Acción Social y Servicios Sociales, con el carácter de nivel básico de protección”<sup>65</sup>, con lo que con esta definición se distancia claramente de los Programas de RM, que necesariamente vinculan a los beneficiarios a un proyecto individual de inserción.

A Castilla y León y a Cataluña, se suma La Rioja<sup>66</sup>, al incluir el término “ciudadanía” en su denominación, con el objeto de dignificar aún más a las personas beneficiarias de dicha renta, resaltando su condición política, que no jurídica, de ciudadanas y ciudadanos. Otros términos que se repiten en las denominaciones son “inserción”, “inclusión” e “integración social”; así, en Andalucía “Renta Mínima de Inserción Social”, Aragón “Ingreso Aragonés de Inserción”<sup>67</sup>, Extremadura “Renta Básica Extremeña de Inserción”<sup>68</sup>, Galicia “Renta de Inclusión Social”<sup>69</sup>, Canarias “Prestación Canaria de

<sup>60</sup> Art.1 de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León (Ley castellano-leonesa 7/2010).

<sup>61</sup> Art.1 de la Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía (LRGC).

<sup>62</sup> Art. 1 de la Ley 5/2016, de 13 de abril, de la renta social garantizada (Ley balear 5/2016).

<sup>63</sup> Art.1.1 de la Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada (Ley Foral 15/2016).

<sup>64</sup> Art. 6.1 de la Ley 18/2008 de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos para la Inclusión Social (Ley vasca 18/2008).

<sup>65</sup> SASTRE FERNÁNDEZ, María Diana. Estudio del perfil de percepciones de la Renta Garantizada de ciudadanía en la ciudad de León y su provincia. **Humanismo y Trabajo Social**, vol. 15, p. 142, 2015.

<sup>66</sup> Art. 1 De la Ley 4/2017, de 28 de abril, por la que se regula la Renta de Ciudadanía de La Rioja (Ley riojana 4/2017).

<sup>67</sup> Art. 1 de la Ley 1/1993, de 19 de febrero de medidas básicas de Inserción y Normalización Social (Ley aragonesa 1/1993).

<sup>68</sup> Art. 1 de la Ley 9/2014, de 1 de octubre, por la que se regula la Renta Básica Extremeña de Inserción (Ley extremeña 9/2014).

<sup>69</sup> Art.1.2 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia (Ley gallega 10/2013).

Inserción”<sup>70</sup>, Madrid -“Renta Mínima de Inserción”-, Murcia -“Renta Básica de Inserción”<sup>71</sup>- y Valencia -“Renta Valenciana de Inclusión”<sup>72</sup>-. El concepto de “inserción” va íntimamente ligado a la necesidad de encontrar un lugar en el sistema social; la inclusión supone que se parte de una situación anterior de riesgo de exclusión, o de exclusión por tanto de vulnerabilidad que requerirá activar las acciones dirigidas a conseguir la participación plena en la vida social, económica y cultural de una sociedad; así mismo, la integración requiere una adaptación cultural que comportará un ajuste mutuo de diferentes grupos y personas.

Aunque nos estamos refiriendo a la RB, algunas de las CCAA a la hora de denominarla han renunciado al concepto de “renta” para incorporar otros como “prestación”, “ingreso” o incluso “salario social”, como es el caso de las Canarias -“Prestación Canaria de Inserción”-, Aragón -“Ingreso Aragonés de Inserción”- y Asturias -“Salario Social Básico”<sup>73</sup>-. En este sentido, una prestación podría ser cualquier actuación, intervención técnica, programa, ayuda tecnológica o económica que tiene por objeto asegurar el derecho a una vida digna a las personas y durante toda su vida. Un ingreso, una entrada de dinero o un salario social, en el caso asturiano, definido como “el que concede el Estado a personas sin ingresos para atender a sus necesidades primarias”<sup>74</sup>. Ahora bien, la denominación de salario social no parece la más apropiada para Iglesias Fernández *et al.*; puesto que

*el salario es un ingreso que una persona asalariada percibe por la venta de una mercancía, por una contraprestación en términos de fuerza de trabajo; es decir, vende al capitalista sus derechos de propiedad por un tiempo determinado. Si el salario implica siempre una contraprestación individual, el salario social tendría que suponer una contraprestación también de carácter social. Dado que una de las características esenciales de la RB es la incondicionalidad, la no-contraprestación laboral de ningún tipo, el concepto de salario (individual o social) se desaconseja por sí solo.*<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Art. 1 de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la prestación canaria de inserción (Ley canaria 1/2007).

<sup>71</sup> Art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ley murciana 3/2007).

<sup>72</sup> Art. 1 de la Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de la renta valenciana de inclusión (Ley valenciana 19/2017).

<sup>73</sup> Art. 1 a) de la Ley 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico (Ley asturiana 4/2005).

<sup>74</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Madrid: RAE.es, 2019. Disponible en <<https://dle.rae.es/salario?m=form#Cu1TiWt>>.

<sup>75</sup> IGLESIAS FERNÁNDEZ, José, BUSQUETA FRANCO, Josep Manel, SÁEZ BAYONA, Manolo, **Todo sobre la Renta Básica. Introducción a los principios, conceptos, teorías y argumentos**. Barcelona: Virus editorial, 2001. p. 53.

Si bien es cierto que hay el deber de una contraprestación laboral ligada a la RB, si se consignan en la mayoría de ellas unas obligaciones para los beneficiarios, como la necesidad de suscribir algún tipo de plan individualizado de inserción personal, social o/y laboral.

Así pues, todas las CCAA -excepto las ya citadas Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha y Asturias- utilizan el término “renta” en sus denominaciones; entendida como un ingreso o un beneficio económico, se justifica por su origen financiero y que correspondería a una parte “beneficio” del sistema productivo. En palabras de Según TORRES MINOLDO, “puede ser considerada una renta individual que corresponde a toda persona en concepto de su participación de un patrimonio social.”<sup>76</sup>

Y, finalmente, sólo dos CCAA incluyen conjuntamente los conceptos “renta” y “básica” en su denominaciones, a saber, Cantabria - “Renta Social Básica”<sup>77</sup>- ; Extremadura - “Renta Básica Extremeña de Ciudadanía” - y Castilla-La Mancha - “Ingreso Mínimo de Solidaridad” - En este sentido, el adjetivo “básico/a” podría remitir a la idea de una suma de dinero suficiente para cubrir las necesidades básicas de una persona. Según Stunding, la denominación de RB tiene “la virtud de su simplicidad y su familiaridad. Es diferente a RM, un término que a menudo refiere a programas condicionados, donde el Estado presuntamente garantiza a los pobres algunos ingresos si estos son capaces de demostrar que son pobres y ‘se merecen’ ese dinero de alguna manera”<sup>78</sup>.

### 3.3. Conceptualización

En la conceptualización contenida en las diferentes leyes autonómicas de RB se expresa en muchos casos la finalidad misma; así como sus características. Si en algo coinciden todas ellas, es en que se trata de una “prestación económica”, que algunas CCAA describen como una “prestación social de naturaleza económica y percepción periódica”<sup>79</sup>. Este redactado es idéntico en Castilla-La Mancha<sup>80</sup>, Castilla y León<sup>81</sup>, Cata-

<sup>76</sup> TORRES MINOLDO, María Sol. La renta Universal. La centralidad de la relación salarial y el mercado de Trabajo como problemas. **Serie Documentos de Trabajo**, n. 69, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), 2009. Disponible en <<http://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/doc%2069.pdf>>.

<sup>77</sup> Art. 27.1.B) 1. 1º de la Ley 2/2007 de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales (Ley cántabra 2/2007).

<sup>78</sup> STUNDING, Guy. **La Renta Básica**. Un derecho para todos y para siempre, Barcelona: Pasado & Presente, 2018. p. 26.

<sup>79</sup> A modo de ejemplo, el art. 2.1 de la Ley catalana 14/2017, dispone que: “La renta garantizada de ciudadanía se una prestación social de naturaleza económica y percepción periódica que se configura como una prestación garantizada de derecho subjetivo y que tiene como finalidad desarrollar la promoción de la persona y su empoderamiento y superar las condiciones que le han llevado a necesitar esta prestación”.

<sup>80</sup> Art. 38.1 a) de la Ley castellano-manchega 14/2010.

<sup>81</sup> Art. 4.1 de la Ley castellano-leonesa 7/2010.

luña, Extremadura<sup>82</sup>, La Rioja<sup>83</sup>, Navarra<sup>84</sup> y País Vasco<sup>85</sup>. Si bien en otras no aparece el concepto de “prestación de carácter periódico”, aunque cuando se analice la duración de la RB se observará como todas las CCAA hacen referencia, no sólo al tiempo total durante el que se puede percibir la RB, sino también a la periodicidad.

Un concepto a destacar es el de “prestación garantizada” relacionado con la RB. Así podemos observarlo en las definiciones de Andalucía<sup>86</sup>, Aragón<sup>87</sup>, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Islas Baleares<sup>88</sup> y Navarra, en las que cabe subrayar que su carácter garantista hace posible concebir la RB como un derecho exigible por las ciudadanas y los ciudadanos, en la misma línea que para muchos lo son cualquiera de los derechos sociales reconocidos, como el de acceso a los servicios sociales, por ejemplo.

En la mayoría de CCAA en las conceptualizaciones, se hace referencia a la situación de necesidad, de situaciones de vulnerabilidad, de marginación, de desigualdad, de precariedad económica o de exclusión social, para determinar de la realidad de la que se parte y que justifica el desarrollo de la Ley para garantizar la RB a todas las ciudadanas y todos los ciudadanos que la necesiten. Así mismo, en la casi totalidad de las leyes se concreta una finalidad clara, la de cubrir las necesidades básicas o disponer de los recursos mínimos de subsistencia –Andalucía<sup>89</sup>, Aragón<sup>90</sup>, Asturias<sup>91</sup>, Cantabria,

<sup>82</sup> Art. 3 de la Ley extremeña 9/2014.

<sup>83</sup> Art. 3.2 de la Ley riojana 4/2017.

<sup>84</sup> Art. 1.3 de la Ley Foral 15/2016.

<sup>85</sup> Art. 11 de la Ley vasca 18/2008.

<sup>86</sup> El art. 1.1 del Decreto-ley andaluz 3/2017, define la Renta Mínima de Inserción Social como “la prestación económica garantizada del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social.”

<sup>87</sup> Art. 4.1 del Decreto-ley andaluz 3/2017.

<sup>88</sup> Art. 1 de la Ley balear 5/2016.

<sup>89</sup> Andalucía, “erradicar la marginación y la desigualdad y luchar contra la exclusión social” (art. 4.1 del Decreto-ley andaluz 3/2017).

<sup>90</sup> Aragón, “la plena integración social y laboral de sus destinatarios” (art. 2 de la Ley aragonesa 1/1993).

<sup>91</sup> Asturias, “dirigida a las personas que carezcan de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, sobre la base de la unidad económica de convivencia independiente” (art.3.1 de la Ley asturiana 4/2005).



Castilla-La Mancha<sup>92</sup>, Cataluña<sup>93</sup>, Extremadura<sup>94</sup>, Galicia<sup>95</sup>, Islas Baleares<sup>96</sup>, Canarias<sup>97</sup>, La Rioja<sup>98</sup>, Madrid<sup>99</sup>, Murcia<sup>100</sup>, País Vasco<sup>101</sup> y Valencia<sup>102</sup>. Y en algunas de éstas y en otras, además se incorporan objetivos más ambiciosos que han de perseguir las RB.

En definitiva, podemos observar como la voluntad política expresada en las definiciones de RB de las CCAA del Estado español pretende que esta prestación, por una parte, ayude a cubrir las necesidades básicas y, a su vez, permita vincularse a programas de mejora que haga de las ciudadanas y los ciudadanos personas autónomas, auto determinadas, empoderadas y, por tanto, capacitadas para afrontar sus proyectos vitales y dar respuesta a las necesidades que habrán de afrontar en el futuro. Ciertamente, se puede afirmar a pies juntillas, que el legislador autonómico pone en el centro a la persona para hacerla sujeto activo de su propia transformación.

### 3.4. Mandato estatutario

Algunos EA disponen la obligación de regular a través de ley la creación de una RB, lo que resulta especialmente relevante, puesto que el art. 147 CE los configura como “la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico”. El reconocimiento de esta obligación expresa la voluntad política de articular con claridad y garantía este instrumento jurídico y económico para el pleno ejercicio de los derechos de las

<sup>92</sup> Cantabria (art. 28.1 de la Ley cántabra 2/2007) y Castilla-La Mancha (art.38.1 a) de la Ley castellano-manchega 14/2010.), “proporcionar los medios necesarios para el ejercicio efectivo del derecho a la incorporación a la comunidad”.

<sup>93</sup> Cataluña, “desarrollar la promoción de la persona y su empoderamiento y superar las condiciones que le han llevado a necesitar esta prestación” (art. 2.1 de la Ley catalana 14/2017).

<sup>94</sup> Extremadura, “dirigida a garantizar la cobertura de las necesidades básicas de sus beneficiarios” (art.3 de la Ley extremeña 9/2014.).

<sup>95</sup> Galicia, “alcanzar progresivamente su autonomía e integración social y laboral” (art. 6.1 de la Ley gallega 10/2013).

<sup>96</sup> Islas Baleares, “tiene por objeto regular la renta social garantizada de las Illes Balears como prestación periódica dirigida a situaciones de vulnerabilidad económica y a la cobertura de los gastos básicos de las personas, familias u otros núcleos de convivencia que se encuentren en situación de pobreza” (art.1 de la Ley balear 5/2016).

<sup>97</sup> Canarias, “cuya finalidad es ofrecer cobertura a las necesidades básicas” (art.1 a) de la Ley canaria 1/2007).

<sup>98</sup> La Rioja, “proporcionarles los medios necesarios para su incorporación social y, en su caso, laboral” (art.3.2 de la Ley riojana 4/2017).

<sup>99</sup> Madrid, “finalidad satisfacer las necesidades contempladas en el artículo 142 del Código Civil” (art.3 de la Ley madrileña 15/2001).

<sup>100</sup> Murcia, “tiene por finalidad contribuir a la satisfacción de las necesidades contempladas en el artículo 142 del Código Civil” (art.3.1 de la Ley murciana 3/2007).

<sup>101</sup> País Vasco, “fomentar el proceso de inclusión social” (art. 11 de la Ley vasca 18/2008).

<sup>102</sup> Valencia, “combatir la exclusión y la vulnerabilidad social, así como facilitar el acceso a la educación, la sanidad, la vivienda, el deporte, la cultura, y a los servicios de empleo y formación en igualdad de oportunidades” (art. 7 de la Ley valenciana 19/2017).

ciudadanas y los ciudadanos en dignidad. Así, sólo una tercera parte incluye en su articulado la necesidad de activar la RB, a saber, Cataluña<sup>103</sup>, Islas Baleares<sup>104</sup>, Andalucía<sup>105</sup>, Aragón<sup>106</sup>, Castilla y León<sup>107</sup> y Canarias<sup>108</sup>.

Todas las CCAA que recogen en sus EA la obligación de garantizar una RB para sus ciudadanas y ciudadanos, incluyen por supuesto este mandato estatutario en las leyes de la RB en sus preámbulos, exposiciones de motivos o disposiciones generales.

### 3.5. Universalidad

El carácter universal de la RB es predicable de todas las CCAA y, por tanto de todo el Estado español<sup>109</sup>, dado que garantizan su acceso a todas las personas que reúnen los requisitos exigidos; aunque se debe distinguir entre las que lo explicitan en su articulado y las que aun no haciéndolo sí reconocen el acceso a todo aquel que, como hemos dicho, reúna los requisitos prescritos. Las CCAA que recogen el concepto

<sup>103</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 24.3, “Las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen”.

<sup>104</sup> Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, art. 21, “A fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, los poderes de las Illes Balears garantizan el derecho de los ciudadanos de las Illes Balears en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta mínima de inserción en los términos previstos en la ley”.

<sup>105</sup> Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 23.2, “Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley”.

<sup>106</sup> Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 23.1, “Los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por la ley”.

<sup>107</sup> Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, art. 13.9, “Derecho a una renta garantizada de ciudadanía. Los ciudadanos de Castilla y León que se encuentren en situación de exclusión social tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía. El ordenamiento de la Comunidad determinará las condiciones para el disfrute de esta prestación. Los poderes públicos promoverán la integración social de estas personas en situación de exclusión”.

<sup>108</sup> Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, art. 24.1, “Las personas que se encuentren en situación de exclusión social tienen derecho a acceder a una renta de ciudadanía en los términos que establezcan las leyes”.

<sup>109</sup> En este sentido García Moreno reflexiona sobre la relación del concepto universalidad con los modelos de Estados del Bienestar de otros países europeos. Así pues, asegura que “el modelo aplicado a los países nórdicos es un modelo de naturaleza universal, por tanto, accesible a todos los que lo necesiten sin limitación de renta. Se financia a través de los impuestos generales y locales y contempla el copago en función del nivel de renta de la persona que necesitar la atención personal. Las prestaciones sociales son, en gran medida, servicios comunitarios y especializados, presentando los primeros una tasa de cobertura elevada, la más alta de los países de la Unión Europea”. GARCÍA MORENO, Cristina. El Estado del bienestar ante los viejos problemas y las nuevas necesidades. In: RODRÍGUEZ MONGE, Ángel, RAYA LOZANO, Enrique (coord.), **Una Europa social y plural**. [s.l.] Actas del VII Congreso Estatal de Escuelas Universitarias de Trabajo Social, 2021. p. 71.

“universal” entre las características de la RB son tan sólo cinco: Castilla-La Mancha<sup>110</sup>, Castilla y León<sup>111</sup>, Cataluña<sup>112</sup>, Navarra<sup>113</sup> y País Vasco<sup>114</sup>.

El carácter universal de la RB, es uno de los aspectos más controvertidos del régimen jurídico de la RB, así pues, para Sanzo González, “se presenta como un derecho universal, teniendo acceso al mismo todos los miembros de pleno derecho de la comunidad política”<sup>115</sup>. Lo que podría significar que cualquier individuo residente en la CCAA tendría derecho a la misma, sin para ello tener que acreditar que sufre una situación socioeconómica que lo justificase. O, para otros, supondría la necesidad de cumplir con los requisitos de necesidad económica, precarización, desempleo, etc. que requiera la RB para poder solicitada. En este mismo sentido García Moreno, reflexiona sobre la relación del concepto universalidad con los modelos de Estados del Bienestar de otros países europeos. Así pues, asegura que

*el modelo aplicado a los países nórdicos es un modelo de naturaleza universal, por tanto, accesible a todos los que lo necesiten sin limitación de renta. Se financia a través de los impuestos generales y locales y contempla el copago en función del nivel de renta de la persona que necesite la atención personal. Las prestaciones sociales son, en gran medida, servicios comunitarios y especializados, presentando los primeros una tasa de cobertura elevada, la más alta de los países de la Unión Europea*<sup>116</sup>.

### 3.6. Condicionalidad

Muchas de las RB están condicionadas a suscribir algún tipo de obligación de participación en actividades de inserción personal, social o laboral; con lo que la percepción de la RB comporta necesariamente una contraprestación o condición por parte del beneficiario. La denominación que reciben los diferentes instrumentos de intervención a los que debe vincularse el beneficiario de la RB como contraprestación es diverso, dependiendo de cada Comunidad Autónoma (CA)<sup>117</sup>.

<sup>110</sup> Castilla-La Mancha, art. 1, sobre el objeto de la Ley 14/2010.

<sup>111</sup> Castilla y León, principios informadores de la Ley 7/2010.

<sup>112</sup> Cataluña, principios de la LRGC recogidos en el Preámbulo.

<sup>113</sup> Navarra, exposición de motivos de la Ley Foral 15/2016.

<sup>114</sup> País Vasco, principios básicos de la Ley 18/2008.

<sup>115</sup> SANZO GONZÁLEZ, Luis. La introducción de la renta básica en España. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 132, 2005.

<sup>116</sup> GARCÍA MORENO, Cristina. El Estado del bienestar ante los viejos problemas y las nuevas necesidades. In: RODRÍGUEZ MONGE, Ángel y RAYA LOZANO, Enrique (coord.), **Una Europa social y plural**. [s.l.] Actas del VII Congreso Estatal de Escuelas Universitarias de Trabajo Social, 2021. p. 71.

<sup>117</sup> Así, en Andalucía, “Plan de Inclusión Sociolaboral” (art. 101 y 2 del Decreto-ley 3/2017); Aragón (art. 6 y art. 16.4 de la Ley 1/1993), Castilla y León (art. 13 de la Ley 7/2010), Extremadura (art.7.1 de la Ley 9/2014), La Rioja (art. 3.5 de la Ley 4/2017), Madrid (art. 12 f) de la Ley 15/2001), Murcia (art. 12 d) de la Ley 3/2007), “Plan,

Ahora bien, hay algunas excepciones destacables como es el caso de Valencia porque, aunque condicionada, dispone de diferentes fórmulas de contraprestación. De ahí que el art. 14 de la Ley valenciana 19/2017 establece como obligaciones de las personas titulares y beneficiarias de la RB: “h) Participar en el proyecto de intervención social y educativo familiar establecido a partir de la declaración de la situación de riesgo del menor, i) Participar en el plan individualizado de protección o, en su caso, en el programa de reintegración familiar”.

En la senda de la excepcionalidad, hallamos así mismo a Cataluña que dispone de dos modalidades de RGC, una condicionada y otra no condicionada, tal como se prevé en el art. 2 de la Ley catalana 14/2017:

*a) Una prestación garantizada, no condicionada, sujeta a los requisitos establecidos por la presente ley. b) Una prestación complementaria de activación e inserción, condicionada al compromiso de elaborar, y, en su caso, seguir, un plan de inclusión social o de inserción laboral, que tiene la finalidad de superar las condiciones que han llevado a necesitar la prestación y, por lo tanto, dejar la renta garantizada de ciudadanía.*

En este sentido debemos poner en valor el papel de los profesionales del Trabajo Social que acompañan el proceso de transformación social de los ciudadanos que se acojan a esta segunda modalidad y que para Anleu Hernández

*resulta fundamental comprender que la incorporación de una perspectiva más resiliente en los procesos de intervención de los trabajadores sociales no significa trasladar a los usuarios la responsabilidad de su propia superación. Se trata, por un lado, de aprovechar los recursos resilientes existentes en las personas y en el ambiente y, por el otro, de fomentar en las instituciones sociales una nueva mirada sobre la intervención<sup>118</sup>.*

Desde esta perspectiva sí podemos afirmar que resulta útil la posibilidad de ejercer su libertad y por tanto de elección que tienen en Cataluña los ciudadanos.

Un caso singular es el de las Islas Baleares, en el que sólo existe la modalidad de RB no condicionada que “se articula como una prestación económica no condicionada a la obligación de participar en actividades de inserción social o laboral, sin perjuicio

---

Programa o Proyecto Individualizado de Inserción”; Asturias, “Programa Personalizado de Incorporación Social” (art. 11 d) de la Ley 4/2005); Cantabria, “Convenio de Incorporación Social” (art. 31.1 de la Ley 2/2007); Castilla-La Mancha, “Proceso de mejora de la autonomía personal e integración social” (art. 8.3 a) de la ley 14/2010); Galicia, “Proyecto de Integración Social” (art. 19.1 y 2 de la Ley 10/2013); Canarias y Navarra, actividades de inserción o de inserción sociolaboral (art. 2.2 de la Ley 1/2007 y art. 18 d) de la Ley foral 1572016, respectivamente) y País Vasco, aceptación de un empleo o una mejora en las condiciones de trabajo que pudiera conllevar un aumento del nivel de ingreso (art. 19 de la Ley 18/2008).

<sup>118</sup> ANLEU HERNÁNDEZ, Claudia María. La aplicación de la perspectiva resiliente en el trabajo social con inmigrantes latinoamericanas en Tarragona. Una mirada crítica. **Pedagogia i Treball Social. Revista de ciències socials aplicades**, vol. 6, n. 1, p. 64, 2017.

del derecho de las personas beneficiarias de la renta a participar en ellas”, así de claro lo expresa el legislador en el art. 2.f) de la Ley balear 5/2016.

La incondicionalidad o no de la RB se halla en el centro del debate, para Stunding, supondría que “no habría condiciones *de comportamiento* que exigiesen a la gente comportarse de cierta forma y no de otra, por ejemplo, aceptando empleos o determinados tipos de empleos, o teniendo que estar dispuestos a hacerlo, de cara a ser aptos para recibir la renta básica. Esto es lo que tanto sus defensores como sus críticos quieren decir normalmente cuando se refieren a la renta básica como un pago ‘incondicional’”<sup>119</sup>. Rallo Julián, entre otros, que manifiesta que la RB “es una transferencia estatal de recursos que tiene un carácter universal e incondicional: todos los ciudadanos la cobran por el hecho de ser ciudadanos y con independencia de sus circunstancias particulares”<sup>120</sup>. Y, para Raventós Pañella y Raventós Panyella, “no estará condicionada a ningún tipo de actividad de inserción laboral o social, sin perjuicio del derecho de las personas titulares de participar y en ningún caso se puede condicionar a razones de carácter presupuestario.”<sup>121</sup>

En conclusión, con la excepción de las Islas Baleares, todas las CCAA articulan programas de mejora que necesariamente han de suscribir aquellos ciudadanos que deseen beneficiarse de la RB. Programas que definen por tanto unas obligaciones que debe de cumplir el titular de la prestación y que, a su vez, serán objeto de supervisión por parte de la Administración autonómica.

### 3.7. Complementariedad

Con carácter general todas las RB de las diferentes CCAA tienen un carácter complementario, por tanto, es posible sumar otro tipo de recursos y prestaciones de contenido económico previstas en la legislación vigente que pudieran corresponder a la persona titular hasta el importe máximo que corresponda percibir en concepto de RB, determinado para cada CA. A modo de ejemplo, Cataluña en el art. 4.1 de la Ley catalana 14/2017 explicita que la RGC “es compatible y complementaria con las rentas del trabajo a tiempo parcial, cuando los ingresos sean inferiores al umbral del indicador de renta de suficiencia de Cataluña”. Se viene a refrendar así, la idea de una RB que ya en su definición subraya que se trata de una prestación económica que ha de asegurar

<sup>119</sup> STUNDING, Guy. **La Renta Básica**. Un derecho para todos y para siempre, Barcelona: Pasado & Presente, 2018. p. 16.

<sup>120</sup> RALLO JULIÁN, Juan Ramón, **Contra la Renta Básica**. Porque la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos empobrece a todos. Barcelona: Ediciones Deusto, 2015. p. 16.

<sup>121</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, RAVENTÓS PANYELLA, Sergi. La renta garantizada de ciudadanía y la renta básica. In: DOMÈNECH FIGUERAS, Antoni (ed.). **Renta Básica Ciudadana SP**. [s.l.] Editorial Sin Permiso, 2013. p. 9.

la satisfacción de las necesidades básicas, por tanto, no debiera de escatimar posibilidades económicas a los beneficiarios de la misma.

Ciertamente el debate sobre el carácter complementario de la RB también es muy nutrido, entre otros, Moreno Márquez asegura que “la prestación complementará los ingresos que tuvieran los destinatarios (con algunas excepciones) si no alcanzan la cuantía de la renta en el importe que, en su caso, corresponda”<sup>122</sup>.

Como se examinará posteriormente, las cuantías de las RB en trece de las diecisiete CCAA no superan los 490.- € mensuales y, por tanto, no alcanzan los 950.- € del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), es del todo congruente que la RB tenga un carácter complementario<sup>123</sup>. Unas cantidades que, sin duda, están muy por debajo de lo deseable y que ciertamente no garantizan en términos de dignidad de la persona, más que la mera subsistencia.

### 3.8. Derecho subjetivo

Entendiendo por derecho subjetivo aquella facultad que se le reconoce a una persona para exigir a la administración una acción concreta en el ejercicio de un derecho preexistente, y habiendo podido comprobar que todas las CCAA reconocen el derecho de acceso a la RB siempre que se cumpla con los requisitos establecidos por ley, se deduce la universalidad de tal prestación, y por tanto su exigibilidad<sup>124</sup>. De ahí, que se pueda concluir, aunque no sea manera explícita, que todas las CCAA reconocen su carácter de derecho subjetivo para todas las personas<sup>125</sup>.

Para Raventós Pañella y Raventós Panyella el carácter de derecho subjetivo de la RB se relaciona, entre otras cuestiones, con la financiación de la prestación y, especialmente, con no estar al albur de las disponibilidades presupuestarias, en ese sentido creen que la RM en contraposición con las clásicas RMI han conseguido “recuperar un derecho subjetivo y no arbitrario o a disposición de presupuesto”<sup>126</sup>. Ciertamente como veremos más adelante todas las RB se financian a través de los presupuestos generales

<sup>122</sup> MORENO MÁRQUEZ, Gorka. **Crisis y reconstrucción del Estado del Bienestar**. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2008. p. 118.

<sup>123</sup> La cuantía de la RB individual es la mitad del SMI para la mayoría de las CCAA, como es el caso de Madrid – 400.- € -; Canarias – 403,38.- € -; Andalucía – 419,51.- € -; Cantabria, Murcia, Galicia, Extremadura, Castilla-La Mancha y La Rioja – 430,27.- € -; Asturias – 442,96.- € -; Islas Baleares – 457,31.- € - y Castilla-La Mancha – 468.- € -.

<sup>124</sup> MARTÍNEZ MORAS, Juan Martín. **El servicio social como derecho social**. Buenos Aire: EDULP, 2017.

<sup>125</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, RAVENTÓS PANYELLA, Sergi. La renta garantizada de ciudadanía y la renta básica. In: DOMÈNECH FIGUERAS, Antoni (ed.). **Renta Básica Ciudadana SP**. [s.l.] Editorial Sin Permiso, 2013. p. 9.

<sup>126</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel, RAVENTÓS PANYELLA, Sergi. La renta garantizada de ciudadanía y la renta básica. In: DOMÈNECH FIGUERAS, Antoni (ed.). **Renta Básica Ciudadana SP**. [s.l.] Editorial Sin Permiso, 2013. p. 11.

de las CCAA, mediante partidas que, si es necesario, se suplementan para hacer frente al gasto derivado de la totalidad de RB reconocidas.

Es tal la aceptación de la conceptualización de la RB como derecho subjetivo, que trece CCAA así lo determinan en el articulado de sus respectivas leyes. Así pues, Andalucía<sup>127</sup>, Cantabria<sup>128</sup>, Castilla-La Mancha<sup>129</sup>, Castilla y León<sup>130</sup>, Cataluña<sup>131</sup>, Extremadura<sup>132</sup>, Galicia<sup>133</sup>, Islas Baleares<sup>134</sup>, La Rioja<sup>135</sup>, Murcia<sup>136</sup>, Navarra<sup>137</sup>, País Vasco<sup>138</sup> y Valencia<sup>139</sup> se refieren a la RB como un derecho subjetivo “ejecutable” y “exigible”. Aunque Aragón, Asturias, Canarias y Madrid no recogen el concepto, sí reconocen su exigibilidad, siempre que se reúnan los requisitos marcados por las leyes de RB respectivas. De tal modo se puede concluir que el derecho subjetivo, aunque no explicitado en algunos supuestos, sigue estando reconocido.

### 3.9. Titularidad

Los periodos de residencia que se exigen para poder solicitar la RB tienen relación con la duración de la prestación, que en la mayoría de supuestos es ilimitada, o hasta que se supere la situación que motivó su concesión. Es por ello, que todas las CCAA exigen periodos más o menos largos para ejercer un cierto control sobre lo que viene en llamar Carrizosa Prieto el “indeseable efecto llamada”. Así pues, los períodos largos de residencia que garantizan la vinculación con el territorio; así como, el respeto por los tratados de la Unión Europea y los convenios con la Seguridad Social aplicables a terceros Estados, resultan imprescindibles<sup>140</sup>.

Así pues, en relación a la necesidad de ser residente y estar empadronado en la CA dónde se haya de solicitar la RB, observamos que los requisitos en cuanto a la variable temporal resultan bastante coincidentes en la mayoría de las CCAA, entre los 6 y los

<sup>127</sup> Art. 42.1 del Decreto-ley andaluz 3/2017.

<sup>128</sup> Art. 4.1 y art. 26.33 de la Ley cántabra 2/2007.

<sup>129</sup> Art. 1. d) de la Ley castellano-manchega 14/2010.

<sup>130</sup> Art. 1 de la Ley castellano-leonesa 7/2010.

<sup>131</sup> Art. 22 de la Ley catalana 14/2017.

<sup>132</sup> Art. 1 de la Ley extremeña 9/2014.

<sup>133</sup> Art. 6.2 de la Ley gallega 10/2013.

<sup>134</sup> Art. 2.b de la Ley balear 5/2016.

<sup>135</sup> Art. 3.1 de la Ley riojana 4/2017.

<sup>136</sup> Art. 1.1 de la Ley murciana 3/2007.

<sup>137</sup> Exposición de motivos, apartado II.6 de la Ley Foral 15/2016.

<sup>138</sup> Art. 12 de la Ley vasca 18/2008.

<sup>139</sup> Art. 7 de la Ley valenciana 19/2017.

<sup>140</sup> CARRIZOSA PRIETO, Esther. Hacia la articulación de una renta básica de ciudadanía en el ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 192, p. 203-242, 2016.

24 meses. En todos los casos se requiere estar empadronado en algún municipio de la CA, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

Asturias y Castilla-La Mancha exigen la residencia en la CA, pero no concretan el tiempo requerido para solicitar la prestación. En el caso de Asturias, resulta interesante la clasificación que hace la Ley, entre las personas que pertenecen a los estados miembros de la Unión Europea y los que no, aunque no se les exigen requisitos distintos<sup>141</sup>. Castilla-La Mancha hace una excepción y no exige residencia para todas aquellas personas que se encuentren en situación de emergencia social<sup>142</sup>.

Galicia<sup>143</sup> es la CA que presenta la menor exigencia temporal, con tan sólo 6 meses de residencia para poder solicitar la RB. El común de las CCAA exigen un mínimo de un año de residencia; así, Andalucía<sup>144</sup>, Aragón<sup>145</sup>, Cantabria<sup>146</sup>, Castilla y León<sup>147</sup>, Extremadura<sup>148</sup>, Madrid<sup>149</sup>, Murcia<sup>150</sup>, País Vasco<sup>151</sup>, Valencia<sup>152</sup> y Navarra<sup>153</sup>, pero sólo en el caso de familias que pudieran acreditar la presencia de miembros dependientes o con una discapacidad igual o superior al 65%, a todos los demás se les aplica también el requisito de dos años de residencia. Cabe decir que la mayoría de las CCAA hacen excepciones para casuísticas bien determinadas en relación al tiempo de residencia. Sin duda la más explícita de todas, es Andalucía<sup>154</sup>, que tiene en cuenta situaciones de violencia machista, de trata, emigrante andaluz retornado, refugiado, persona sin techo etc.

<sup>141</sup> Art. 7 de la Ley asturiana 4/2015, "1a) Ser nacionales de los estados miembros de la Unión Europea empadronados en cualquiera de los concejos de Asturias o transeúntes en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, atendiendo siempre las situaciones de emergencia social. b) Quienes no siendo nacionales de ningún estado miembro de la Unión Europea se encuentren en el Principado de Asturias, así como los refugiados y apátridas."

<sup>142</sup> Art. 2.1 de la Ley castellano-manchega 14/2010, "a) Todas las personas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. acreditará mediante la tarjeta social o en su defecto acreditación del empadronamiento en un municipio de la Región. c) Las personas no residentes que se encuentren en situación de urgencia social."

<sup>143</sup> Art. 12. a) de la Ley gallega 10/2013.

<sup>144</sup> Art. 7.1. b) del Decreto-ley andaluz 3/2017.

<sup>145</sup> Art. 4 de la Ley aragonesa 1/1993.

<sup>146</sup> Art. 29.1. b) de la Ley cántabra 2/2007.

<sup>147</sup> Art. 10. a) de la Ley castellano-leonesa 7/2010.

<sup>148</sup> Art. 10. a) de la Ley extremeña 9/2014.

<sup>149</sup> Art. 6. a) de la Ley madrileña 15/2001.

<sup>150</sup> Art.7.a) y 7. b) de la Ley murciana 3/2007

<sup>151</sup> Art. 16. b) de la Ley vasca 18/2008.

<sup>152</sup> Art. 12.1. a) de la Ley valenciana 19/2017.

<sup>153</sup> Art. 5 de la Ley Foral 15/2016 "b) Residir en la Comunidad Foral de Navarra al menos con dos años de antelación a la fecha de presentación de la solicitud o un año en los casos en los que en la unidad familiar hubiera menores o personas dependientes o con una discapacidad igual o superior al 65 %".

<sup>154</sup> Art. 7.1 del Decreto-ley andaluz 3/2017, "b) No obstante lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser solicitantes y beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, sin la exigencia del periodo de un año de empadronamiento de forma estable previo a la fecha de presentación de la solicitud, las personas empadronadas en Andalucía que junto con el resto de requisitos establecidos, acrediten cualquiera de las



Cataluña<sup>155</sup> y Navarra<sup>156</sup> como regla general, recogen en su articulado la necesidad de 24 meses de residencia; por tanto, son más exigentes que las anteriores CCAA, duplicando así el tiempo requerido para poder presentar la solicitud.

Parece ser que el carácter insular de Baleares<sup>157</sup> y Canarias<sup>158</sup> hace que planteen mayor singularidad en los requisitos de residencia, siendo a la vez las más exigentes de todas. En ambos casos el período mínimo de residencia ininterrumpida en algún municipio de la CA ha de ser de tres años. Así pues, triplican el periodo que exigen la mayoría del resto de las CCAA.

### 3.10. Cuantía e índice de referencia

Tres son los indicadores económicos a partir de los que se calcula el importe de la RB individual de las diferentes CCAA<sup>159</sup>:

*1. El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) “es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de*

---

siguientes circunstancias: 1.ª Ser víctima de violencia de género, debidamente acreditada, en el momento de la solicitud. 2ª Ser víctima de trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, debidamente acreditada, en el momento de la solicitud. 3ª Tener la condición de persona emigrante andaluza retornada en el año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud. 4.ª Tener la condición de persona apátrida o refugiada reconocida por el Organismo competente de la Administración General del Estado o, en su caso, estar en trámite para el reconocimiento de dicho Estatuto o cualesquiera otro de Protección internacional. 5ª Personas sin hogar. 6ª Personas que en el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía. 7ª Otras personas que residan temporalmente en alojamientos alternativos. 8ª Por fuerza mayor, debidamente acreditadas por los servicios sociales comunitarios mediante informe social.”

<sup>155</sup> Art. 7 de la Ley catalana 14/2017, “b) Estar empadronado en un municipio y residir legalmente en Cataluña. Este requisito no se aplica a las mujeres que tienen permiso de residencia por reagrupamiento familiar y lo pierden como consecuencia de divorcio o separación, ni a los catalanes regresados. c) Tener residencia continuada y efectiva en Cataluña durante los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.”

<sup>156</sup> Art. 5 de la Ley Foral 15/2016. “b) Residir en la Comunidad Foral de Navarra al menos con dos años de antelación a la fecha de presentación de la solicitud.”

<sup>157</sup> Art. 6.1 a) y 6.1. b) de la Ley balear 5/2016.

<sup>158</sup> Art. 7.1 de la Ley canaria 1/2007, “El titular de la ayuda económica básica y las personas que formen parte de su unidad de convivencia, en los términos previstos en la presente ley, habrán de reunir los siguientes requisitos: 1 1º Estar empadronados, con una antelación mínima de seis meses a la fecha de la solicitud, en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma, requiriéndose a los titulares documentos que justifiquen debidamente el acuerdo de empadronamiento. 2º Residir de forma ininterrumpida en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, como mínimo, durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de la prestación y acreditarlo por cualquier medio de prueba válido en derecho.”

<sup>159</sup> Para la determinación de las cuantías e índices de referencia se ha consultado GARCÍA PÉREZ, Carmen. **La conveniencia social y la viabilidad económica de la Renta Básica**. València: Universitat Politècnica de València, Càtedra ACAL, 2017. Disponible en <<https://www.acalsl.com/blog/2019/04/rentas-minimas-autonomicas-actualizacion-de-la-monografia-sobre-renta-basica>>.

*desempleo. Nació en 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas*<sup>160</sup>.

*2. El Indicador de Renta de Suficiencia (IRSC), que establece la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*<sup>161</sup>. La cantidad varía cada año y se fija a través de la Ley de presupuestos de la Generalitat.

*3. El Salario Mínimo Interprofesional (SMI), que “consiste en un cómputo anual en proporción a la jornada de trabajo realizada. El SMI siempre ha de pagarse en dinero, sin que puedan practicarse descuentos por las prestaciones en especie que supongan que el importe del salario en dinero sea inferior a dicho SMI”*<sup>162</sup>.

Estos tres índices son utilizados para determinar la cuantía que variará en cada CA, aunque podemos identificar dos grupos muy marcados, los de las CCAA en las que la RB individual se sitúa en primer intervalo que va de los 400.- € a los 480.- €, y un segundo que comprende de los 600.- € a los 790.- €.

En el primer grupo encontramos las CCAA de Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Canarias, La Rioja, Madrid y Murcia. En este primer grupo la mayoría utilizan como índice de referencia el IPREM, algunos no determinan índice como es el caso de Aragón, Asturias, Islas Baleares y Madrid y de manera excepcional encontramos el SMI como índice de referencia en Castilla-La Mancha.

En el segundo grupo se encuentran Cataluña, Navarra, País Vasco y Valencia, que a su vez utilizan índices económicos de referencia distintos. Así, Cataluña, el IRSC<sup>163</sup>, Navarra, el IPREM, y el País Vasco<sup>164</sup> y Valencia<sup>165</sup> el SMI.

Cabe decir que las CCAA aplican un porcentaje a cada uno de los índices de referencia, lo que supone que ninguna de las prestaciones llega al 100% de los índices mencionados. Los dos más altos corresponden a Valencia -720.- €- y País Vasco -792.- €- que aplican el 80% y el 88% del SMI, siendo a su vez el SMI el índice económico más

<sup>160</sup> <<http://www.iprem.com.es/#que-es-iprem>>.

<sup>161</sup> Este indicador “serveix per valorar la situació de necessitat, per a poder tenir dret o accés a les prestacions. S’entén per situació de necessitat qualsevol contingència que té lloc o apareix en el transcurs de la vida d’una persona i que li impedeix de fer front a les despeses essencials per al manteniment propi o per al manteniment de les persones que integren la unitat familiar o la unitat de convivència a la qual pertany”. Disponible en <[http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/servei\\_fitxa.jsp?codi=13844](http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/servei_fitxa.jsp?codi=13844)>.

<sup>162</sup> <<http://www.mitramiss.gob.es/es/portada/serviciohogar/preguntas-recuentes/retribuciones/index.htm>>.

<sup>163</sup> Disposición 3ª. 1 de la Ley catalana 14/2017.

<sup>164</sup> Art. 20. b) de la Ley vasca 18/2008.

<sup>165</sup> Art.15.1 de la Ley valenciana 19/2017.

alto de los que se aplican como referencia para el cálculo de la cuantía de las RB en el Estado español.

Viendo las cuantías de las RB en las CCAA podemos concluir que están reservadas para las personas más pobres y desfavorecidas y que se encuentran por debajo de los índices económicos marcados, no llegando en ningún caso al 100% del IPREM, el IRSC o el SMI.

En consecuencia, estas prestaciones devienen en muchos casos en “ingresos mínimos vitales”, traicionando en el fondo el valor que se le quería atribuir a la RB cuando se iniciaba el debate sobre la necesidad de superar las RMI.

### 3.11. Duración y prórroga

En once de las diecisiete CCAA, la ley concreta en los artículos referidos a la “duración de la prestación económica”, que la RB se mantiene “mientras concurren las circunstancias que motivaron la concesión”, o con fórmulas similares. Las CCAA que así lo determinan son Andalucía<sup>166</sup>, Asturias<sup>167</sup>, Cantabria<sup>168</sup>, Castilla y León<sup>169</sup>, Cataluña<sup>170</sup>, Islas Baleares<sup>171</sup>, La Rioja<sup>172</sup>, Madrid<sup>173</sup>, Murcia<sup>174</sup>, Navarra<sup>175</sup>, País Vasco<sup>176</sup> y Valencia<sup>177</sup>. En cualquier caso, en todas ellas también se revisa periódicamente la situación para poder valorar si se han producido cambios sustanciales que hagan necesario suspender la RB o no. En caso de que se mantengan los motivos de la concesión habitualmente la ley establece prórrogas y amplía el periodo.

Únicamente Castilla-La Mancha limita a 24 meses el derecho a la prestación. Otras CCAA contemplan prórrogas sin límite a través de diferentes fórmulas y periodos ordinarios y extraordinarios de renovación de la misma; como pueda ser el caso de Andalucía<sup>178</sup>, Aragón<sup>179</sup>, Galicia<sup>180</sup>, Navarra<sup>181</sup>, Cataluña y País Vasco. Para las cuatro pri-

<sup>166</sup> Art. 16 del Decreto-ley andaluz 3/2017.

<sup>167</sup> Art. 6.1 de la Ley asturiana 4/2005.

<sup>168</sup> Art. 34.1 de la Ley cántabra 2/2007.

<sup>169</sup> Art. 4.5 de la Ley castellano-leonesa 7/2010.

<sup>170</sup> Art. 10.1 de la Ley catalana 14/2017.

<sup>171</sup> Art. 17.1 de la Ley balear 5/2016.

<sup>172</sup> Art. 3.6 de la Ley riojana 4/2017.

<sup>173</sup> Art. 11.1 y 11.2 de la Ley madrileña 15/2001.

<sup>174</sup> Art. 11.1 de la Ley murciana 3/2007.

<sup>175</sup> Art. 16 de la Ley Foral 15/2016.

<sup>176</sup> Art. 23.1 de la Ley vasca 18/2008.

<sup>177</sup> Art. 8. d) de la Ley valenciana 19/2017.

<sup>178</sup> Art. 16 del Decreto-ley andaluz 3/2017.

<sup>179</sup> Art. 9 de la Ley aragonesa 1/1993.

<sup>180</sup> Art. 29 de la Ley gallega 10/2013.

<sup>181</sup> Art. 16 de la Ley Foral 15/2016.

meras la prórroga se establece a partir de los 12 meses y en el caso de Cataluña<sup>182</sup> y País Vasco<sup>183</sup> la prórroga se concede a partir de los 24 meses y sin límite de duración. En lo referente a la prórroga la CCAA que la activa antes es Murcia<sup>184</sup>, a los 6 meses y siempre a través de un informe semestral.

Casos a parte son Extremadura<sup>185</sup> y Canarias<sup>186</sup> que contemplan una duración de 12 meses sin concretar más.

Se puede observar como la duración de la prestación en su gran mayoría no tiene una limitación temporal, lo que da mayores garantías a las ciudadanas y ciudadanos beneficiarios de la misma. Esto permite asegurar a largo plazo uno de los objetivos de la RB, hacer frente a las necesidades básicas, y en el caso que se vinculen a planes individuales de inserción, supone disponer de una seguridad que permite a la persona poder trabajar, sin presión, los aspectos acordados con las y los profesionales de servicios sociales.

### 3.12. Financiación

En todas las leyes la financiación de la RB se arbitra a través de partidas presupuestarias que se aprueban anualmente en la Ley de Presupuestos Generales de las CCAA. Así pues, podemos afirmar con total rotundidad que la RB en el conjunto de CCAA no se halla sujeta a las disponibilidades presupuestarias; sino que se trata de una RB garantizada para todos los ciudadanos y ciudadanas que lo requieran, en el marco de los requisitos que determinan las diferentes leyes autonómicas.

## 4. CATALUÑA: DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN A LA RENTA GARANTIZADA DE CIUDADANÍA

Cataluña transformará el “Programa Interdepartamental de Renta Mínima de Reinserción” (PIRMI) en la “Renda garantida de ciudanía” o “Renta Garantizada de Ciudadanía” (RGC) en plena crisis económica y fruto de una ILP, que responde a la voluntad política popular expresada a través del Estatuto de Cataluña (EC) en el que se hace una referencia explícita en el art. 24.3 a que “las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen”<sup>187</sup>.

<sup>182</sup> Art. 10.2 de la Ley catalana 14/2017.

<sup>183</sup> Art. 23.1 de la Ley vasca 18/2008.

<sup>184</sup> Art. 11.2 de la Ley murciana 3/2007.

<sup>185</sup> Art. 17.2 de la Ley extremeña 9/2014.

<sup>186</sup> Art. 16 de la Ley canaria 1/2007.

<sup>187</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EC).

La ILP, mediante la “Memoria justificativa de la Iniciativa Legislativa Popular para regular la Renta Garantizada de Ciudadanía establecida en el art. 24.3 del Estatuto de Cataluña” (Memoria), no sólo recoge 121.191 firmas de la ciudadanía -con 50.000 hubieran sido suficiente para que prosperara tal iniciativa, tal como ya se ha expuesto<sup>188</sup>-; sino que a ellas se suman 76 entidades que la apoyaron la RGC, entre ellas, la Xarxa Renda Bàsica (XRB)<sup>189</sup>, Xarxa de Lluita pels Drets Socials (XLDS)<sup>190</sup>, Moviment 15M, Plataforma d’Afectats per la Hipoteca (PAH)<sup>191</sup>, Observatori DESC<sup>192</sup>, Assemblea de Treballadores/s Aturades/ats de Barcelona<sup>193</sup>, Assemblees Ciutadanes Constituents, Assemblees pels Drets Socials, Associacions i Federacions de Veïnes i Veïns, Campanya per una banca pública ètica i social<sup>194</sup>, Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya (TSCAT)<sup>195</sup>, Col·legi d’Educadors i Educadores Socials de Catalunya (CEESC)<sup>196</sup>,

<sup>188</sup> Art. 3 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero de la iniciativa legislativa popular de Cataluña, “La iniciativa legislativa popular se ejerce por medio de la presentación en la Mesa del Parlamento de una proposición de ley, con el apoyo de las firmas, debidamente autenticadas, de un mínimo de 50.000 personas, que deben cumplir las condiciones establecidas por el art. 2.”

<sup>189</sup> La XRB se constituye en febrero de 2001 en Barcelona. El art. 4 de sus Estatutos se hace referencia a los fines, entre los que cabe destacar “promover y difundir los estudios y la investigación científica sobre la Renta Básica para un mejor conocimiento de la misma y de su viabilidad.”

<sup>190</sup> La XLDS es “un espai de lluita que aglutina diferents entitats i individus amb uns objectius i uns valors comuns; amb la voluntat de ser una organització social que vol tenir impacte en la població i on la gent es pugui sentir representada i motivada per a la mobilització, amb l’assumpció de que sense una organització autènticament d’esqueres, la mobilització ciutadana no serà suficient per canviar el sistema”. Disponible en <<https://sites.google.com/site/xldsblanes/que-es-la-xarxa>>.

<sup>191</sup> La PAH nace en Barcelona en febrero de 2009, “con la intención de dar una respuesta ciudadana a la situación de aquellas personas que, ya entonces, empiezan a no poder pagar la hipoteca y ven cómo el banco les puede reclamar una deuda elevadísima, incluso después de perder la vivienda”. Disponible en <<https://pahbarcelona.org/es/quien-somos/>>.

<sup>192</sup> El “Observatori DESC” es “un centro de derechos humanos que concentra sus esfuerzos en desmontar la percepción devaluada de los derechos sociales –derecho a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud, a la alimentación- en relación a otros derechos considerados fundamentales como los derechos civiles y políticos y los derechos patrimoniales. Para ello, el Observatorio combina la incidencia política con la investigación, el asesoramiento y la organización de cursos y jornadas y litigios estratégicos. Así, se promueven investigaciones y publicaciones, se organizan seminarios y formaciones y se acompañan reivindicaciones y luchas populares. Todo ello, sin perder de vista la importancia del trabajo en red y de la participación en campañas sociales”. Forman parte del Observatorio: Amnistía Internacional, Centre de Drets Humans Irídia, Comissions Obreres de Catalunya, Dones juristes, Grup Antropologia Jurídica del ICA, Institut de Drets Humans de Catalunya, Intersindical Alternativa de Catalunya. Disponible en <<https://observatoridesc.org/es/quienes-somos>>.

<sup>193</sup> <<http://assembleadeaturats-barcelona.blogspot.com/>>.

<sup>194</sup> Esta Campaña tenía por objeto conseguir que las entidades financieras rescatadas con dinero público y que aún no habían sido vendidas a la gran banca a precio de saldo, se convirtieran en una banca de titularidad pública, que sirviera, no a los intereses de los accionistas, sino a los de la sociedad. Disponible en <<https://www.facebook.com/femlanostra/>>.

<sup>195</sup> <<https://www.tscat.cat/>>.

<sup>196</sup> <<https://www.ceesc.cat/>>.

Entitats Catalanes d'Acció Social (ECAS)<sup>197</sup>, Església Plural<sup>198</sup>, Cristians pel Socialisme<sup>199</sup>, algunos sindicatos de mayor implantación, como USOC, UGT, CCOO, algunos partidos políticos, como la CUP, ERC, EUiA, ICV, PSC, PCC... y 52 ayuntamientos.

Tras una larga tramitación parlamentaria, vio la luz la Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía (LRGC), que vendrá a dar respuesta a las garantías estatutarias y fortalecerá el paquete de políticas públicas en Cataluña, así como la articulación de un nuevo instrumento para la pretendida recuperación del tan denostado Estado del Bienestar.

La Ley 10/1997, de 3 de julio, de la Renta Mínima de Inserción (LRMI) tenía la finalidad de “prestar el apoyo adecuado a todas las personas que lo precisen para atender las necesidades básicas para vivir en la sociedad, con los recursos convenientes para su mantenimiento, así como para favorecer su inserción o reinserción social y laboral”<sup>200</sup>. Una de las características principales del PIRMI, nacido de la mano de la LRMI, era que necesariamente el ciudadano debía asumir que la condición para ser beneficiario del programa era la aceptación de una contraprestación, con el fin de evitar el asistencialismo<sup>201</sup>.

Esta lógica de no generar dependencia respecto de los servicios sociales y evitar la promoción del asistencialismo obligaba siempre a la contraprestación por parte del beneficiario y lo abocaba a la búsqueda activa de trabajo, con el objetivo de hacerlo autónomo para dar respuesta a sus necesidades básicas. Sólo cumpliendo del “Plan Individual de inserción i Reinserción social y laboral” (PIR), que se establecía de manera acordada entre el profesional del trabajo social y el usuario, se garantizaba la continuidad de la prestación económica derivada del PIRMI. Es por ello que la persona beneficiaria pasaba regularmente por las pertinentes evaluaciones de los objetivos marcados en el PIR acordado, lo que sin duda alguna tensionaba las situaciones de especial riesgo

<sup>197</sup> ECAS es “una federación de Entidades Catalanas de Acción Social que trabajan de manera prioritaria con colectivos en situación o riesgo de exclusión social. La atención directa que prestan las organizaciones socias de ECAS y la tarea de la propia federación para vertebrar el sector se fundamentan en la lucha por la igualdad de oportunidades para toda la población, así como en la voluntad de transformar la sociedad para hacerla más justa y equitativa. Nuestro objetivo es sumar esfuerzos y vehicularlos para favorecer la inclusión, hacer efectivos los derechos de las personas, promover la plena ciudadanía y contribuir al bienestar de toda la población mediante la construcción de una sociedad basada en el compromiso y la corresponsabilidad, con una cohesión social sólida y duradera de la que todos seamos partícipes”. Disponible en <<https://acciosocial.org/es/>>.

<sup>198</sup> “Eglésia Plural” es un movimiento que aglutina los cristianos católicos de base progresistas en Catalunya.

<sup>199</sup> “Cristians pel Socialisme” es un movimiento social fundado en Chile en 1971 que propugna la teoría y la praxis marxista desde un punto de vista compatible con la fe cristiana, sin establecer vínculos con ningún partido político. Disponible en <[https://ca.wikipedia.org/wiki/Cristians\\_pel\\_Socialisme](https://ca.wikipedia.org/wiki/Cristians_pel_Socialisme)>.

<sup>200</sup> Art. 2 de la LRMI.

<sup>201</sup> Así se desprende del Preámbulo de la LRMI, que afirma que “las prestaciones de la renta mínima de inserción se configuran como un conjunto de instrumentos encaminados a la inserción social y, siempre que sea posible, a la inserción laboral, mediante unas contraprestaciones que las personas beneficiarias se comprometen a llevar a cabo a cambio de recibir las distintas actuaciones y prestaciones que establece la presente Ley, mirando siempre de evitar que entren en el circuito del asistencialismo.”

de exclusión social, dado que la RMI tenía una clara limitación temporal y cuantitativa que mantenía al ciudadano en una situación de incertidumbre respecto de su futuro económico.

Por tanto, se puede concluir que la RMI no tenía un carácter subjetivo y que, con el cambio de contexto respecto del momento de su creación, y el aumento exponencial de las necesidades y de las demandas fruto de la crisis, el PIRMI se convirtió en una mera prestación económica, casi la única a la que se podía acoger a un sector de población muy empobrecido y al borde de la exclusión social, con escasas posibilidades de reinserción laboral. ECAS asegura que la aplicación de la normativa se relajó a partir de la crisis y no siempre se cumplieron correctamente los procedimientos, y tampoco los perfiles se ajustaban a los que definía el programa en inicio, con lo que se provocaron desajustes en las respuestas que se ofrecían para paliar la emergencia social<sup>202</sup>. Si sumamos a todo ello la saturación de los Servicios Sociales Básicos, prestados por los entes locales, y el número ingente de casos de PIRMI que se atendían, más de 100 por profesionales, cosa que hacía difícil el seguimiento y acompañamiento, se justificaba aún más la entrada en crisis del PIRMI y la necesidad de replantear la RMI y su conversión hacia una RB que diera realmente respuesta al nuevo escenario social.

En Cataluña, con el fin de dar respuesta a los problemas que ponía de manifiesto el PIRMI y adaptarlo a los nuevos perfiles de la exclusión social se establecen los “Acuerdos Estratégicos por la Internacionalización, la Calidad de la Ocupación y la Competitividad de la Economía Catalana 2007-2008 y 2008-2011”, ambos firmados por el Gobierno y los principales agentes económicos y sociales de Cataluña en el que sientan las bases para la regulación de la RGC<sup>203</sup>.

La ILP<sup>204</sup> se acoge, como ya se comentó con anterioridad, al art. 24.3 del EC que reconoce el derecho de acceso a una RGC que asegure unos mínimos ingresos que garanticen una vida digna. También se acoge al art. 37.3 del mismo EC, el cual determina que este derecho reconocido estatutariamente debe regularse a través de Ley por el Parlamento de Cataluña. Así pues, la ILP empieza su andadura concretando los ejes centrales del proyecto de Ley, entre los que se recoge el derecho universal de todos los

<sup>202</sup> ECAS. Reflexions al voltant del programa de Renda Mínima d’Inserció. **Document**. Barcelona, n. 1. Disponible en <[https://acciosocial.org/wp-content/uploads/2015/03/Noves-propostes-RMI\\_20150218.pdf](https://acciosocial.org/wp-content/uploads/2015/03/Noves-propostes-RMI_20150218.pdf)>. 16 de febrero de 2015.

<sup>203</sup> Apartado III de la Memoria.

<sup>204</sup> Preámbulo de la Ley 1/2006, de 16 de febrero de la iniciativa legislativa popular de Cataluña. En su preámbulo la Ley explica que: “La participación ciudadana es una pieza clave para el funcionamiento del sistema democrático. La soberanía popular se ejerce mediante los diferentes canales de participación que establecen la Constitución española, el Estatut d’autonomia de Catalunya y la legislación de régimen local, tanto la estatal como la autonómica”.

ciudadanos, no condicionado a disponibilidades presupuestarias de la Generalitat de acceder a una RGC<sup>205</sup>.

La RGC se define en la proposición de la ILP como “una prestación económica de carácter periódico, que se caracteriza como un derecho subjetivo, de carácter individual, pero a la cual se puede acceder atendiendo a los ingresos económicos del núcleo familiar o de convivencia, y de carácter suplementario de todo tipo de ingresos económicos, ya sean salarios o cualquier tipo de prestación o ayuda”<sup>206</sup>. Y se le otorga la condición de derecho subjetivo puesto que “no está condicionado a la obligación de participar en ningún tipo de actividad de inserción laboral o social, y, en ningún caso, se puede condicionar a razones de carácter presupuestario”<sup>207</sup>.

Por tanto, los presupuestos de la Generalitat de Catalunya deberían de prever las cantidades necesarias para que todo aquel que cumpla los requisitos exigidos, en función de los ingresos económicos del núcleo de convivencia o a los de la persona en caso de que viva sólo, se le reconozca el derecho subjetivo individual correspondiente y pueda percibirla, sin obligación alguna de participar en ningún tipo de plan individual de inserción social y laboral y que, en ningún caso, se puede condicionar a razones de carácter presupuestario. El derecho reconocía la percepción a percibir una prestación económica de doce pagas<sup>208</sup> y su carácter suplementario, permitía que se pudieran a otros ingresos económicos sin superar la cuantía establecida de la prestación económica, hasta los 664.- € y así superar los límites de la pobreza, que aun pareciendo poco es la que se estableció en Cataluña para los límites del estado de necesidad<sup>209</sup>.

La población catalana estaba sufriendo en los últimos tiempos una situación de pobreza creciente que seguramente no se había vivido en muchas décadas, lo que

<sup>205</sup> En relación al sistema de financiación de la RGC, se asegura que “en cuanto a su financiación, se apelaba a que esta prestación se financiará íntegramente con cargo a los presupuestos de la Generalidad de Cataluña, y la cantidad de la prestación sería equivalente a la cantidad del indicador de renta de suficiencia (IRSC, en adelante) vigente, en función de los ingresos del conjunto del núcleo familiar o de convivencia”. GARÍN BALLESTEROS, Borja. La renta garantizada de ciudadanía. Del éxito de una iniciativa popular a las controversias de la tramitación parlamentaria y de la implantación. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 59, p. 100, 2019.

<sup>206</sup> Apartado VII de la Memoria. En virtud de esta definición, siguiendo a GARÍN BALLESTEROS, Borja. La renta garantizada de ciudadanía. Del éxito de una iniciativa popular a las controversias de la tramitación parlamentaria y de la implantación. **Revista Catalana de Dret Públic**, n. 59, p. 100-102, 2019, cuatro son los elementos que distinguen en la proposición legislativa, la RGC de la RB o RBU: Universalidad y no condicionalidad: la RB tiene un carácter de universalidad y no condicionalidad y la RGC está reservada a las personas que se sitúen por debajo del umbral de pobreza determinado por la Ley presentada y solo actuará como complemento, para permitir alcanzar el límite marcado.

<sup>207</sup> Apartado VII de la Memoria.

<sup>208</sup> Eje 3 del Proyecto de LRGC, presentado por la Comisión Promotora de la ILP. Disponible en <<https://www.rendagarantidaciudadana.net/index.php/es/entidades-adheridas/10-castellano/106-content>>.

<sup>209</sup> Eje 4 del Proyecto de LRGC, presentado por la Comisión Promotora de la ILP. Disponible en <<https://www.rendagarantidaciudadana.net/index.php/es/entidades-adheridas/10-castellano/106-content>>.



suponía que una cuarta parte de la población catalana no disponía de los recursos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas<sup>210</sup>.

Una pobreza que se explica por la confluencia de diferentes factores: la situación de paro que generó la crisis económica; el desballestamiento del Estado del Bienestar, que había ido disminuyendo por todas partes, y afectando de manera especial a la población más vulnerable que sufría de manera dolorosa sus consecuencias; unas administraciones públicas que disponían de menos presupuesto y que activaron políticas de “recortes”; la retirada de la RMI que dejó a mucha gente con muy poca cobertura, lo que supuso el ahorro de 1.000 MEUR al gobierno de la Generalitat de Catalunya.

Cómo afirmarí­a Arcadi Oliveras<sup>211</sup>, tal decisi3n haría emerger así el “Robinhoodismo” a la inversa “quitárselo a los pobres para darlo a los ricos”. Sumando a todo esto el drama de los desahucios, la falta de financiación de los bancos y la negativa a prorrogar las hipotecas que no se podían pagar y dejaron a mucha gente sin un techo. Sin olvidar a algunos colectivos especialmente vulnerables como son los inmigrantes que vinieron con la esperanza de encontrar un trabajo y que quedó frustrada y encima siempre con el riesgo de ser expulsados del país y con muy pocas garantías de protección social dada su falta de documentación. Y finalmente personas que tal vez antes gozaban de una situación más estable, como eran los ancianos y que ahora disponían solo de pensiones de miseria, las familias monoparentales en las que una sola persona no podía hacer frente a todos los gastos, capas sociales que hacía tiempo que se encontraban en paro de larga durada y que no había manera de incorporarlos de nuevo al mercado de trabajo, y otros grupos que por circunstancias diversas se encontraban en situación de vulnerabilidad.

Y en un contexto como el que hemos descrito ¿dónde quedo la sensibilidad social de los gobiernos catalán y español? En una “democracia limitada” o, aún mejor, “democracia de baja intensidad”, en palabras de Souza Santos, para quién asistimos a “la emergencia de un constitucionalismo global de las empresas multinacionales, que va por encima de las leyes nacionales y las viola frecuentemente, pero tiene prioridad sobre ellas como antes la ley constitucional tenía prioridad sobre las leyes ordinarias”<sup>212</sup>.

En esta democracia en la que nos hallamos existen muy pocos mecanismos de participación de la ciudadanía, uno de ellos es la ILP que a través de la recogida de

<sup>210</sup> En el primer trimestre de 2013 la situación de pobreza en Cataluña era dramática, según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA), 902.300 personas estaban sin trabajo, lo que suponía una tasa de paro del 24,53%. La tasa de paro rompía con el máximo histórico que se alcanzó en el cuarto trimestre del 2012 (23,9%). 267.000 (13.1% del total) familias tenían todos sus miembros en el paro, la tasa de riesgo de pobreza o de exclusión social (tasa AROPE) en el 2014 era del 26%. Institut d’Estadística de Catalunya (IDESCAT). Disponible en <<https://www.idescat.cat/indicadors/?id=anuals&n=10412>>.

<sup>211</sup> Arcadi Oliveras i Boadella, profesor de economía y activista catalán por la justicia social y la paz, que participó activamente en la redacción de la Memoria justificativa de la ILP para la RGC.

<sup>212</sup> DE SOUZA SANTOS, Boaventura. Para una Democracia de Alta Intensidad. *Ecuador Debate*, n. 80, p. 67, agosto 2010.

un número determinado de firmas se puede plantear una propuesta de reforma legislativa directamente al Parlamento sin tener que pasar por ningún partido político. Fue a través de este instrumento que una ola de empoderamiento de la ciudadanía conseguía hacer llegar la Memoria al Parlamento catalán, lo que dio lugar al debate del proyecto de ley que adjuntó la misma ILP y a la posterior aprobación de la LRGC. Así pues, la RGC se aprobó con el objeto de dar una solución coherente a las situaciones de necesidad que un importante colectivo de la ciudadanía catalana padecía fruto de la crisis económica y que obligó a despertar el espíritu solidario de la sociedad que se movilizó para conseguirlo. A pesar de ello, para Garín Ballesteros, “la Ley acaba siendo una prolongación de las antiguas rentas mínimas de inserción. Bajo un gran condicionamiento laboral, la RGC que finalmente aprobó el Parlamento, desvirtúa, por exceso de requisitos y defecto de cuantías, gran parte de las pretensiones originarias de la proposición de Ley<sup>213</sup>”.

En cualquier caso, para Bollain Urbieta y Guanche Sánchez, la RB, o la RGC catalana, “ya sea con carácter de emergencia o integral, debe ir acompañada de otras medidas ya que no estamos ante una solución mágica a todos los problemas sociales, pero sin duda, nos permitiría salir de esta situación sin dejar a nadie atrás<sup>214</sup>, puesto que nos enfrentamos a “una nueva amenaza para la cohesión social, la de unos procesos de globalización y flexibilización que se traducen en desprotección e inseguridad para muchos ciudadanos, y el precio que todo ello supone sólo debería pagarse a cambio de un nuevo compromiso social”, en opinión de Noguera Ferrer<sup>215</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La institucionalización del Estado del Bienestar se traduce en unas políticas sociales con vocación de “servicio público” y que tienen por objeto mejorar la calidad de vida de la población en todos los ámbitos. Unas políticas sociales que pretenden universalizarse mediante la distribución de la renta a través de un sistema de servicios sociales y de seguridad social, la promoción del pleno empleo y el establecimiento de una política de concertación social con salarios suficientes y otras mejoras laborales, y la garantía de los recursos suficientes para el mantenimiento del consumo interno y de la productividad.

<sup>213</sup> GARÍN BALLESTEROS, Borja. La renta garantizada de ciudadanía. Del éxito de una iniciativa popular a las controversias de la tramitación parlamentaria y de la implantación. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 59, p. 112, 2019.

<sup>214</sup> BOLLAIN URBIETA, Julen, GUANCHE SÁNCHEZ, Tinixara. Una Renta Básica para salir juntas de esto. *Red Renta Básica*. Disponible en <<http://www.redrentabasicas.org/rb/una-renta-basica-para-salir-juntas-de-esto/>>. 15 de abril de 2020.

<sup>215</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Seguridad de la cuna a la tumba. La Renta Básica como renovación del Estado del bienestar. *Estudios de Política y Sociedad*, n. 1, p. 16, enero-abril, 2008.

Pero ciertamente el Estado del Bienestar no ha conseguido desplegarse completamente, dado que el sistema no ha podido asegurar un mínimo vital para todas las ciudadanas y los ciudadanos;<sup>216</sup> a pesar de que tanto Europa como el Estado español han desarrollado políticas para intentar construir un modelo con pretendida capacidad para dar respuesta a las necesidades sociales, políticas, económicas y culturales. El gasto público se incrementó; pero no lo suficiente como para asegurar un sistema social basado en los principios de igualdad, equidad y justicia social.

La devastadora crisis de 2008 hizo tambalear los cimientos de una economía basada en el capitalismo, y por consiguiente también los del Estado del Bienestar. Es en este momento cuando se evidencia el déficit estructural de nuestras políticas de protección contra la pobreza junto con la injerencia del gobierno del Estado español imponiendo medidas de control sobre las competencias propias de las administraciones autonómicas y el celo excesivo del Estado para reducir el déficit y por tanto el gasto público; lo que originó que la cobertura universal que define el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública resultara insuficiente para satisfacer el incremento de las demandas sociales fruto de nuevas necesidades, y del crecimiento exponencial de las ya conocidas.

Una crisis económica y social que vino a laminar los derechos sociales que el Estado del Bienestar quiso socializar, así como el impacto que tuvo la preexistencia de la globalización, que obliga a los Estados a aplicar medidas económicas similares y que contribuyeron a rebajar la protección social, lo que sin duda puso de nuevo en jaque el Estado del Bienestar. Jamás la crisis y su gestión desde medidas impuestas fruto de la convivencia en un mundo global debieran haber comportado la debilitación de las políticas sociales.

Pero no solo la crisis pone en jaque la eficacia del Estado del Bienestar, sino su propia incapacidad para adaptarse a los grandes cambios sociales y estructurales que se han operado desde su nacimiento después de la 2ª Guerra Mundial tal y como asegura Noguera Ferrer<sup>217</sup>. Tanto es así que no ha podido evitar la reproducción de la pobreza, ni de las situaciones de desigualdad y de exclusión social.

Como hemos visto el Estado del Bienestar en los últimos treinta años ha sufrido una clara erosión, motivada sobre todo por la falta de visión e interés político en la erradicación de las desigualdades sociales, que debiera haberse traducido en estrategias políticas menos neoliberales.

<sup>216</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

<sup>217</sup> NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 117, 2002.

No fue hasta los años ochenta del siglo XX que Europa puso en la agenda política y social la lucha contra la pobreza y la exclusión social, intentando dar respuesta al ineficaz abordaje que ofrecía el Sistema de la Seguridad Social, con la implantación de una RMI, que facilitara la inserción social de los ciudadanos más desfavorecidos. Una RMI, que en el caso del Estado español se concebiría como una ayuda condicionada a la incorporación del beneficiario a un programa de inserción social y laboral, para aquellos ciudadanos que habían fracasado en el sistema. Una RMI que con la falta de empleo y el paro exponencial, se convirtió en el comodín para garantizar unos mínimos vitales a muchas personas y familias que de otro modo estaban abocados a la exclusión social, y que acabó por desvirtuarse al perder su clara vocación de trabajar procesos de transformación para convertirse en un ingreso de subsistencia, que para nada se consignaba dentro de los parámetros de la dignidad humana y que no evitaba ni la cronificación de situaciones de marginación, ni la dependencia respecto del sistema de protección social.

Si alguna cosa positiva provocó la crisis de 2008 fue la necesidad diseñar y activar propuestas para garantizar unos ingresos mínimos que asegurasen a los ciudadanos poder afrontar desde niveles de dignidad la satisfacción de las necesidades básicas. Lo que provocará un debate intenso sobre la RGC, que se prolonga hasta nuestros días y que se intensifica ahora más que nunca con la llegada del COVID-19 y la crisis sanitaria y social que está provocando.

La alternativa más destacada a la RM tradicional será la RB, que como hemos podido comprobar adopta múltiples denominaciones, y que evoluciona hasta la actualidad. La RB inicialmente fue excesivamente ambiciosa en sus pretensiones, dado que se concibe como un ingreso económico de carácter individual, incondicional, sin limitaciones de los ingresos previos de que se disponga. Un planteamiento que ya hemos cuestionado, dado que no se sostiene desde los principios de la equidad y la justicia social. Si bien estamos absolutamente de acuerdo en el necesario compromiso del Estado en la activación de un sistema de garantías mínimas o de mínimos vitales, que tenga por objeto mejorar la protección de las personas con menos recursos. Una prestación social básica que se adapte a los cambios sociales y que se convierta en un instrumento para combatir la precariedad laboral, la falta de recursos económicos, la pobreza, la exclusión...y que sirva a su vez para reconstruir un nuevo Estado del Bienestar más igualitario y universalista, en un contexto político y económico que sigue dominado por el capitalismo en su versión actual neoliberal.

La traducción de las diferentes recomendaciones del Consejo de Europa en relación a la necesidad de una RB se traduce en el caso del Estado español en su legislación social con la promulgación de diecisiete leyes autonómicas que articulan el derecho a una renta social garantizada concebida como una prestación económica de carácter periódico, individual, universal, a la cual se puede acceder en función de los ingresos

económicos del núcleo familiar o de convivencia, de carácter subsidiario con respecto a las prestaciones económicas que tienen un mayor o igual importe, y complementario de otras prestaciones económicas que tengan un menor importe y que puedan corresponder a las personas destinatarias. Este carácter complementario hace posible sumar otro tipo de recursos y prestaciones de contenido económico previstas en la legislación vigente que pudieran corresponder a la persona titular hasta el importe máximo que corresponda percibir en concepto de RB determinada para cada Comunidad Autónoma. Así mismo el carácter garantizado de la RB es común también en todas las leyes analizadas, lo que comporta que la financiación se recoge en los presupuestos generales de las CCAA, y estos mismos fijan anualmente la actualización de la cuantía de la prestación económica. Hasta aquí la mayoría de las CCAA coinciden, pero no así en la definición de la RB como derecho subjetivo a la renta social garantizada y que no ha de estar condicionada a la obligación de participar en ningún tipo de actividad de inserción laboral o social

No todas las CCAA hacen referencia al carácter subjetivo y solamente en el caso de Cataluña y Baleares se considera la incondicionalidad de la prestación. Por tanto, algunas de las premisas que se recogían en la primera conceptualización de RB no se respetan en el conjunto de las CCAA, más restrictivas en tanto que definen la obligatoriedad de una contraprestación en forma de itinerarios de inserción individual, social o laboral según el caso.

Debemos pensar más desde la perspectiva los derechos del individuo y menos desde la situación de necesidad que le limita, solamente así concebimos a los ciudadanos como individuos libres con capacidad para discernir si se están preparados o no para liderar un proceso de cambio, comprometiéndose a asumir el esfuerzo intelectual y físico que supone cumplir con un itinerario de inserción personal, social o laboral. O si por el contrario, y como recogen todas las leyes autonómicas, cumpliendo con los requisitos que ellas mismas marcan, y de acuerdo con la pretendida exigibilidad de la RB el individuo puede ejercer su derecho a la prestación económica garantizada, sin más condiciones, sin obligaciones; sin que por ello no pueda decidir en cualquier momento que quiere o se ve capaz de operar una transformación e incorporarse a este tipo de itinerarios. Este planteamiento más acorde con las recomendaciones del Consejo de Europa solo lo respetan dos CCAA, Baleares y Cataluña. La primera en tanto que define la RB como un derecho incondicional y la segunda porque plantea una RGC de dos tipos: la de prestación económica incondicionada y la que plantea la posibilidad de entrar en un plan de inclusión social o de inserción sociolaboral.

Se evidencia en todas las definiciones de la RB de las diferentes CCAA la voluntad política de que esta prestación económica ayude a cubrir las necesidades básicas y a su vez permita vincularse a programas de mejora que haga de nuestros ciudadanos y de nuestras ciudadanas personas autónomas, autodeterminadas, empoderadas y por

tanto capacitadas para afrontar sus proyectos vitales y dar respuesta a las necesidades que habrá de afrontar en el futuro; poniendo en el centro a la persona para hacerla sujeto activo de su propia transformación.

Recoger en los EA la obligación de activar una RB, revela una voluntad política expresa de articular con todas las garantías el ejercicio de derechos de las ciudadanas y los ciudadanos. Pero sólo una tercera parte de los EA incluyen el reconocimiento a una renta social garantizada entre los derechos sociales que en ellos se recogen. Coincide en este caso con los EA que se aprobaron entre el 2006 y el 2018 – en este periodo precisamente se desarrollan de diferentes “Planes Nacionales de Acción para la Inclusión Social” (PNAin) del Estado español, especialmente los de 2006-2008 y 2008-2010 y el Consejo de Europa dicta una resolución en 2018 en el que insta a los países miembros a activar una RB para garantizar una vida digna a las ciudadanas y los ciudadanos más castigados por la crisis y las altas tasas de desempleo - ; y no es así en los que fueron aprobados entre 1979 y 1983, cuando apenas habíamos acabado de refrendar la CE.

Las RB de la CCAA se han convertido en la última red de protección social, al tratarse de programas de protección social creados en el marco de su competencia exclusiva en materia de servicios sociales. Estas RB intentan hacer compatible la garantía de acceso a recursos con programas de activación y compromiso de inserción aplicando criterios bien distintos entre CCAA y también con desigual garantía del derecho, diferencias en las cuantías de la RB, en la necesidad de contraprestación o no y de qué tipo, de los índices económicos de referencia etc. Por tanto, el desarrollo la RB ha sido distinto a lo largo y ancho del Estado español. Precisamente la aplicación de índices económicos de referencia bien distintos para el cálculo de la RB, como son el IPREM, el IRSC y el SMI y el porcentaje de aplicación sobre cada uno de ellos, marca de nuevo las diferencias. Identificamos claramente dos grupos muy marcados, los de las CCAA en las que la RB individual se sitúa entre los 400.- € y los 480.- €, y un segundo que comprende de los 600.- € a los 790.- €, en este grupo encontramos al País Vasco, Valencia y Cataluña. Destaca así mismo que el índice más ventajoso es el SMI y sería deseable que se extendiera su aplicación a todas la CCAA.

En definitiva, en el Estado español existe “un sistema de ingresos mínimos fraccionado y que presenta disparidades territoriales, puesto que las rentas mínimas de las CCAA son el único instrumento no categórico que ofrece protección frente al riesgo general de pobreza. Adicionalmente, se observan unos niveles reducidos de eficacia en términos de redistribución, lo que también implica poca efectividad a la hora de reducir las tasas de pobreza”<sup>218</sup>.

<sup>218</sup> AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL, **Los programas de rentas mínimas en España**. Madrid: AIREF, 26 de junio de 2019. p. 5.

A la vista de todo ello, abogamos por incrementar el porcentaje de aplicación hasta llegar al 100%, apostando por una RB equiparable al SMI, solamente de este modo se puede garantizar una prestación económica que permita desde criterios de dignidad abordar las necesidades sociales y promover la autonomía económica de la ciudadanía. Esta medida sin duda podría contribuir a la reconstrucción del Estado del Bienestar, un Estado del Bienestar que ha sufrido un gran declive en el marco de la consolidación de la economía política neoliberal, y que ha afectado de manera sustancial al sistema de prestación de servicios sociales, que hasta ahora era la expresión de un mecanismo de corrección de los déficits en el sistema redistributivo del capitalismo industrial. Sin duda, la sustitución del capitalismo industrial por el capitalismo financiero ha profundizado todavía más las desigualdades y una redistribución de la riqueza cada vez más sesgada y polarizada. Una situación de desequilibrio y de reproducción de las desigualdades que se agudizó durante la crisis de 2008-2014 y que ahora de nuevo rebrota, y con mayor virulencia si cabe, con motivo de la emergencia sanitaria y social del coronavirus. Pero la solución de bien seguro que no la encontraremos en el modelo de sociedad capitalista neoliberal, bien se ha demostrado a lo largo de los años, que lejos de evitar las crisis parece que se ha alimentado de ella para regenerar un sistema que se nutre de las desigualdades sociales. En un mundo donde las diferencias no existieran sería imposible que unos pocos se enriquecieran a costa de la mayoría. Ante este panorama, de Souza Santos reacciona y defiende que “el nuevo Estado de bienestar debe ser un Estado experimental y en la experimentación continua con una activa participación de los ciudadanos estará la sostenibilidad del bienestar”. El Estado experimental

*debe, por lo tanto, asegurar no sólo la igualdad de oportunidades entre los distintos proyectos de institucionalidad democrática, sino -y se trata del segundo principio de la experimentación política- unas pautas mínimas de inclusión que hagan posible una ciudadanía activa capaz de controlar, acompañar y evaluar la valía de los distintos proyectos. Estas pautas son necesarias para hacer de la inestabilidad institucional un ámbito de deliberación democrática. El nuevo Estado de bienestar debe ser un Estado experimental y en la experimentación continua con una activa participación de los ciudadanos estará la sostenibilidad del bienestar<sup>219</sup>.*

Es por ello que el futuro inmediato nos obliga, no sólo a concebir políticas sociales y económicas valientes y comprometidas, y que destierren viejas fórmulas que solo sirven para administrar miseria; sino que también nos obliga a repensar el modelo de sociedad, alejándonos del capitalismo neoliberal para acercarnos a un modelo más social, que desplace del centro de interés al capital para que el protagonismo recaiga

<sup>219</sup> DE SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reinventar la democracia**. Reinventar el Estado. 2. Ed. Madrid: Sequitur, 2008. p. 54-55.

sobre la persona. En este sentido, coincidimos plenamente con Sanzo González en que “la apuesta por un modelo social fundamentado en la renta básica, el acceso garantizado a la vivienda y el mantenimiento de una red de servicios públicos universales en educación, sanidad y servicios sociales supone una opción racional [y de imperiosa necesidad] en nuestro país”<sup>220</sup>.

En definitiva, dado el marco político que conforma hasta nuestros días la realidad española, deberíamos de hacer honor y cumplir efectivamente mediante las políticas fiscales oportunas aquello que propugna el art. 1.1 de la CE en el dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

## 6. REFERENCIAS

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. El régimen jurídico de las prestaciones de los Servicios sociales. In: EZQUERRA HUERVA, Antonio (coord.). **El marco jurídico de los Servicios sociales en España**. Barcelona: Atelier, 2012. p. 47-85.

ANLEU-HERNÁNDEZ, Claudia Maria. La aplicación de la perspectiva resiliente en el trabajo social con inmigrantes latinoamericanas en Tarragona. Una mirada crítica. **Pedagogia i Treball Social: revista de ciències socials aplicades**, vol. 6, n. 1, p. 45-68, 2017.

ANTÓN MORÓN, Antonio. Rentas sociales, trabajo y ciudadanía. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 191-215, 2005.

ARENAS VIRUEZ, Margarita. La cuestión competencial en materia de servicios sociales. **Temas laborales**, n. 133, p. 69-112, 2016.

ARROYO JIMÉNEZ, Luís. Renta Básica y Constitución. **Agenda Pública. El País**. Disponible en: <<http://agendapublica.elpais.com/renta-basica-y-constitucion/>>. 22 de septiembre de 2018.

ATKINSON, Anthony Barnes. **Incomes and the Welfare State**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ATKINSON, Anthony Barnes. The Case for a Participation Income. **The Political Quarterly**, vol. 67, n. 1, p. 67-70. 1996.

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL. **Los programas de rentas mínimas en España**. Madrid: AIReF, 26 de junio de 2019.

AYALA CAÑÓN, Luis. La descentralización territorial de los sistemas de garantía de rentas. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, n. 23, p. 45-67, 2005.

<sup>220</sup> SANZO GONZÁLEZ, Luís. La introducción de la renta básica en España. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 147, 2005.



BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BOLLAIN URBIETA, Julen; GUANCHE SÁNCHEZ, Tinixara. Una Renta Básica para salir juntas de esto. **Red Renta Básica**. Disponible en: <<http://www.redrentabasica.org/rb/una-renta-basica-para-salir-juntas-de-esto/>>. 15 de abril de 2020.

BRU MARTÍN, Paloma, BASAGOITI RODRÍGUEZ, Manuel. Coronavirus, estado de bienestar, renta básica y comunidad. **El Salto**. Disponible en: <<https://www.elsaltodiario.com/coronavirus/coronavirus-estado-de-bienestar-renta-basica-y-comunidad>>. 14 de abril de 2020.

CARRIZOSA PRIETO, Esther. Hacia la articulación de una renta básica de ciudadanía en el ordenamiento jurídico español. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, n. 192, p. 203-242, 2016.

CATALFO, Nunzia. **Un revenu de citoyenneté de base, une idée que se défend**. Rapport n. 14462, Commission des Questions Sociales, de la Santé et du Développement durable, Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, n. 56, p. 16, 5 de enero de 2018.

COUNCIL OF EUROPE, Living in dignity in the 21st century Poverty and inequality in societies of human rights: the paradox of democracies. **Council of Europe**, Strasbourg, p. 197-203, febrero 2013.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reinventar la democracia**. Reinventar el Estado. 2. Ed. Madrid: Sequitur, 2008.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. Para una Democracia de Alta Intensidad. **Ecuador Debate**, n. 80, p. 63-75, ago. 2010.

ECAS. Reflexions al voltant del programa de Renda Mínima d'Inserció. **Document**. Barcelona, n. 1. Disponible en <[https://acciosocial.org/wp-content/uploads/2015/03/Noves-propostes-RMI\\_20150218.pdf](https://acciosocial.org/wp-content/uploads/2015/03/Noves-propostes-RMI_20150218.pdf)>. 16 de febrero de 2015.

EGÍO GARCÍA, Víctor María; MEDINA RUÍZ, Elvira. Del paradigma funcionalista a la teoría del conflicto: Estado del Bienestar, agentes de orden y aliados del cambio en tiempos del Covid-19. **La Razón Histórica**, n. 46, p. 84-102, 2020.

FARGE COLLAZOS, Carlos. El Estado de bienestar. **Enfoques XIX**, n. 1-2, p. 45-54, 2007.

FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio. Primera Historia de la crisis del Coronavirus en España. **La Razón Histórica**, n. 46, p. 12-22, 2020.

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.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel. Las prestaciones dinerarias: en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica. **Documentación Administrativa**, n. 271-272, p. 441-477, 2005.

GARCÍA MORENO, Cristina. El Estado del bienestar ante los viejos problemas y las nuevas necesidades. In: RODRÍGUEZ MONGE, Ángel y RAYA LOZANO, Enrique (coord.), **Una Europa social y plural**. [s.l.] Actas del VII Congreso Estatal de Escuelas Universitarias de Trabajo Social, 2021. p. 71-83.

GARCÍA PÉREZ, Carmen. **La conveniencia social y la viabilidad económica de la Renta Básica**. València: Universitat Politècnica de València, Càtedra ACAL, 2017. Disponible en: <<https://www.acalsl.com/blog/2019/04/rentas-minimas-autonomicas-actualizacion-de-la-monografia-sobre-renta-basica>>.

GARÍN BALLESTEROS, Borja. La renta garantizada de ciudadanía. Del éxito de una iniciativa popular a las controversias de la tramitación parlamentaria y de la implantación. **Revista Catalana de Dret Públic**, n. 59, p. 97-116, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

IGLESIAS FERNÁNDEZ, José; BUSQUETA FRANCO, Josep Manel; SÁEZ BAYONA, Manolo. **Todo sobre la Renta Básica**. Introducción a los principios, conceptos, teorías y argumentos. Barcelona: Virus editorial, 2001.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **The Right to Welfare and Other Essays**. London: Heinemann Educational, 1981.

MARTÍNEZ MORAS, Juan Martín. **El servicio social como derecho social**. Buenos Aires: EDULP, 2017.

MARTÍNEZ TORRES, María. Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 151-189, 2005.

MONEREO PÉREZ, José Luís. Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales. **Temas Laborales**, vol. 1, n. 100, p. 295-320, 2009.

MORENO MÁRQUEZ, Gorka. **Crisis y reconstrucción del Estado del Bienestar**. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2008.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael. Crisis, post-crisis y Estado de Bienestar: ¿hacia dónde transita el Modelo Social Europeo?. **Cuadernos Europeos de Deusto**, n. 54, p. 121-154. 2016.

NAVARRO LÓPEZ, Vicenç. Las consecuencias del neoliberalismo en la pandemia actual. **Público**. Disponible en: <<https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2020/03/17/las-consecuencias-del-neoliberalismo-en-la-pandemia-actual/>>. 17 de marzo de 2020.

NOGUERA FERRER, José Antonio. Renta Básica y crisis del Estado del Bienestar. El Vuelo del Ícaro. **Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía**, n. 2-3, p. 109-126, 2002.

NOGUERA FERRER, José Antonio. Seguridad de la cuna a la tumba. La Renta Básica como renovación del Estado del bienestar. **Estudios de Política y Sociedad**, n. 1, p. 1-18, ene./abr. 2008.

NOGUERA FERRER, José Antonio. The Political Debate on Basic Income and Welfare Reform in Spain. **Social Policy & Society**, vol. 18, n. 2, p. 289-299, 2019.

PEÑA MIGUEL, Noemí; DE LA PEÑA ESTEBAN, Joseba Iñaki. Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar. **Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales**, n. 31, p. 16-35. 2014.

PUJADAS MUÑOZ, Joan Josep. Cultura, imatges urbanes i espectacle: a propòsit de l'ecumenisme multicultural de la Barcelona del Fòrum 2004. **Quaderns de l'Institut Català d'Antropologia**, n. 19, p. 145-163, 2003.

PUJADAS MUÑOZ Joan Josep. Los claroscuros de la etnicidad. El culturalismo evaluado desde la óptica de la cohesión social y la ciudadanía. **Iustitia**, n. 9, p. 263-287, dic. 2011.

RALLO JULIÁN, Juan Ramón. **Contra la Renta Básica**. Porque la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos empobrece a todos. Barcelona: Ediciones Deusto, 2015.

RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel. **El derecho a la existencia**. La propuesta del Subsidio Universal Garantizado. Barcelona: Ariel, 1999.

RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel. El salario de toda la ciudadanía. **Claves de Razón Práctica**, n. 106, p. 43-48, 2000.

RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel; BOLLAIN URBIETA, Julen. La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas. **Red Renta Básica**. Disponible en: <<http://www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-ante-las-limitaciones-de-las-rentas-minimas/>>. 4 de enero de 2019.

RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel; RAVENTÓS PANYELLA, Sergi. La renta garantizada de ciudadanía y la renta básica. In: DOMÈNECH FIGUERAS, Antoni (org.). **Renta Básica Ciudadana SP**. [s.l.]: Editorial Sin Permiso, 2013, p. 6-14.

RED RENTA BÁSICA. *¿Qué es la RB?*. Disponible en: <<http://www.redrentabasica.org/rb/que-es-la-rb/>>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015.

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

SANZO GONZÁLEZ, Luis. La introducción de la renta básica en España. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, vol. 23, n. 2, p. 123-149, 2005.

SASTRE FERNÁNDEZ, María Diana. Estudio del perfil de percepciones de la Renta Garantizada de ciudadanía en la ciudad de León y su provincia. **Humanismo y Trabajo Social**, vol. 15, p. 139-157, 2015.

STUNDING, Guy, **La Renta Básica. Un derecho para todos y para siempre**, Barcelona: Pasado & Presente, 2018.

TAYLOR-GOOBY, Peter. The Double Crisis of the Welfare State and What to Do About It. **SSRN Electronic Journal**, p. 1-25, enero 2013. Disponible en: <<http://www.open.ac.uk/ccig/sites/www.open.ac.uk/ccig/files/The%20Double%20Crisis%20paper.pdf>>.

TORRES MINOLDO, María Sol. La renta Universal. La centralidad de la relación salarial y el mercado de Trabajo como problemas. **Serie Documentos de Trabajo**, n. 69, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), 2009. Disponible en <<http://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/doc%2069.pdf>>.

URIBARRI HERNÁNDEZ, Iñaki. Historia y futuro de las rentas mínimas en Euskadi. **Cuadernos de Trabajo Social**, vol. 25, n. 1, p. 75-85, 2012.

UROZ OLIVARES, Jorge. La llamada crisis del modelo de Estado de Bienestar: reestructuración y alternativas. **Miscelánea Comillas**, vol. 68, n. 132, p. 299-311, 2010.

VAN PARIJS, Philippe. **Libertad real para todos**. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo). Barcelona: Paidós, 1996.

VAN PARIJS, Philippe. VANDERBORGHT, Yannick. **La renta básica**. Barcelona: Ariel, 2015.

WRIGHT, Erik Olin. Basic income as a socialist Project. **Rutgers Journal of Law & Urban Policy**, vol. 2, n. 1, p. 196-203, 2003.



## ¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma

### *An Inter-American Paradox? Chile, a State that Complies with the Inter-American System of Human Rights Judgments, but that Presses for its Reform*

ÁLVARO PAÚL <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile)  
alvaro.paul@uc.cl

<http://orcid.org/0000-0003-3882-450X>

**Recebido/Received:** 17.11.2019 / November 17<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 12.02.2020 / February 12<sup>th</sup>, 2020

#### Resumen

A muchos les puede parecer paradójico que Chile, un Estado bastante cumplidor de las sentencias de la Corte Interamericana, esté liderando una declaración de los Estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en la que hacen notar problemas del sistema interamericano de derechos humanos. Les puede parecer paradójico, si piensan que las sugerencias de reformas buscarán necesariamente debilitar el sistema interamericano. ¿Es posible que un Estado critique al sistema interamericano de derechos humanos sin que busque debilitarlo? Este trabajo, en primer lugar, confirma la percepción de que Chile es un Estado que cumple con las sentencias de la Corte. Luego, analiza las observaciones de la Declaración, para concluir que cada una de ellas es atendible, por lo

#### Abstract

*To many people it may seem paradoxical that Chile, a State that is very much abiding with the Inter-American Court's decisions, is leading a declaration of the States of Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Paraguay, where they express some problems of the Inter-American System of Human Rights. These people may find it paradoxical, if they think that suggestions for reform will necessarily aim at weakening the System. Is it possible for a State to criticize the Inter-American human rights system without trying to weaken it? This article, in the first place, confirms the perception that Chile is a State that fulfils the Inter-American Court's judgments. Then, it analyses each of the suggestions of the Declaration, in order to conclude that they are reasonable, so that it is not a paradox for a State that is committed to the*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: PAÚL, Álvaro. ¿Una Paradoja Interamericana? Chile, un Estado que cumple las Sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que Impulsa su Reforma. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.70231.

\* Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile). Doctor en Derecho por Trinity College Dublin, Master en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford, y Graduado de la Universidad de los Andes (Chile). Ha sido pasante o visitante de estudios en la Corte Interamericana de DD.HH., la Comisión Interamericana de DD.HH. y el Tribunal Europeo de DD.HH. E-mail: alvaro.paul@uc.cl.

que no es una paradoja que un Estado comprometido con el Sistema las plantee, sino que, por el contrario, muestra su compromiso con el Sistema.

**Palabras-chave:** Sistema Interamericano de Derechos Humanos; cumplimiento; declaración de Estados; fortalecimiento.

*System, to make them. On the contrary, it shows its commitment to the System.*

**Keywords:** Inter-American System of Human Rights, compliance, States declaration, strengthening.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. Chile y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; 2.1. Sentencias de la Corte Interamericana que involucran al Estado de Chile; 2.2. Cumplimiento de sentencias por parte del Estado de Chile; 2.3. Ordenamiento jurídico chileno y cumplimiento de las sentencias de la Corte; 2.4. Control de convencionalidad y ordenamiento jurídico chileno; 3. Declaración liderada por Chile sobre Mejoras al Sistema Interamericano; 3.1. Cuestiones generales; 3.2. Consideración de cada una de las cinco propuestas; 3.2.1. Principio de subsidiariedad; 3.2.2. Legítima autonomía; 3.2.3. Atraso procesal y garantías; 3.2.4. Derechos y su aplicación; 3.2.5. Reparaciones; 4. Conclusiones; 5. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Es posible que un Estado critique al sistema interamericano de derechos humanos sin que busque debilitarlo? Esta pregunta es razonable, a la luz de algunos procedimientos de “fortalecimiento” que algunos Estados poco comprometidos con el Sistema Interamericano han planteado, por ejemplo, en los años noventa, o más recientemente, en 2011<sup>1</sup>. Dicha interrogante es también fundamental para interpretar adecuadamente la declaración que los Estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay presentaron el 11 de abril de 2019 al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>2</sup>, en la que plantean ciertas inquietudes que les genera el actuar de los órganos del Sistema Interamericano. Esta declaración presenta reparos tanto a la CIDH como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Declaración generó mucho revuelo en el ámbito interamericano, tanto por parte de la academia como de los litigantes. La CIDH reaccionó ponderadamente frente a la Declaración, pues fijó su posición en los siguientes términos:

*La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] y*

<sup>1</sup> NIKKEN, Pedro. El Sedimente ‘Fortalecimiento’ del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus Dobles Estándares Frente a las Obligaciones Internacionales de los Estados Americanos. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 56, p. 76-80, jul.-dic.2012.

<sup>2</sup> GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24, 2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

*hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones.*<sup>3</sup>

En cambio, otros actores no tuvieron la misma disposición frente a esta declaración. En efecto, un grupo importante de académicos redactaron un posicionamiento que critica profusamente la Declaración<sup>4</sup>, y organizaciones no gubernamentales como *Human Rights Watch* y *Amnistía Internacional* atacaron la iniciativa de tales cinco Estados<sup>5</sup>.

Para resolver la interrogante de si es posible que un Estado critique al Sistema sin buscar debilitarlo, analizaremos el caso práctico de Chile. No nos centraremos en este Estado porque el autor de este trabajo es chileno, sino porque, según indica la prensa, dicho Estado sería el promotor de la declaración de los cinco Estados<sup>6</sup>. Observaremos la actitud del Estado de Chile ante el Sistema Interamericano, analizaremos si tiene altas tasas de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, pues ello denotaría un compromiso con el Sistema, lo que sería un indicio de que no busca debilitarlo. En segundo lugar, luego de demostrar que Chile se encuentra dentro de los Estados que más cumplen con las sentencias de la Corte, analizaremos cada una de las peticiones de la declaración de los cinco Estados, para poder juzgar en su mérito si ellas son o no razonables, y así determinar si Chile estaría encabezando una cruzada en contra del Sistema Interamericano, o si sus críticas constituyen ideas para una reforma que perfeccione el Sistema.

<sup>3</sup> La CIDH no emitió ningún comunicado de prensa oficial, pero se pronunció en Twitter sobre este documento: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (@CIDH). La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del SIDH y hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones. **Twitter**, Abr. 23, 2019. Disponible en: <<https://twitter.com/cidh/status/1120750186219868162?lang=en>>. Acceso en: 6 ago. 2019. Llama la atención que la Comisión reaccionara a esta declaración sólo mediante un comentario en la red social Twitter, en lugar de elaborar un comunicado de prensa formal.

<sup>4</sup> MADRAZO LAJOUS, Alejandro et al. **Posicionamiento frente a la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, Ciudad de México, May. 9, 2019. Disponible en <[https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento\\_cidh\\_ibero\\_osidh.pdf](https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento_cidh_ibero_osidh.pdf)>. Acceso en: 6 ago. 2019.

<sup>5</sup> MASERI, Sergio Gómez. HRW denuncia ataque de Colombia y otros países contra la CIDH. **El Tiempo**, Washington, Abr. 24. Disponible en <<https://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/denuncian-ataque-de-colombia-y-otros-paises-contra-la-cidh-353034>>. Acceso en: 6 ago. 2019; TUCKER, Duncan. Américas. Sistema Interamericano constituye una garantía fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. **Amnistía Internacional**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>>. Acceso en: 17 sep. 2019.

<sup>6</sup> COOPERATIVA.CL. Prensa argentina: Piñera pidió a Macri apoyar sus críticas a la CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/prensa-argentina-pinera-pidio-a-macri-apoyar-sus-criticas-a-la-cidh/2019-04-24/193120.htm>>. Acceso en: 6 ago. 2019; COOPERATIVA.CL. Human Rights Watch: Gobierno de Piñera impulsó críticas internacionales a CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 25. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/human-rights-watch-gobierno-de-pinera-impulso-criticas-internacionales/2019-04-25/084313.html>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

Hay un tema relevante que no puede ser ignorado por este artículo: los actuales gobiernos de todos los Estados autores de la Declaración son de una tendencia política de centroderecha. Nos parece que esta posición política no tiene mayor relevancia al tratar de desentrañar las intenciones favorables o desfavorables de la Declaración hacia el Sistema. En efecto, los gobiernos de uno u otro sector del espectro político pueden tener tanto buenas como malas intenciones frente al Sistema interamericano. Por lo demás, el anterior gobierno del actual Presidente de Chile, Sebastián Piñera, mantuvo la actitud de compromiso con el Sistema Interamericano que tuvieron los gobiernos que lo precedieron. Así, la tendencia política del impulsor de la medida no nos parece significativa para los efectos de responder la pregunta planteada más arriba. Sólo sería relevante para explicar por qué el Estado impulsor de la Declaración buscó apoyo entre los gobiernos de los demás Estados firmantes. Por lo anterior, este artículo no dará mayor tratamiento a este asunto político.

## 2. CHILE Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

### 2.1. Sentencias de la Corte Interamericana que involucran al Estado de Chile

Si se hiciera un ranking de los Estados que más han sido sometidos a Corte Interamericana de Derechos Humanos, Chile se encontraría, junto con México, en el séptimo lugar de entre los 20 Estados que están actualmente sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH<sup>7</sup>. En otras palabras, en atención a esta variable, Chile es un Estado promedio, inclinado levemente hacia los Estados que más causas han enfrentado ante la Corte IDH. Desde 1990, año en que Chile se sometió a la jurisdicción de la Corte, ésta ha fallado diez casos en su contra. Varios de los casos que han afectado a este Estado han sido emblemáticos y de gran importancia para el devenir del Sistema. Así, por ejemplo, el primer caso contra Chile, el de *La Última Tentación de Cristo*, le sirvió a la Corte para referirse a la libertad de expresión<sup>8</sup>, poniendo un paréntesis a los casos sobre el derecho a la vida y la prohibición de la tortura; en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte creó la doctrina del control de convencionalidad<sup>9</sup>, y con el caso *Atala Riffo*, la Corte entró

<sup>7</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73. Publicado en 5 feb. 2001.

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 124. Publicado en 26 sep. 2006.



de lleno en el tema de la orientación sexual, una materia que genera una importante división entre la población americana<sup>10</sup>.

En estos diez casos, la Corte IDH ha ordenado reparaciones que parecen ser particularmente complejas. Así, por dar solo algunos ejemplos, la Corte ha obligado a Chile a: modificar su Constitución Política<sup>11</sup>, reformar su legislación sobre procedimientos penales militares<sup>12</sup>, asegurarse de que la Ley de Amnistía dictada en la última dictadura no siguiera surtiendo efectos<sup>13</sup>, revisar o anular condenas dictadas por Consejos de Guerra al comienzo del Régimen Militar<sup>14</sup>, dejar sin efecto sentencias dictadas por su Corte Suprema en plena democracia<sup>15</sup>, y pagar algunas de las mayores sumas individuales ordenadas por la Corte IDH como indemnizaciones de perjuicios<sup>16</sup>.

## 2.2. Cumplimiento de sentencias por parte del Estado de Chile

El Estado de Chile ha cumplido de muy buen grado ciertas reparaciones exigidas por la Corte IDH, pues algunas de ellas eran claramente necesarias y tendrían un efecto altamente valorado en el país<sup>17</sup>. Por ejemplo, la sentencia del caso *Claude Reyes* exigió establecer un sistema completo de transparencia de los documentos que están

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 239. Publicado en 24 feb. 2001.

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73, párrs. 98, en relación con el párr. 45.c y 52. Publicado en 5 feb. 2001.

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 135, párr. 256 y 257. Publicado en 22 nov. 2005.

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 145. Publicado en 26 sep. 2006.

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 300, párr. 167. Publicado en 2 sept. 2015.

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279, párr. 422. Publicado en 29 may. 2014.

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párr. 124. Publicado en 29 nov. 2018.

<sup>17</sup> Ellas no son necesariamente las más bulladas, pues éstas no siempre han tenido una gran influencia en el modo como se hacen las cosas al interior del Estado, por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano* la Corte ordenó dejar sin efecto la ley de amnistía chilena, pero los tribunales ya habían dejado de aplicar esta norma (a pesar de que ella sigue vigente en el país) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 142.a. Publicado en 26 sep. 2006). Algo similar ocurre con la orden de no permitir que prescriban las indemnizaciones civiles solicitadas como consecuencia de las violaciones cometidas durante la reciente dictadura, pues ello ya había sido ordenado por nuestra Corte Suprema (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párrs. 114 y 121. Publicado en 29 nov. 2018). En gran medida, este desajuste entre lo ordenado por la Corte IDH y lo que ocurre en la realidad nacional se debe al largo tiempo que transcurre entre que ocurren los hechos y que un caso es resuelto por la Corte IDH.

en poder del Estado<sup>18</sup>. Este caso hizo que se creara el Consejo para la Transparencia, generando un cambio radical en el modo como se aproxima el Estado a la información y a los derechos de los ciudadanos en esta materia.

A diferencia de lo que ocurre en Estados como Perú y Costa Rica<sup>19</sup>, Chile carece de un sistema reglamentado para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, incluso en materia de reparaciones pecuniarias. No obstante ello, y que la Corte IDH ha ordenado reparaciones que exigen acciones bastante radicales, Chile es un Estado que presenta tasas elevadas de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Esto puede observarse en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de las sentencias de dicha Corte. Tales resoluciones son bastante irregulares, en el sentido de que la Corte IDH no cuenta con un patrón que explique por qué supervisa unas sentencias y no otras<sup>20</sup>, pero no obstante ello, nos permiten hacernos una idea del grado de cumplimiento por parte de los Estados en general, y de Chile en particular.

Para su informe anual de 2018, la Corte IDH elaboró un gráfico que muestra el total de casos fallados en contra de cada Estado, separando los casos con supervisión de cumplimiento abierta y los que la Corte declaró que cumplen con las reparaciones ordenadas<sup>21</sup>. Este gráfico nos permite observar que en términos generales, de entre los 239 casos que la Corte declara haber fallado en contra de los Estados hasta 2018, 31 se habrían cumplido, y 208 se encontrarían con una supervisión de cumplimiento abierta, es decir, no tienen cumplimiento total<sup>22</sup>. Esto nos muestra que sólo 17,5% de los casos de la Corte IDH han sido plenamente cumplidos.

En el referido gráfico podemos observar que hasta 2018 se habían fallado 10 casos en contra de Chile, de los cuales 8 estaban con supervisión de cumplimiento abierta, y 2 se han declarado ya cumplidos<sup>23</sup> (los casos *La Última Tentación de Cristo* y

<sup>18</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 151, párrs. 162 y 163. Publicado en 19 sep. 2006.

<sup>19</sup> Perú cuenta con la Ley n° 27.775, **Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emi-tidas por Tribunales Supranacionales**, y Costa Rica cuenta con la Ley n° 6889, **Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que en su artículo 27 establece que las resoluciones de la Corte que sean debidamente comunicadas "tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses."

<sup>20</sup> Véase HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, 2010, p. 48.

<sup>21</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

<sup>22</sup> Ellos incluyen los 14 casos a los que la Corte aplicó el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 85-86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019).

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

*Claude Reyes*<sup>24</sup>). De ese modo, un 20% de los casos dictados contra Chile cuenta con un cumplimiento total. Así, Chile comparte con Panamá el séptimo lugar de entre los Estados según su porcentaje de casos con cumplimiento total. Estos Estados son superados por Ecuador y Nicaragua (40%), Bolivia y Surinam (30%), Argentina (27%) y Costa Rica (25%). Estos datos situarían a Chile como un Estado medio en cuanto a su cumplimiento de las sentencias de la Corte, pues estaría sólo un poco por sobre el promedio de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH (17,5%). Los datos anteriores, sin embargo, se prestan para equívocos, puesto que si analizamos caso a caso, notaremos que el grado de cumplimiento de Chile es mucho mayor. Tanto es así, que se podría considerar que Chile es uno de los Estados que más cumplen con las sentencias de la Corte. Esto se puede concluir en atención a lo siguiente:

a) Dos de las diez sentencias dictadas contra Chile son del año 2018<sup>25</sup>, y el grado de dificultad de las reparaciones que ordena la Corte IDH suele hacer imposible cumplirlas en un plazo breve (de hecho, la Corte estila ordenar a las partes que hagan un primer informe del cumplimiento recién un año después de notificada la sentencia). Por eso, cualquier análisis que se haga en este momento sobre si Chile cumple con las sentencias de la Corte debiera considerar un universo de sólo ocho sentencias. Calculado así, el porcentaje de cumplimiento de este Estado sería de un 25% (dos casos, de un total de ocho).

b) Por otro lado, hay dos sentencias que en sus últimas supervisiones de cumplimiento (abril de 2015 y febrero de 2017) estaban casi completamente cumplidas, faltando sólo un par de cosas menores. Se trata de las sentencias de los casos *Atala Riffo* y *García Lucero*. Respecto del primer caso, sólo se ha pedido seguir implementando programas de formación y capacitación<sup>26</sup>, y respecto del segundo, se pide continuar investigando el asunto a nivel nacional<sup>27</sup>. En atención a que faltaba sólo dar cumplimiento a estas medidas, y al hecho de que ha transcurrido un tiempo razonable desde su última revisión, es posible suponer que habría mérito para dar por cumplidas estas sentencias (faltando sólo que se les haga una nueva supervisión de cumplimiento para constatar esta realidad). De este modo, puede decirse que Chile habría dado

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Véanse *Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)*, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 28 nov. 2003. y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile*, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 24 nov. 2008.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 349. Publicado en 8 mar. 2018. y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372. Publicado en 29 nov. 2018

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*, Supervisión de Cumplimiento, párr. "Resuelve" n° 2. Publicado en 10 feb. 2017.

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *García Lucero y otras vs. Chile*, Supervisión de Cumplimiento, párr. "Resuelve" n° 2. Publicado en 17 abr. 2015.

cumplimiento, o estaría próximo a dar cumplimiento, a cuatro de las ocho causas respecto de las cuales ha transcurrido un plazo adecuado (según lo que se planteó en la letra a). Con ello, estaríamos hablando de un 50% de cumplimiento.

El antedicho porcentaje de cumplimiento es muy superior al 17% de los casos totalmente cumplidos en el sistema interamericano, y supera incluso el 40% de los Estados que más han cumplido con las sentencias de la Corte según el Informe Anual 2018. No obstante ello, no podríamos afirmar que Chile sea el Estado que más cumple con las sentencias de la Corte IDH, pues otros Estados podrían estar en situaciones similares a las recién descritas. Para hacer una afirmación de esa naturaleza habría que analizar el cumplimiento de cada caso en particular. En cambio, habiendo revisado someramente la situación de otros Estados (por ejemplo, si también fueron condenados por la Corte el año 2018), es posible afirmar que Chile se encontraría dentro de los Estados que más cumplen.

Por último, no está de más hacer presente que las reparaciones que Chile tiene pendientes son, en general, reparaciones estructurales, como la reforma de legislación. En efecto, las medidas más sencillas, como las disculpas públicas y el pago de indemnizaciones, suelen ser prontamente cumplidas. Esto no debe ser pasado por alto, pues el cumplimiento de estas medidas sencillas también sirve para mostrar el compromiso que tiene un Estado con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH.

### 2.3. Ordenamiento jurídico chileno y cumplimiento de las sentencias de la Corte

Como decíamos, en Chile no existe legislación que disponga cómo llevar adelante el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. No existe un procedimiento, ni siquiera, en materia de indemnizaciones, lo que resulta curioso si se observa que las indemnizaciones son el tipo de reparación más cumplido por Chile (y por los demás Estados)<sup>28</sup>. Posiblemente, lo más difícil de cumplir, lo que más obliga a mantener los casos bajo supervisión del sistema interamericano son las modificaciones legales y las decisiones relativas a dejar sin efecto sentencias<sup>29</sup>.

Respecto de estas últimas, el año 2019 se observó una modificación en el criterio de la Corte Suprema de Chile, que generó bastante revuelo al interior de la comunidad jurídica local. Esto ocurrió en relación con el caso *Norín Catrimán (Lonkos y Otros Comuneros Mapuches)*, en el que la Corte IDH ordenó que el Estado de Chile dejara sin efecto ciertas penas penales y civiles, así como sus consecuencias y registros, a la mayor

<sup>28</sup> HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, 2010, p. 57.

<sup>29</sup> HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, 2010, p. 57-58.

brevidad posible<sup>30</sup>. Frente a esto, y luego de una solicitud del Ejecutivo, la Corte Suprema llamó a una audiencia donde escuchó a las partes interesadas, para luego determinar que las sentencias nacionales reclamadas ante la Corte IDH habían “perdido los efectos que les son propios”<sup>31</sup>. Esto es interesante, pues la Corte Suprema no afirmó que ella misma dejaba sin efecto sus sentencias en atención a lo dispuesto por la Corte IDH, sino que dio a entender que las sentencias habían perdido ya sus efectos, y que ella sólo reconocía esta pérdida. De este modo, la Corte Suprema consideró que las decisiones de la Corte IDH tienen un efecto directo a nivel nacional, por lo que termina considerando a la Corte IDH como un superior jerárquico en materia de derechos humanos.

Esta decisión nos parece errada, puesto que uno de los principios fundamentales del Derecho Público dispone que los órganos del Estado pueden hacer sólo aquello que les está permitiendo (en contraposición al principio fundamental del Derecho privado, que dispone que las personas pueden hacer todo aquello que no esté prohibido). Teniendo esto en consideración, debe notarse que ninguna norma constitucional ni legal de Chile establece expresamente que la Corte Suprema tenga poder para declarar que una sentencia ha “perdido sus efectos” (aunque el artículo 5.2 de la Constitución de Chile puede confundir a algunos<sup>32</sup>). Más aún, el ordenamiento chileno sólo permite que un tribunal internacional tenga la última palabra — pasando por sobre lo que disponga la Corte Suprema— en el caso de la Corte Penal Internacional, y para que ello fuera así, fue necesario reformar previamente la Constitución chilena<sup>33</sup>.

La Corte Suprema de Chile, por su parte, alegó que ella debía encontrar la forma de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH, en atención a la falta de actuación del Legislativo (el Poder del Estado llamado a determinar cómo hacer efectivas las sentencias de la Corte IDH). La Corte Suprema afirmó que el Legislativo debiera haber establecido un mecanismo para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, y que

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279, párr. 422. Publicado en 29 may. 2014.

<sup>31</sup> CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**, visto n° 5.

<sup>32</sup> Algunos pueden pensar que dicho artículo implica que las sentencias de la Corte IDH se constituye automáticamente en Derecho superior a la Constitución, pero tal interpretación es errada. El artículo 5.2 dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Como se puede observar, esta norma no dispone que las sentencias de la Corte IDH tengan un valor inmediato a nivel nacional. Solo afirma que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (incluidos los que se encuentren reconocidos en tratados ratificados por Chile) limitan el ejercicio de la soberanía. Así, por una parte, debe notarse que las sentencias de la Corte IDH no son tratados internacionales, y que ellas no siempre se refieren a derechos que emanan de la naturaleza humana. Además, las reparaciones que ordena la Corte no son derechos humanos, sino que mecanismos para tratar de revertir los efectos de las violaciones.

<sup>33</sup> Véase la disposición transitoria vigésimocuarta de la Constitución Política de la República de Chile, así como el caso que determinó la necesidad de aprobar esa disposición transitoria (CHILE. Tribunal Constitucional de Chile, **Requerimiento, Rol n° 346**).

su omisión debía ser reparada por la Corte Suprema. Esta decisión viola el principio del Derecho Público y la separación de poderes, pues ambos impiden que unos poderes del Estado “suplan” lo que deben hacer otros, puesto que el omitir ejercer una función es ya hacer uso de la misma. En efecto, al no actuar, el Legislativo podría haber estado tratando de enviar la señal de que la Corte IDH estaba actuando *ultra vires* al ordenar dejar sin efecto sentencias de nuestro máximo tribunal. La “falta de actuación” también podría haber sido una maniobra del Legislativo — en el sistema de pesos y contrapesos que genera la separación de poderes de las democracias modernas — para tratar de contrarrestar un ejercicio inadecuado de potestades por parte de otro Poder del Estado.

A nuestro juicio, para cumplir con lo ordenado por la Corte IDH, era necesario que el Congreso le diera tal atribución a la Corte Suprema, por ejemplo, modificando las causales del recurso de revisión. Ello habría permitido cumplir con la sentencia de la Corte IDH, sin afectar nuestro Estado de Derecho. Por su parte, lo más que podría haber hecho la Corte Suprema habría sido hacer presente al resto de los Poderes del Estado que ella estaba atada de manos, de modo que se tratara de presionar al Poder Legislativo en la materia.

Más allá de si se considera o no que el Estado debe contar con un sistema legal para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte IDH, nos parece fundamental que se respete el Estado de Derecho a nivel interno, pues ese es un derecho humano sin el cual los demás valen poco. Frente a esto algunos podrán alegar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>34</sup> exige otorgar jerarquía suprallegal a lo que diga la Corte IDH, o considerar que sus resoluciones son autoejecutables. Sin embargo, eso es un error. En efecto, la regla del artículo 27 “solo establece una norma obvia de responsabilidad internacional que se basa en el hecho de que el derecho doméstico de los Estados no tiene fuerza normativa en el derecho internacional”<sup>35</sup>. Dicha norma, en ningún caso, buscó darle aplicación directa en el ámbito interno al Derecho internacional o a las resoluciones de órganos internacionales.

## 2.4. Control de convencionalidad y ordenamiento jurídico chileno

Por último, al hablar sobre el modo como Chile cumple con las sentencias de la Corte IDH, es importante hacer una referencia al tema del control de convencionalidad. La doctrina jurídica chilena está dividida en cuanto a su aplicabilidad, al menos en los términos que establece la Corte IDH, es decir, afirmando que los órganos nacionales

<sup>34</sup> Que dispone que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

<sup>35</sup> FUENTES TORRIJO, Ximena. Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno. En: CHÍA, Eduardo A.; QUEZADA, Flavio (eds.). **Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)**, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, p. 174-175, 2015.

tienen la obligación de cumplir con lo que disponga dicha corte, incluso pasando por encima de lo que ordene la legislación nacional. Una parte importante de la doctrina chilena se pronuncia en contra del control de convencionalidad en tales términos<sup>36</sup>. Este rechazo puede deberse al hecho de que en Chile no existe un control de constitucionalidad difuso, sino que solo uno concentrado<sup>37</sup>, lo que hace más ajena la idea de un control de convencionalidad difuso, como lo plantea la Corte IDH.

Por su parte, los tribunales superiores chilenos no han recogido esta doctrina de la Corte IDH, al menos, en la extensión que le da dicha corte. Así, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema a la que recién aludimos (la relacionada con el caso *Norín Catrimán*), se dice expresamente que:

*mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por éste<sup>38</sup>.*

Aquí se puede observar que la Corte Suprema adopta una concepción acotada del control de convencionalidad, es decir, una que establece que los tribunales deben ejercer el control dentro del marco de sus competencias específicas, y que los órganos no judiciales deben tratar de interpretar sus obligaciones en forma coherente con las decisiones de la Corte IDH. Esto excluye una interpretación más extensiva del control de convencionalidad, según la cual todos los órganos del Estado podrían dejar sin efecto normas nacionales, en pos de darle aplicación a los estándares establecidos por la Corte IDH.

<sup>36</sup> Por ejemplo, SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016; FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**, vol. 77, p. 483-505, 2008; CONTESSÉ, Jorge. The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine. **The International Journal of Human Rights**, vol. 22, n. 9, dic. 2018.

<sup>37</sup> Art. 93, Constitución Política de la República de Chile.

<sup>38</sup> CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**, visto n° 9.

### 3. DECLARACIÓN LIDERADA POR CHILE SOBRE MEJORAS AL SISTEMA INTERAMERICANO

#### 3.1. Cuestiones generales

Atendido que Chile exhibe un alto grado de cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, algunos consideran paradójal que este Estado esté liderando la declaración en la que, junto con Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay, se plantean sugerencias al sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, la paradoja no es tal, si consideramos que un Estado que no le presta mayor atención a lo que ordena la Corte IDH no tendrá gran incentivo en velar por que el Sistema interamericano funcione bien. En cambio, serán los Estados que se toman en serio a la Corte IDH — los que respetan sus decisiones — los que deben estar más interesados en que el Sistema opere adecuadamente. Por eso, no debe ser casualidad que la misma declaración afirme explícitamente:

*su profundo y permanente compromiso con el valor normativo de [la Convención Americana de Derechos Humanos], en cuanto representa el objeto del consentimiento de los Estados que dieron origen al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, y con el cumplimiento de su obligación de asegurar a todos, dentro de sus respectivas jurisdicciones, los derechos y libertades definidos en la Convención.*<sup>39</sup>

Además, si se revisa el fondo de la Declaración queda claro que todas las inquietudes que plantea son atendibles, y es por eso que todas — o al menos la mayoría de éstas — han sido expuestas por, al menos, uno de los jueces de la Corte IDH en sus votos separados. No obstante esto, bastantes personas han afirmado que estos planteamientos buscan horadar el Sistema interamericano. Tales aprensiones son infundadas, pues es razonable que Estados plenamente democráticos hagan notar deficiencias a órganos que actúan fuera de un sistema de pesos y contrapesos, y que, por lo mismo, no están diseñados para que haya una voz de alerta intra-sistema en caso de que algún órgano se exceda en sus funciones. Es más, los Estados europeos tienen la práctica de hacer declaraciones y reformas que apuntan a mejorar su sistema regional de derechos humanos. Ello se observa, por ejemplo, en las declaraciones de Brighton

<sup>39</sup> GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24, 2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.



y Copenhague<sup>40</sup>, y en los múltiples protocolos referidos a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Para demostrar que no constituye una paradoja que un Estado comprometido con el sistema interamericano promueva la declaración de los cinco Estados, analizaremos si la Declaración es razonable, pues si lo fuera, la intención de los Estados que la proponen puede ser genuinamente mejorar el sistema. Para mostrar la razonabilidad de la Declaración, revisaremos cada uno de los cinco puntos que plantea.

## 3.2. Consideración de cada una de las cinco propuestas

Cada uno de los temas planteados por la Declaración requieren de un tratamiento en profundidad, que no puede hacerse en un trabajo que busca tratarlos en conjunto. Por eso, sólo podremos referirnos a ellos de forma somera, de modo de analizar sintéticamente si los puntos observados en esta Declaración son razonables. Hacemos presente que no buscamos convencer a los lectores sobre la conveniencia o inconveniencia de cada punto en particular, sino sólo de que son inquietudes atendibles, y que, por lo mismo, pueden ser planteadas por Estados comprometidos con el éxito del sistema interamericano de derechos humanos.

### 3.2.1. Principio de subsidiariedad

El primer punto que plantea la Declaración, es que los Estados firmantes:

*Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.*

Como se puede apreciar, los Estados hacen referencia al principio de subsidiariedad, que para efectos del Derecho internacional de los derechos humanos podría ser caracterizado como el principio que consagra el poder de las instituciones internacionales para “asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos”<sup>41</sup>, pero que reconoce que éstos tienen “amplios espacios de

<sup>40</sup> HIGH LEVEL CONFERENCE ON THE FUTURE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Brighton Declaration**, Abr. 2012. Disponible en <[https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf)>. Acceso en: 26 jul. 2019. y HIGH LEVEL CONFERENCE MEETING IN COPENHAGEN. **Copenhagen Declaration**, Abr. 2018. Disponible en <[https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)>. Acceso en: 26 jul. 2019.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de**

libertad [...] para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones”<sup>42</sup>

“El principio de subsidiariedad tiene una faceta positiva y otra negativa, es decir, impone un deber de actuar y un deber de abstenerse de actuar”<sup>43</sup>. La declaración de los cinco Estados da a entender que está más preocupada por lo que ocurre en la faceta negativa del principio de subsidiariedad, es decir, que le interesa la idea de que el Sistema interamericano no debe intervenir en casos en que el Estado aún está haciendo uso de los mecanismos internos para resolver las eventuales violaciones a los derechos humanos. Se solicita, en consonancia con lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Sistema exija verdaderamente que quienes presenten una petición hayan agotado previamente todos los recursos judiciales internos antes de hacerlo. Es cierto que la Convención Americana reconoce ciertas excepciones a la exigencia de haber agotado los recursos internos<sup>44</sup>, pero hay casos en que la CIDH y la Corte hacen excepciones que van más allá de lo que dice la Convención, por ejemplo, aceptando que los recursos se hayan agotado durante la tramitación de la petición ante la CIDH, con tal de que ello ocurra antes del estudio formal de admisibilidad<sup>45</sup>. Otro modo en el que se ha hecho caso omiso a la obligación de agotar previamente los recursos, es al dar por renunciada la excepción de agotamiento de recursos sin que ello haya sido la intención del Estado<sup>46</sup>, o dando por cumplida esta obligación al acudir exclusivamente a recursos de naturaleza cautelar (como la tutela), existiendo instancias de lato conocimiento a las que también se podía recurrir<sup>47</sup>. La falta de agotamiento de recursos internos por parte del Sistema ha sido criticado, incluso, por jueces de la Corte, por ejemplo, en el voto del juez Vio Grossi en el caso *Díaz Peña vs. Venezuela*<sup>48</sup>.

---

**Derecho Internacional**, vol. XVII, p. 730, dic. 2017.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XVII, p. 730, dic. 2017.

<sup>43</sup> PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 333, abr. 2013.

<sup>44</sup> Art. 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>45</sup> PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 48-51, feb. 2016.

<sup>46</sup> Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Serie C n° 122, párrs. 20, 23 y 30. Publicado en 7 mar. 2005.

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 310, párrs. 28-33. Publicado en 26 feb. 2016.

<sup>48</sup> Voto individual disidente del juez Vio Grossi en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Díaz Peña vs. Venezuela**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 244. Publicado en 26 jun. 2012.

### 3.2.2. *Legítima autonomía*

En segundo lugar, los cinco Estados:

*[c]onsideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.*

Al solicitar que se respete el “legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados” para asegurar los derechos según sus procesos democráticos, los cinco Estados no están pidiendo que el sistema interamericano les dé carta blanca para violar algunos derechos. Están solicitando que la Corte IDH no imponga visiones únicas de los derechos humanos, cuando ellos tienen diversos modos legítimos de ser interpretados. En efecto, si bien hay derechos que no admiten más de una interpretación — como podría ser el caso de la obligación de conceder una indemnización por error judicial a quien se haya condenado injustamente por sentencia penal firme —, gran parte de los derechos permite más de una lectura. La Corte olvida esta realidad, y termina afirmando que la Convención Americana exige cosas tan detalladas, como si se debe o no adoptar la doctrina del fruto del árbol envenenado para desincentivar malas prácticas investigativas (cuestión bastante discutible)<sup>49</sup>. Por eso, los Estados solicitan que cuando la Convención Americana permita diversas interpretaciones legítimas, ellos puedan, democráticamente, determinar cuál adoptar.

Quizá un modo de entender esto, es analizando un ejemplo de lo que ocurre en el sistema europeo de derechos humanos. El artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que las personas tienen derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”<sup>50</sup>. El Convenio describe este derecho en dos párrafos, pero a pesar de dicha extensión, puede interpretarse de maneras muy variadas. Eso permite que haya Estados europeos que, no obstante ser bastante respetuosos de la libertad de religión, tengan aproximaciones muy diversas a cómo llevar adelante su relación con el hecho religioso. Por una parte, hay países como Francia, que optan por que el Estado evite cualquier expresión religiosa, mientras que otros, igual o más respetuosos de la libertad religiosa, como Dinamarca y Gran Bretaña, cuentan con una religión

<sup>49</sup> Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 220, párr. 167. Publicado en 26 nov. 2010. En esta materia, véase PAUL, Álvaro. Admissibility of Evidence before the Inter-American Court of Human Rights, **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 2, p. 663-673, mai-ago 2017.

<sup>50</sup> Art. 9.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Modificado por los Protocolos nos 11 y 14.

oficial y permiten que el Estado cuente con tradiciones públicas y símbolos de naturaleza religiosa<sup>51</sup>.

La riqueza y diversidad de tradiciones como la recién descrita es permitida sólo gracias a una doctrina propia del sistema europeo llamada margen de apreciación<sup>52</sup>, que la Corte IDH no ha recogido. El margen de apreciación puede definirse como la deferencia que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los Estados bajo su jurisdicción, para permitirles definir en cierta extensión el contenido de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o para permitirles determinar el modo como ponderarlos cuando entran en juego con otros derechos.

En definitiva, en este punto, la Declaración de los cinco Estados pide que el sistema interamericano de derechos humanos emule a su par europeo y su doctrina del margen de apreciación. A algunos puede gustarles esta idea y a otros no<sup>53</sup>, pero es una aspiración legítima, y que de ningún modo refleja mala fe por parte de los Estados.

### 3.2.3. Atraso procesal y garantías

Uno de los problemas más notorios del sistema interamericano es el del llamado "atraso procesal" de la CIDH. En ese contexto, la Declaración señala:

*Igualmente, consideran que, en el contexto de las medidas adoptadas para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, se debe garantizar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.*

La demora en la tramitación de las peticiones individuales es un problema patente del Sistema. En efecto, hasta hace poco, la CIDH demoraba unos cinco años en revisar las simples formalidades de un caso (antes de siquiera analizar su admisibilidad en detalle)<sup>54</sup>. Por eso, la CIDH está esforzándose en reducir su demora a través de varios

<sup>51</sup> Dos casos relevantes en la materia sirven para notar el margen que concede el Tribunal Europeo: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Leyla Şahin vs. Turquía**, Acción n° 44774/98. Publicado en 10 nov. 2005. y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lautsi y otros vs. Italia**, Acción n° 30814/06. Publicado en 18 mar. 2011.

<sup>52</sup> Para un análisis de esta doctrina, puede verse BREMS, Eva. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights. **Heidelberg Journal of International Law**, vol. 56, p. 240-314, 1996.

<sup>53</sup> Para un ejemplo de los primeros, véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el Thelos Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (eds.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales**, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 3-49, 2012. Para un ejemplo de los segundos, véase NASH ROJAS, Claudio. La Doctrina del Margen de Apreciación y su Nula Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 11, p. 71-100, 2018.

<sup>54</sup> PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 29, feb. 2016.

mecanismos, como inyectando recursos para que más personal se dedique a analizar las peticiones atrasadas<sup>55</sup>. Los Estados parecen estar preocupados de que algunas de las reformas en las que está embarcada la CIDH puedan afectar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal. En este punto no es fácil saber, precisamente, a qué se refieren los cinco Estados, pues no están planteando una crítica que se haya hecho en forma clara y reiterada al Sistema interamericano, ya sea por la doctrina o por quienes acuden ante él.

Los esfuerzos de la CIDH para reducir su atraso han estado centrados en analizar peticiones que están en la etapa de revisión inicial. Esto ha hecho que un gran número de asuntos pasen a la etapa de admisibilidad. Por ello, es posible aventurarse a decir que los cinco Estados estarían interesados en que se respete adecuadamente el debido proceso en alguna de esas dos etapas.

La mayoría de las personas que hayan presentado peticiones ante el Sistema interamericano podrían confirmar que la etapa de revisión inicial, es decir, el estudio preliminar de admisibilidad que se tramita antes de que el asunto se notifique al Estado y pase al estudio pormenorizado de admisibilidad<sup>56</sup>, es una etapa que carece de transparencia y claridad. Al final de dicha revisión inicial, las peticiones rechazadas no reciben un informe detallado de los motivos por los cuales se desechan; sólo se indica a grandes rasgos el motivo por el que se las rechaza, a pesar de que la Secretaría cuenta con un informe más detallado, que no es notificado a los peticionarios. Esta falta de transparencia afecta el debido proceso y la certeza jurídica, aunque es un tema que más interesaría a los peticionarios que a los Estados.

Desconocemos cuáles pueden ser los problemas que afecten a los Estados durante el procedimiento de admisibilidad propiamente tal. Sin embargo, en todo lo que diga relación con sus procedimientos, la CIDH debiera ser muy cuidadosa, pues el debido proceso es uno de los pocos derechos humanos que puede violar un órgano como la CIDH (y éste es claramente violado con la demora en la tramitación de las peticiones individuales). Por eso, la CIDH debiera ser muy diligente para no violar el debido proceso producto de vulneraciones al derecho a la defensa, la seguridad jurídica o la igualdad procesal.

---

<sup>55</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **CIDH concluye 2 años de su Programa de Superación del Atraso Procesal y anuncia nuevas acciones aprobadas tras una segunda etapa de consultas participativas**, Washington, Dic. 2, 2018. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/257.asp>>. Acceso en: 10 ago. 2019.

<sup>56</sup> PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 23, feb. 2016.

### 3.2.4. Derechos y su aplicación

El cuarto punto de la Declaración es el más complejo, pues se refiere a varios temas distintos. En efecto, los cinco Estados:

*[d]estacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio.*

Como se observa, aquí los Estados buscan: a) que el Sistema aplique estrictamente las fuentes del Derecho internacional de los derechos humanos; b) que se reconozca el margen de apreciación, y c) hacer una referencia velada al control de convencionalidad. Ahora nos referiremos individualmente a estos tres planteamientos.

En relación con el primero, se le exige al Sistema que aplique estrictamente las fuentes del Derecho internacional. Este punto podría referirse a dos cosas. En primer lugar, puede buscar resaltar que la Corte IDH sólo puede aplicar las fuentes respecto de las cuales tiene jurisdicción, pues no puede aplicar instrumentos — aunque sean fuente formal del Derecho — que no estén destinados a ser aplicados por ella<sup>57</sup>. En segundo lugar, puede referirse al uso que le da la Corte IDH a cualquier tipo de instrumento que tenga visos de internacionalidad o de legalidad, para interpretar evolutivamente la Convención Americana de Derechos Humanos, y así afirmar que ella consagra algún derecho que no se encuentra explicitado en la Convención. En efecto, la Corte suele hacer esto, incluso, en materias altamente discutibles, propias del debate político<sup>58</sup>. Así, al proclamar derechos que no están establecidos en las fuentes del Derecho internacional que ella debe aplicar, la Corte IDH ha ampliado enormemente el catálogo de supuestos derechos por los que ella debiera velar<sup>59</sup>. Una de las recientes ampliaciones de la Corte es considerar justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, basándose en el artículo 26 de la Convención Americana, cuestión en la que han manifestado sus reparos los jueces Vio Grossi y Sierra Porto, de la misma Corte IDH<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 310-314, abr. 2013.

<sup>58</sup> PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 317-320, abr. 2013.

<sup>59</sup> Esto se puede observar en forma muy gráfica en PAÚL, Álvaro. The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court. **Juris Dictio**, vol. 20, p. 53-86, dec. 2017.

<sup>60</sup> Véanse los votos disidentes de estos jueces en el caso CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 340. Publicado en 31 ago. 2017.

Para ampliar su jurisdicción, muchas veces la Corte IDH se basa en una interpretación errada del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegando que estos nuevos derechos estarían implícitamente reconocidos en la Convención<sup>61</sup>. En general, la Corte considera que el artículo 29 es una especie de norma de reenvío, una disposición que sería prácticamente única en el Derecho internacional. Lo interesante es que el artículo 29 no es ni una norma de reenvío ni una que no se encuentre en otros tratados. Desafortunadamente, no podemos tratar este tema en este trabajo, pues requiere de un estudio en sí mismo, pero ya se ha escrito algo sobre el punto<sup>62</sup>.

En relación con el segundo reparo, esto es, la ausencia del margen de apreciación, ya nos hemos referido al tema al hablar sobre el legítimo espacio de autonomía que tienen los Estados al momento de interpretar la Convención Americana. Por eso, pasaremos inmediatamente a tratar el tercer planteamiento, referido al control de convencionalidad, tema al que ya nos referimos brevemente. Recapitulando, el control de convencionalidad es una doctrina elaborada por la Corte IDH que plantea que sus sentencias crean una jurisprudencia que vincula a todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que debe ser aplicada por todos los órganos internos de los Estados, incluso aunque ello les exija actuar en contra de su legislación nacional, con independencia de si el ordenamiento jurídico interno les concede o no ese poder a los órganos estatales<sup>63</sup>.

La doctrina del control de convencionalidad carece de sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos; muy por el contrario, la Convención establece en su artículo 68.1 que los Estados están sólo obligados “a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Por eso, aunque la doctrina del control de

---

<sup>61</sup> Sobre los derechos implícitos y la Corte IDH, véase CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 42, n. 3, p. 873-902, dic. 2015.

<sup>62</sup> Sobre el artículo 29 véase PAÚL, Álvaro. Elementos para Reinterpretar el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; DELPIANO LIRA, Cristián (eds.). **América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo**, Universidad Externado de Colombia - Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, p. 131-147, 2017.

<sup>63</sup> Para una explicación detallada de esta doctrina, véase DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015.

convencionalidad tiene muchos adeptos<sup>64</sup>, tiene también muchos críticos<sup>65</sup>. Los cinco Estados, al referirse a este tema en su declaración no hacen más que ponerse del lado de quienes critican la doctrina, y le piden a la Corte IDH que adopte un enfoque restrictivo al momento de aplicarla<sup>66</sup>. Nuevamente, los lectores podrán estar o no de acuerdo con esta posición, pero ella es compartida por bastantes autores, por lo que no puede considerarse que los cinco Estados busquen minar el sistema interamericano al proponer este punto.

### 3.2.5. Reparaciones

Finalmente, los cinco Estados:

*[e]nfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.*

Con este último punto, los Estados le piden a la Corte IDH que, en materia de reparaciones, tenga en cuenta las realidades nacionales de los Estados. Ellos solicitan esto porque la Corte, en variadas ocasiones, ha ordenado reparaciones sin ponderar los efectos que ellas tienen, o si los Estados se encuentran en condiciones de cumplirlas, o si no sería más fácil que ellos mismos determinaran cómo llegar al resultado buscado por la Corte. Por ejemplo, a ciertos Estados se les ha obligado a que implementen planes nacionales en materia de políticas públicas, sin tener en consideración los recursos ni las necesidades de tales Estados. Puede decirse que esto le ocurrió a Costa Rica, pues la Corte le pidió que implementara en su sistema de salud público un mecanismo

<sup>64</sup> Por ejemplo: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. Año XLV, n. 135, p. 1167-1220, sep.-dic. 2012; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control del Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010; FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A Una Década de su Creación: 2006-2016). En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile**, Ediciones Der, Santiago, p. 37-69, 2017.

<sup>65</sup> Por ejemplo: DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015; CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, p. 51-97, dic. 2013; SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016.

<sup>66</sup> Sobre el enfoque amplio y los restrictivos, véase PAÚL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the *Conventionality Control* Doctrine. **Revue Générale de Droit**, vol. 49, p. 275-302, feb. 2019.



concreto, que tiene alternativas más baratas y efectivas, sin tener en consideración que sólo tres Estados — de los más ricos del Continente — estaban recién planeando implementar este sistema<sup>67</sup>. La Corte ni siquiera se planteó si Costa Rica tenía otras necesidades más urgentes.

La Corte IDH también ha ordenado llevar adelante ciertas medidas específicas, como construir monumentos. Uno de los problemas de ordenar este tipo de cosas, es que la Corte desconoce las sensibilidades locales que dichas medidas pueden estimular. Así, por ejemplo, la construcción de ciertos monumentos ha generado gran oposición popular, como cuando la Corte le ordenó a Perú inscribir los nombres de personas condenadas por terrorismo en un monumento ya existente, dedicado a las víctimas del conflicto interno, pues algunas de las personas cuyos nombres se escribieron eran vistas como victimarias<sup>68</sup>.

Por último, también ocurre que la Corte IDH ordena cosas que pueden ser muy difíciles de cumplir en razón del ordenamiento constitucional de un Estado, y que el mismo fin podría obtenerse por otras vías. Por ejemplo, si a la Corte le interesa que en un Estado se deje de aplicar una ley de amnistía, a ella no le debiera interesar mayormente si esto se logra por una derogación explícita de la ley, o si se logra mediante una interpretación vinculante de la máxima autoridad judicial. En cambio, a nivel nacional, esto sí puede ser muy relevante, como ocurriría si es muy difícil obtener las mayorías parlamentarias necesarias. Es cierto que algunos consideran que es bueno que la Corte ordene medidas específicas, para que los Estados estén obligados a procurar una adecuada reparación de las violaciones que cometieron. Sin embargo, es necesario tener cierta confianza en que los Estados, pues al estar más conectados con la realidad nacional, pueden encontrar formas adecuadas de obtener los mismos resultados buscados por la Corte. En ese sentido, es apropiado decir que la deferencia de los tribunales de derechos humanos sobre el modo de llevar a cabo sus sentencias es una forma de abrir el diálogo con los Estados, que redundará en un mejor cumplimiento<sup>69</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Chile es un Estado comprometido con el Sistema Interamericano, cuestión que se observa en el alto porcentaje de sentencias cumplidas que exhibe. Por ello, no sería

<sup>67</sup> Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 257, párrs. 255 y 338. Publicado en 28 nov. 2012.

<sup>68</sup> PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2. ed., Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 317-318. Véase también CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **The American Journal of International Law**, vol. 102, n° 4, p. 824-825, oct. 2008.

<sup>69</sup> FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1101, nov. 2018.

razonable inferir *a priori* que su liderazgo en la redacción de una declaración que formula sugerencias al sistema interamericano de derechos humanos sea mal intencionada. Ello es aún más patente si se nota que las peticiones que se hacen en la declaración son bastante razonables, y han sido planteadas por jueces de la misma Corte IDH, o por parte de cierta doctrina especializada.

Las cuestiones que solicitan los cinco Estados que apoyan esta declaración son: a) que el Sistema sea fiel a su naturaleza subsidiaria, permitiendo que las judicaturas de los Estados resuelvan las violaciones de derechos humanos que ocurran en su territorio, es decir, que se aplique a cabalidad la norma que exige haber agotado los recursos internos antes de poder comparecer ante el Sistema; b) que se reconozca que los Estados tienen una legítima autonomía para interpretar democráticamente los derechos que tienen un contenido abierto; c) que las medidas que adopte la CIDH para reducir su atraso en la tramitación de peticiones no vulnere las garantías del debido proceso; d) que la CIDH y la Corte IDH apliquen sólo las fuentes del Derecho que deben utilizar; e) que el Sistema adopte la doctrina del margen de apreciación; f) que la Corte adopte una versión acotada del control de convencionalidad, y g) que la Corte IDH sea realista y mesurada al momento de ordenar reparaciones en sus sentencias.

Como se puede observar, los antedichos planteamientos son razonables, por lo que no sustentarían la afirmación de que Chile se encuentre actuando de mala fe. Esto queda particularmente claro al observar que Chile exhibe, en general, un buen cumplimiento de las órdenes de la Corte IDH. Por otro lado, los Estados que cumplen de buena fe las sentencias de un tribunal debieran ser los más atentos en procurar su adecuado funcionamiento, pues los Estados desinteresados en acatar los fallos no se verán mayormente afectados por lo que éstos dispongan. Por eso, puede decirse que los Estados involucrados con el Sistema, que lo toman en serio, buscarán plantear inquietudes sobre su funcionamiento. Eso debiera explicar que Chile lidere la declaración que plantearon cinco Estados de la Región. También explicaría que los Estados comprometidos de Europa suelen presentar este tipo de inquietudes a su sistema regional. Por ello, planteamientos como el de los cinco Estados no deben ser tomados como amenazas, sino que como oportunidades para un diálogo fructífero.

## 5. REFERENCIAS

BREMS, Eva. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights. **Heidelberg Journal of International Law**, vol. 56, p. 240-314, 1996.

CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 42, n. 3, p. 873-902, dic. 2015.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, p. 51-97, dic. 2013.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **The American Journal of International Law**, vol. 102, n. 4, p. 768-827, oct. 2008.

CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile, **Requerimiento, Rol n° 346**.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **CIDH concluye 2 años de su Programa de Superación del Atraso Procesal y anuncia nuevas acciones aprobadas tras una segunda etapa de consultas participativas**, Washington, Dic. 2, 2018. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/257.asp>>. Acceso en: 10 ago. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (@CIDH). La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del SIDH y hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones. **Twitter**, Abr. 23, 2019. Disponible en: <<https://twitter.com/cidh/status/1120750186219868162?lang=en>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154. Publicado en 26 sep. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 257, párrs. 255 y 338. Publicado en 28 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 239. Publicado en 24 feb. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 10 feb. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 220. Publicado en 26 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 151, párrs. 162 y 163. Publicado en 19 sep. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 24 nov. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Díaz Peña vs. Venezuela**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 244. Publicado en 26 jun. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 310. Publicado en 26 feb. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 340. Publicado en 31 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **García Lucero y otras vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 17 abr. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 300, párr. 167. Publicado en 2 sep. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Serie C n° 122. Publicado en 7 mar. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279. Publicado en 29 may. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73. Publicado en 5 feb. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Véanse Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 28 nov. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párr. 124. Publicado en 29 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 135. Publicado en 22 nov. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 349. Publicado en 8 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

CONTESSÉ, Jorge. The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine. **The International Journal of Human Rights**, vol. 22, n. 9, dic. 2017.

COOPERATIVA.CL. Prensa argentina: Piñera pidió a Macri apoyar sus críticas a la CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/prensa-argentina-pinera-pidio-a-macri-apoyar-sus-criticas-a-la-cidh/2019-04-24/193120.htm>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

COOPERATIVA.CL. Human Rights Watch: Gobierno de Piñera impulsó críticas internacionales a CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 25. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/human-rights-watch-gobierno-de-pinera-impulso-criticas-internacionales/2019-04-25/084313.html>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A Una Década de su Creación: 2006-2016). En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile**, Ediciones Der, Santiago, p. 37-69, 2017.

FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1091-1125, nov. 2018.

FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**, vol. 77, p. 483-505, 2008.

FUENTES TORRIJO, Ximena. Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno. En: CHÍA, Eduardo A.; QUEZADA, Flavio (eds.). **Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)**, Instituto Iguualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, p. 174-175, 2015.

GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24, 2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XVII, p. 717-748, dic. 2017.

HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, p. 35-85, 2010.

HIGH LEVEL CONFERENCE ON THE FUTURE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Brighton Declaration**, Abr. 2012. Disponible en <[https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf)>. Acceso en: 26 jul. 2019.,

HIGH LEVEL CONFERENCE MEETING IN COPENHAGEN. **Copenhagen Declaration**, Abr. 2018. Disponible en <[https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)>. Acceso en: 26 jul. 2019.

MADRAZO LAJOUS, Alejandro et al. **Posicionamiento frente a la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, Ciudad de México, May. 9, 2019. Disponible en <[https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento\\_cidh\\_ibero\\_osidh.pdf](https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento_cidh_ibero_osidh.pdf)>. Acceso en: 6 ago. 2019.

MASERI, Sergio Gómez. HRW denuncia ataque de Colombia y otros países contra la CIDH. **El Tiempo**, Washington, Abr. 24. Disponible en <<https://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/denuncian-ataque-de-colombia-y-otros-paises-contra-la-cidh-353034>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

NASH ROJAS, Claudio. La Doctrina del Margen de Apreciación y su Nula Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 11, p. 71-100, 2018.

NIKKEN, Pedro. El Sedimente 'Fortalecimiento' del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus Dobles Estándares Frente a las Obligaciones Internacionales de los Estados Americanos. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 56, p. 76-80, jul.-dic. 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del *Corpus Iuris* Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. Año XLV, n. 135, p. 1167-1220, sep.-dic. 2012.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Theos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (eds.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales**, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 3-49, 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2. ed., Cambridge University Press, New York, 2014.

PAÚL, Álvaro. Admissibility of Evidence before the Inter-American Court of Human Rights, **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 2, p. 663-673, mai-ago 2017.

PAÚL, Álvaro. Elementos para Reinterpretar el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; DELPIANO LIRA, Cristián (eds.). **América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo**, Universidad Externado de Colombia - Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, p. 131-147, 2017.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 303-345, abr. 2013.

PAÚL, Álvaro. The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court. **Juris Dictio**, vol. 20, p. 53-86, dec. 2017.

PAÚL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the *Conventionality Control* Doctrine. **Revue Générale de Droit**, vol. 49, p. 275-302, feb. 2019.

PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 19-52, feb. 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control del Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lautsi y otros vs. Italia**, Acción n° 30814/06. Publicado en 18 mar. 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Leyla Şahin vs. Turquía**, Acción n° 44774/98. Publicado en 10 nov. 2005.

TUCKER, Duncan. Américas. Sistema Interamericano constituye una garantía fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. **Amnistía Internacional**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>>. Acceso en: 17 sep. 2019.







## El constitucionalismo del *ius commune* a través de los derechos humanos: los avances y resistencias en el ámbito mexicano

### *The constitutionalism of the *ius commune* through human rights: the advances and resistances in the Mexican sphere*

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>Universidad de Guadalajara (Guadalajara, Jalisco, México)

jbecerra33@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6419-185X>

Recibido/Received: 11.02.2019 / February 11<sup>th</sup>, 2019

Aprobado/Approved: 13.07.2020 / July 13<sup>th</sup>, 2019

#### Resumen

El presente ejercicio académico se proyecta con el fin de realizar una aproximación modesta, hacia el camino que ha emprendido el constitucionalismo contemporáneo en la búsqueda de un *ius commune*, que si bien es cierto se pudiera cimentar en tres aspectos fundamentales, a saber: los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia; sin embargo, en este análisis se enfoca principalmente al primero de ellos, además de analizar cómo se ha planteado en el ordenamiento jurídico mexicano, sobre todo lo relacionado con sus avances normativos y las resistencias en la práctica cotidiana.

**Palabras clave:** *ius commune*; derechos humanos; constitucionalismo; Estado de Derecho; México.

#### Abstract

*This academic work is projected in order to make a modest approach, to the path that contemporary constitutionalism has undertaken in the search for a *ius commune*, which, although it is true, could be based on three fundamental aspects: the human rights, the rule of law, and democracy; However, this analysis focuses mainly on the first of them, in addition to analyzing how it has been proposed in the Mexican legal system, especially regarding its normative advances, and resistance in daily practice.*

**Keywords:** *ius commune*; human rights; constitutionalism; Rule of Law; Mexico.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús. El constitucionalismo del *ius commune* a través de los derechos humanos: los avances y resistencias en el ámbito mexicano. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 87-105, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.64878.

\* Profesor investigador titular C en la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, Jalisco, México). Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores reconocido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Actualmente Director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos adscrito a la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, México. E-mail: jbecerra33@hotmail.com.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. El camino para un *ius commune*; 3. Referencia al caso mexicano; 4. Avances y resistencias; 5. Conclusiones; 6. Referencias.

### 1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo que empezó a gestarse después de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial, el cual dio un giro significativo en su configuración y que se extendió de igual manera al Derecho internacional, en razón de que por un lado, se caracterizó por la superación del monopolio de la producción jurídica, al no delimitarse a las fronteras de los Estados nacionales, y por otro parte, aparecen diversos sujetos del Derecho internacional, como lo son organizaciones colectivas internacionales e incluso de forma incipiente los propios individuos. Todo lo cual, llevó al inicio de una gestación de cierta unificación jurídica en algunas áreas, especialmente en el campo de los derechos humanos.<sup>1</sup>

Por lo anterior, se habla de una evolución y transformación, como bien lo apunta Armin Von Bogdandy, al señalar de cómo ha cambiado el ámbito del poder público, al resaltar que éste se delimitaba originalmente al Estado, pero que actualmente ha cambiado, por motivo que las instituciones supranacionales e internacionales cada día están incidiendo de forma por demás relevante en las relaciones de índole social y en el campo del poder político. Tal circunstancia lleva a replantear la idea tradicional de la soberanía nacional, en el cual los Estados se jactaban de ser entes independientes, de ahí, que sin perder esta característica, la nueva realidad contemporánea si la modifica, pues las estructura del poder tradicional del Estado, sobre todo en lo que a derechos humanos se refiere, si la socava, pues tanto su reconocimiento y sus medios de garantía, no son de fuente exclusiva de los ámbitos nacionales.<sup>2</sup>

Adicionalmente, también es relevante mencionar, que ante la realidad imperante desde la segunda mitad del siglo XX e incluso presente hasta nuestros días, en el que los propios Estados nacionales, se ven impedidos por sí solos resolver plenamente sus problemas locales, debido a la insuficiencia de sus capacidades, por lo que se requiere el concurso de la comunidad internacional. Por ello, se plantea un Estado de corte cooperativo y de tendencia abierto con lo internacional, sobre todo en materia de derechos humanos.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Entre Estado y cosmópolis**. Madrid: Trotta, 2014. p. 28 y 29.

<sup>2</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual*. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 5.

<sup>3</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual*. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitutionale commune**

Así, uno de los dilemas de las nuevas construcciones constitucionales es la de aspirar a situar al constitucionalismo en el camino de una dimensión de índole supranacional, superando aquella idea tradicional del Estado soberano consolidado como Estado de derecho, que por sí mismo pretendía hacer una realidad los derechos humanos sin necesidad de buscar su fundamento en otras latitudes.<sup>4</sup> Pero que la realidad actual está concibiendo una nueva forma de comprensión del mundo jurídico, en el que muchos ámbitos, según Gustavo Zagrebelsky, se van emancipando llamativamente del territorio, en el que si bien es cierto, existen ciertos principios reconocidos en determinadas constituciones pero con un alcance universal, como es el caso de la dignidad humana y en general los derechos humanos.<sup>5</sup> Convirtiéndose necesario e imprescindible un orden jurídico internacional bajo la idea de un Estado de derecho internacional que cuente con normas claramente identificables para los sujetos obligados, con órganos de garantías plenamente legitimados que respondan a las exigencias de respeto efectivo para los derechos.<sup>6</sup> Y que a la vez esté abierto al diálogo entre las diversas culturas, que lleve a un consenso internacional del que surja un marco jurídico que tenga como premisa mayor el respeto y garantía de los derechos.<sup>7</sup>

Por lo tanto, si bien es cierto se ha planteado que el ius constitutionale commune se construye a través de tres pilares específicos, a saber: "el respeto a los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia".<sup>8</sup> En el presente ejercicio se realizará un análisis modesto y delimitado solamente a los aspectos relacionados con los derechos humanos, para ver cómo ha sido dicho proceso de asimilación en el ámbito mexicano, sobre todo en su relación con el sistema interamericano.

## 2. EL CAMINO PARA UN IUS COMMUNE

Para el espacio geográfico que ocupa el continente americano en el cual se encuentra incluido México, el que exista un sistema regional de protección de los derechos humanos, es una enorme oportunidad de construcción de un orden supranacional

---

**en América Latina:** rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Max-Plank-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 9.

<sup>4</sup> FIORAVANTI, Mauricio. **Constitucionalismo, experiencia histórica y tendencias actuales.** Madrid: Trotta, 2014. p. 142-148.

<sup>5</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia.** Madrid: Trotta, 2014. p. 329-330.

<sup>6</sup> DE ASIS, Rafael. **Cuestiones de derecho.** Bogotá: Universidad del Externado, 2005. p. 80.

<sup>7</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio; GÚZMAN ROBLEDO, María Teresa. Evolución y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales. In: MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. **Derechos económicos, sociales y culturales.** Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017. p. 63.

<sup>8</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual. In: VON BOGDANDY, Armin. FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitutionale commune en América Latina:** rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Max-Plank-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 8.

basado en el respeto y garantía de los derechos de todas las personas. Es decir que, con el establecimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la constitución de la Corte Interamericana, se constituye un marco de enorme relevancia para la instauración de un círculo virtuoso de diálogo entre los entes nacionales e internacionales, que establezcan contenidos básicos y elementales para el reconocimiento de un derecho común interamericano.<sup>9</sup>

Sin embargo, la premisa lanzada en el párrafo anterior no es una tarea fácil, ni sencilla, por lo cual en el presente documento se pretende hacer una aproximación a un camino que iniciado desde 1969, cuando en San José de Costa Rica se adoptó la citada Convención Americana, con categoría de tratado internacional, que incluso previamente fue impulsada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 por la Organización de Estados Americanos, en la cual se parte de la proclamación de los derechos de la personas, no por ser parte de un determinado país, sino de la condición propia de su naturaleza humana, a los cuales el poder político tiene el fin promover y respetar, tal y como lo expresa en los primeros párrafos de su considerando, al expresar:

*Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad;*

*Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;*

*Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;*

Con esta redacción se intentó proyectar de alguna manera el inicio de un derecho común interamericano, basado en los derechos humanos, como un eje esencial que identifica a los diversos países del continente. Pero, que tal intento declarativo se vino a catalizar con el establecimiento de la Corte Interamericana, pues, bien lo ha expresado el exjefe de la citada Corte, Sergio García Ramírez sobre la relevancia de un órgano de tal naturaleza que realiza un papel es de tal calado, al estar “llamado a interpretar y aplicar normas que se proyectan sobre numerosos países y centenares de millones

<sup>9</sup> SUÁREZ OSMA, Ingrid. **Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano**. Bogotá: Universidad de la Sabana-Grupo Editorial Ibañez, 2015. p. 16.

de personas, deben de tomarse conciencia del papel que le incumbe...". Esta idea de García Ramírez, es parte fundamental para comprender el rol que está desempeñando dicho órgano interamericano para la construcción de un espacio supranacional guiado por el sendero de los derechos humanos.<sup>10</sup>

Lo expresado, no es otra cosa que el replanteamiento de una nueva cosa pública internacional, que apunta a compartir una dimensión más allá de las fronteras nacionales, basado en la dignidad, la igualdad, la justicia y la paz, tal como lo ha señalado Gustavo Zagrebelsky, al resaltar esta *res publica* universal que tiene una pertenencia a un pueblo sin confines. Por lo cual las personas independiente del lugar donde se encuentren, reaccionen ante cualquier agravio a ese contenido compartido, por ser los derechos humanos una serie de principios que le son comunes para todos.<sup>11</sup>

Sin embargo, es pertinente resaltar, que dicha idea de un ámbito común no es nueva, en razón de que en el momento actual las recientes construcciones jurídicas lo han retomado.<sup>12</sup> El *ius commune* como tal surgió desde los siglos XIII hasta finales del siglo XVIII en Europa, presentándose con la intención de superar al Estado nacional clásico y su monopolio estatista de las fuentes del derecho. Esta circunstancia se debió a dos factores fundamentales: el primero, como consecuencia de la enseñanza impartida siempre y solo en latín, por ser la lengua culta común en el que se escribían los libros de Derecho en toda Europa hasta el siglo XVII y no la lengua de cada país, convirtiendo al latín en el único vínculo común para estudiar Derecho, (de ahí que el contenido bibliográfico utilizado por las universidades europeas fuera el mismo). El segundo factor de gran relevancia fue que el único Derecho que se impartía en las universidades de dicha época era el derecho romano-canónico, por lo que los derechos de cada país no fueron objeto de estudio sino hasta bien entrada la Edad Moderna en los centros educativos, siendo en consecuencia el *Corpus iuris civiles* y el *Corpus iuris canonici* los únicos leídos. Por consiguiente, la recepción del Derecho romano-canónico significó en todos los casos la pugna entre un Derecho nuevo y el Derecho viejo o tradicional de cada país.<sup>13</sup>

La tendencia a un Derecho común indica la inclinación a unas ideas jurídicas de similares orientaciones con efectos más allá de las fronteras nacionales clásicas que destaquen en lo fundamental, así como también en aspectos que tienen que ver con

<sup>10</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Porrúa, 2007. p. X.

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **La virtud de la duda, una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi**. Madrid: Trotta, 2012. p. 116-117

<sup>12</sup> MORÁN MARTÍN, Remedios. El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea. **Cuadernos de Historia del Derecho**, n. 12, 2005. p. 99-123.

<sup>13</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Manual de historia de derecho español**. Madrid: Tecnos. 2003. p. 198-200. También en: GARCÍA Y GARCÍA, Antonio. Perspectivas del derecho común romano-canónico al filo del año 2000. In: **El derecho común y Europa. Jornadas internacionales de historia del derecho del Escorial de 1999**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 9-20.

una cultura jurídica y de la cultura en lo general.<sup>14</sup> Esta idea de concebir un *ius commune* vuelve a resurgir en la actualidad, como ya se ha apuntado, debido a la consecuencia de las nuevas relaciones internacionales y las concepciones que le acompañan, para formar espacios comunes tanto a nivel regional como universal, que a la vez repercute en las diversas áreas del Derecho.<sup>15</sup>

Así, es precisamente una de las funciones de la jurisprudencia actual el elaborar mediante su ejercicio ese patrimonio que nos es común a toda la humanidad, lo cual se puede encontrar en muchas de las constituciones en el mundo, pero que, principalmente las vamos a identificar en resoluciones, tanto de tribunales nacionales como supranacionales, como puede ser: “la igualdad y la no discriminación de los seres humanos, su dignidad y la prohibición de tratos vejatorios, la protección de las minorías, los derechos de libertad clásicos y los derechos sociales, la democracia y el derecho al autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales etc.”<sup>16</sup> En consecuencia, la labor de interpretación de dichos principios, puede ser una forma de encontrar las respuestas que nos son comunes a todos.

Es pertinente hacer un ejercicio que clarifique el camino para lograr la idea aquí planteada, de lograr un derecho común en materia de derechos humanos. La encomienda aquí planteada, es algo que puede ser factible y alcanzable en cierta medida, debido a que en los últimos años, a pesar de ciertas resistencias, se han expresado tendencias de diversa índole hacia tal camino, como lo son las adecuaciones normativas realizadas por los Estados nacionales, tal es el caso del ámbito latinoamericano, por sendas reformas constitucionales, con habilitaciones para incorporar el canon del *ius commune* internacional, mediante cláusulas de apertura hacia ello, al igual que acciones jurisprudenciales, políticas públicas y los claros debates académicos. Tal tendencia la ha llamado Sergio García Ramírez, como una “navegación americana”, en el que mediante los derechos humanos se camina hacia un derecho común. Adicionalmente resalta el mencionado jurista, que se incrementa los contenidos para tal fin, por los diversos instrumentos interamericanos que han sido ratificados por Estados de la región mediante protocolos que se suman a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que amplían su alcance.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericana. México: UNAM, 2003. p. 18-19.

<sup>15</sup> HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericana. México: UNAM, 2003. p. 18-19. De igual manera en: ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo**. Madrid: Civitas, 1989. p. 227.

<sup>16</sup> Tal afirmación la realiza Gustavo Zagrebelsky, al señalar de la presencia de un derecho constitucional común, más allá del Estado. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional**. Madrid: Trotta, 2014. p. 335

<sup>17</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitutionale commune**

### 3. REFERENCIA AL CASO MEXICANO

En el escenario aquí descrito, y enfocando el análisis hacia México, sin lugar a dudas obliga a analizar cómo ha sido el proceso de apertura constitucional para la incorporación del Derecho internacional al ámbito interno y en consecuencia al ius commune, especialmente lo que se refiere a los catálogos de derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales, al igual que la recepción de la jurisprudencia derivada de los tribunales destinados a la garantía de tales derechos. Todo ello, con el fin de fortalecer los derechos reconocidos en la Constitución nacional, los cuales se verían beneficiados con un ejercicio de enriquecimiento mutuo por el manejo del canon internacional de los derechos fundamentales de las personas.

La configuración constitucional en México, se delimitó históricamente hasta fechas recientes en el tema que nos ocupa, en la redacción del artículo 133 de la Carta Magna, el cual tiene su origen en la Constitución de 1917, que a la letra dice:<sup>18</sup>

*Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.*

La interpretación dada por el máximo tribunal del país en relación a tal artículo, no fue muy propensa a darle un valor de rango jerárquico constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino más bien, lo mantuvo en un grado inferior a la Carta Magna, pues partió originalmente de otorgarle un nivel legal, al equiparar a las leyes federales con los tratados internacionales; circunstancia que se desprende de la tesis aislada del amparo en revisión 2069/91 dictada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 30 de junio de 1992. Posteriormente, en el año de 1999 se vuelve a discutir el tema de la jerarquía de los tratados, en la que se modifica la tesis anterior por el pleno de la Suprema Corte, para ubicarlos por encima de las leyes federales, pero, en un segundo plano respecto a la Constitución.<sup>19</sup> Sin embargo, el debate no

---

**en América Latina:** rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 459-467.

<sup>18</sup> BECERRA RAMÍREZ, Manuel. **Recepción del derecho internacional en el derecho interno.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 110.

<sup>19</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/99. Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, nov. 1999, p. 46. Registro 192867, Tesis Aislada, Novena Época, Pleno, Constitucional. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992. p. 27.

quedó agotado, toda vez que en el 2007, el mismo órgano de justicia en México, analizó nuevamente el referido aspecto y resolvió en votación dividida el siguiente criterio:

*TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL [...].<sup>20</sup>*

En éste nuevo criterio, el debate se centró más en la incorporación de una nueva categoría de leyes no contenidas en las tesis anteriores, toda vez que se incluyó a las leyes generales dentro del esquema de la jerarquía normativa del ordenamiento nacional. En consecuencia, se dejó de lado un debate amplio respecto a la distinción clara y prevalente de los tratados de derechos humanos en relación con los instrumentos de índole general, es decir, separar por un lado los tratados de derechos humanos para otorgarles un valor equiparable al de la Constitución, y por otro, a los tratados del Derecho internacional general. Más por el hecho que a nivel internacional, muchos de los debates constitucionales más intensos versan sobre la articulación coherente entre dicho ámbito y el nacional en materia de derechos fundamentales. Basta ver, por ejemplo, algunas constituciones que lo han incluido en sus disposiciones, incluso, se ha dado el caso, que se les otorgue a los tratados de derechos humanos un rango supra-constitucional, como es el caso de la Constitución de Guatemala de 1985 y reformada en 1993, que en su artículo 46 menciona:

*Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.*

O también la Constitución Colombiana de 1991, que establece:

*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben sus limitaciones en los estados de excepción prevalecen en el orden interno.*

*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

Incluso, previamente a las anteriores, en la Constitución de Portugal de 1976, que sirvió de inspiración a la española de 1978 sobre la apertura constitucional a los

<sup>20</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. IX/2007. Tratados Internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. Registro n. 172650, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abr. 2007, p. 6. Tesis Aislada, Novena Época, Pleno, Constitucional.



instrumentos internacionales de derechos humanos, se señala en el artículo 16 lo siguiente:<sup>21</sup>

*1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que consten en las leyes y en las normas aplicables de Derecho internacional.*

*2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben de ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

Así, las constituciones citadas son claras referencias de los nuevos modelos constitucionales bajo un prototipo de Estado constitucional cooperativo con el Derecho internacional de los derechos humanos, por interiorizar los derechos universales que les son dados desde fuera, mediante la aplicación e interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los instrumentos internacionales.<sup>22</sup> Por lo tanto, la apertura constitucional de los Estados mencionados, se da mediante dos vías: una mediante la aplicación de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, y otra, mediante el ejercicio de interpretación de acuerdo al canon internacional de los derechos humanos derivados de tribunales internacionales. Adicionalmente, también se le da valor jurídico a nivel nacional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues sin ser propiamente un tratado internacional convencional, al incorporarlo a su ámbito interno le otorgan relevancia jurídica.

De ahí, que lo anterior representó un gran desafío para México, pues el debate nacional se delimitó únicamente sobre el tema de la jerarquía normativa en relación a los tratados internacionales,<sup>23</sup> no contemplando aspectos como lo es, la interpretación conforme con el uso de la jurisprudencia internacional, el principio pro persona, la aplicación directa de los contenidos de convenciones internacionales. Adicionalmente, es

<sup>21</sup> AGUIAR DE LUQUE, Luis. Encuesta sobre los derechos fundamentales. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, [s.l.], n. 20, p. 14, ener. 2007.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: SAUCA, José Ma. (Ed). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994. p. 88.

<sup>23</sup> Tal es el caso de los diversos criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: la jurisprudencia en el que la voz, decía: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA [...]" diciembre de 1992. Al igual la jurisprudencia: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL [...]" diciembre de 1992 y la dictada previo a la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, la cual señaló: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL [...]" abril de 2007. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red2/2sjt/>. Consultado el 2 de junio de 2018.

oportuno mencionar que nos encontramos actualmente con una realidad innegable por la existencia de una gran interdependencia con otras naciones en diversos campos de la vida económica, social y política de visibles repercusiones e influencia en el ámbito nacional que no pueden dejarse de lado, y con ello, la enorme necesidad de la construcción de un constitucionalismo abierto a las diversas fuentes normativas supranacionales en lo que se refiere a los derechos humanos, pues existía una apertura en otros campos, razón de más para hacerlo en materia de los derechos de las personas. Incluso, cabe mencionar lo que aconteció en el mes de febrero del año 2009, cuando el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dentro del Informe Periódico Universal, notificó al gobierno mexicano ochenta y tres recomendaciones, mismas que aceptó, entre las cuales se destacó la urgente necesidad de armonizar la constitución y la legislación local a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>24</sup>

Por lo tanto, era necesario que la tradición constitucional de México hacia la protección de los derechos fundamentales, que surgió desde el siglo XIX con la creación del amparo mexicano, ahora se pudiera ver fortalecida con el auxilio del canon internacional de los derechos humanos, mediante la clarificación y reconocimiento explícito en la Constitución de la categoría de los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sintonía con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia, cuando se vulneren los derechos las personas a nivel nacional. Circunstancia que llevaría a México a incorporarse a las nuevas construcciones constitucionales formadas bajo los mandatos de un Estado constitucional cooperativo en el campo de los derechos humanos.

Pues, no bastaba el hecho de que México tuviera el artículo 133 de la Constitución previamente mencionado y ratificados cincuenta y tres tratados internacionales de derechos humanos,<sup>25</sup> con lo cual se pudiera pensar que, de entrada, se encontraba al día en materia de reconocimiento, sino que era imprescindible un compromiso mucho mayor con el Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente con una clarificación de las cláusulas de apertura hacia tal ámbito y el de brindar mecanismos a nivel interno que hagan toda una realidad la garantía de los mismos. Por ello, la imperiosa necesidad de la coherencia y armonía entre el constitucionalismo nacional y el ámbito internacional de los derechos humanos.

Las preocupaciones anteriores, se pensó de alguna manera pudieran estar superadas, cuando en el mes de junio del año 2011, aconteció tal vez una de las

<sup>24</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/spanish/News/focus.asp?focusID=9>. Consultado el 27 de marzo de 2018.

<sup>25</sup> La totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y su contenido, se puede ver en: Secretaría de Relaciones Exteriores de México. Disponible en <http://www.sre.gob.mx/tratados/>. Consultado el 30 de marzo de 2018.

transformaciones constitucionales de mayor calado desde la Constitución mexicana de 1917, en la cual se realizaron una serie de modificaciones y adiciones a la misma, especialmente en su capítulo primero del título primero, para denominarlo: “de los Derechos Humanos y sus Garantías”; en cuyo artículo 1° reconoce a los tratados de derechos humanos como parte de la Constitución. Asimismo, estableció las reglas de interpretación y aplicación que corresponden a los principios de interpretación conforme y pro persona, con lo que se mostró acorde con los avances del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, lo que significa un avance en el constitucionalismo nacional, al establecer:

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

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...].<sup>26</sup>*

En el texto anterior, nos encontramos con diversas cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual, en el plano normativo, la Constitución mexicana, fue muy favorable a la incorporación del canon internacional en materia de derechos fundamentales. Es decir, con dicha reforma se clarifican diversas vías de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, con las cuales, se refuerzan las formas por las que el ordenamiento nacional se ve fortalecido en el plano normativo y jurisprudencial al posibilitar, por un lado, el ampliar el catálogo nacional con la incorporación de los derechos humanos del plano internacional y, por

<sup>26</sup> MÉXICO. DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, D.F., 10 de junio de 2011. Disponible en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011). Consultado el 11 de julio de 2018.

otro, al ampliar y modificar las facultades interpretativas con la inclusión de criterios hermenéuticos surgidos en fuente supranacional.

Por tal motivo, en el plano normativo, la multicitada reforma se pone al día con el constitucionalismo contemporáneo, en el sentido de ampliar las vías para la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, superando con ello, la opción que anteriormente se tenía y que aún prevalece en el artículo 133 de la Constitución, que planteaba exclusivamente el tema de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa.

#### 4. AVANCES Y RESISTENCIAS

Sin bien es cierto, en párrafos anteriores se mencionó sobre los avances en el plano normativo, derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, es pertinente mencionar, cómo ha sido el proceso de materialización e instrumentación de la misma por medio de los diversos operadores jurídicos en México. Para tal propósito, en el presente ejercicio académico se delimita al papel que ha jugado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser ésta la última palabra a nivel nacional en materia de justicia y ser sus resoluciones reflejo de la tendencia y debate imperante por la jurisdicción del país.

La primera prueba, en cuanto al comportamiento de nuestro máximo tribunal en relación a la nueva construcción constitucional, fue sin lugar a dudas, el asunto conocido como varios 912/2010,<sup>27</sup> el cual fue resuelto en el mes de julio del año 2011, a los pocos días de la entrada en vigor de la citada reforma, el cual significó, en opinión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un importante avance y precedente para establecer en México el control difuso de convencionalidad e incluso el aceptar de igual manera el control difuso de constitucionalidad.<sup>28</sup> Sin embargo, como el mismo autor lo reconoce, no se comparte el hecho, de que en el citado asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera por mayoría de sus miembros, entre otras cosas, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de carácter vinculante, sólo en el supuesto en el que el Estado mexicano hubiera sido parte en el litigio, sin embargo, lo limitó cuando el Estado no fuera parte, y lo expresó de la siguiente manera:

<sup>27</sup> El asunto proviene de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocido como caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos dictado en el año 2009, en la cual se ordenó una serie de medidas de reparación al Estado mexicano, en el que diversas autoridades del país, entre ellas los jueces del Poder Judicial de la Federación, se vieron obligadas a establecer un conjunto de criterios en el sentido de determinar la compatibilidad de una ley con la Constitución y los tratados internacionales (caso particular el Código de Justicia Militar, en relación al fuero militar). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, n. 209.

<sup>28</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.** México: UNAM, 2011. p. 385-407.

*Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos [...].<sup>29</sup>*

Lo anterior, es contrario a lo resuelto por distintos tribunales nacionales de países en el **ámbito interamericano**, en el que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, no solamente es de carácter vinculante, sino, que le asignan el valor de norma interpretada e, incluso, la integran al bloque de constitucionalidad, como es el caso específico de la vinculación en Argentina, Republica Dominicana y Perú; de norma interpretada en Costa Rica o el de Bolivia, que la integra al bloque de constitucionalidad.<sup>30</sup> Pero, sobre todo, el actuar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue de alguna manera contradictorio a lo establecido en la propia reforma constitucional a su artículo 1º, la posibilidad de realizar la interpretación conforme con los tratados internacionales de las normas relativas a los derechos humanos, es decir, mandata el recurrir al auxilio del canon internacional de los derechos humanos por disposición constitucional, como un cláusula de apertura clara a las fuentes jurisdiccionales en sede internacional.

Sucedió entonces, que la apertura constitucional al orden internacional para la protección de los derechos humanos dada con la reforma de 2011, se puso en riesgo de verse limitada por los criterios impuestos a los órganos de impartición de justicia, en el cual, en el caso de México, la Suprema Corte la sujetó, inicialmente al condicionamiento de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando el Estado nacional fuera parte de un litigio internacional. Ante ello, cabe resaltar que las obligaciones internacionales que tienen los Estados les han sido atribuidas, no por la vía impositiva de un orden internacional que no les reconoce autonomía, sino por una decisión que el propio Estado ha tomado en el ejercicio de su soberanía, y que ha manifestado mediante la firma y ratificación de instrumentos internacionales para integrarse a un orden supranacional de protección. Así, este primer paso dado por el máximo tribunal mexicano, reflejó un grado de resistencia hacia las fuentes jurisdiccionales que emanan más allá de las fronteras nacionales.

Lo anterior, fue superado en parte en el año de 2013 por otra de las resoluciones más importantes dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años, en la cual, en un tiempo relativamente muy corto, modificó el sentido del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>29</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Engrose de la Sentencia, asuntos varios 921/2010. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>. Consultado el 19 de junio de 2018.

<sup>30</sup> Tal comportamiento de tribunales nacionales, la Corte Interamericana los cita de forma literal en el caso de referencia. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, n. 220. párrs. 226-231.

respecto a México, cuando el Estado nacional no sea parte. Sin embargo, en tal resolución surgieron otros aspectos de relevancia significativa, que vuelven a poner en duda la apertura favorable por parte de los operadores jurídicos nacionales hacia el derecho internacional de los derechos humanos. El caso concreto fue la contradicción de tesis 293/2011, resuelta en el mes de septiembre del año 2013.

El referido asunto fue, derivado de dos posturas diferentes, entre la sustentada por el primer tribunal colegiado en materia administrativa y de trabajo del décimo primer circuito y el séptimo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito, cuya litis consistió en determinar "(i) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; y (ii) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"<sup>31</sup>. La resolución recaída a dicha contradicción de tesis refiere indirectamente a esquemas de jerarquización normativa que no son compatibles con el nuevo régimen constitucional mexicano de protección de los derechos humanos y ha generado una colisión de principios constitucionales que puede llegar a incidir en la garantía y exigencia jurisdiccional en el ámbito nacional de los derechos que el esquema internacional reconoce, protege y garantiza más ampliamente. Toda vez, que con dicha reforma, se establecieron vías para la protección reforzada de los derechos por parte de todos los poderes de la unión, así como de todas las autoridades y servidores públicos que integran el aparato estatal, y que se incluyeron en el artículo 1º constitucional, como obligaciones a cargo de éstos, la aplicación de instrumentos interpretativos como los principios de interpretación conforme y pro persona para garantizar a las personas progresivamente la protección más amplia de sus derechos.

En la citada resolución, como bien se ha señalado, partió de un paso significativo al decretar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante sin que sea necesario que el Estado mexicano sea parte, pero, omitió darle ese carácter a las opiniones consultivas o a las sentencias de otros organismos internacionales de los que se ha aceptado su competencia, como lo es la Corte Penal Internacional; adicionalmente, es de resaltar uno de los puntos más álgidos de tal resolución, el hecho de establecer que, si bien, los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México es parte, son el parámetro de control constitucional,

<sup>31</sup> PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, México, D.F., 3 de septiembre de 2013, p. 18. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente n. 293/2011. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>. Consultado el 10 de julio de 2018.

pero que si en la Constitución se encuentra una restricción a su ejercicio, prevalecerá esta última, invocando aspectos de disposición soberana del constituyente nacional.<sup>32</sup>

Así, al decretarse las restricciones constitucionales nacionales a las normas internacionales de derechos humanos, se está actuando en contravención con la misma disposición constitucional que establece los principios de interpretación conforme y pro persona, con lo cual se dificulta la garantía jurisdiccional de los derechos humanos.

Sin embargo las actitudes de resistencia de los operadores jurisdiccionales nacionales a las amplias implicaciones en el sistema jurídico mexicano de las cláusulas de apertura contenidas en el artículo 1° constitucional se continúan presentando, ejemplos claros son algunas referencias al material propuesto por la SCJN como herramienta para la formación en derechos humanos y la difusión del contenido y alcances de la reforma en la materia, en las que después de repasar la doctrina y la jurisprudencia que dan contenido y alcances al término bloque de constitucionalidad y dan fe de su aceptación, ampliación y desarrollo en otros países latinoamericanos donde la tendencia es la atribución de una jerarquía constitucional y el carácter de parámetro de control y validez a las normas de contenido materialmente constitucional aunque no se encuentren integradas a la constitución, máxime tratándose de las normas de fuente supranacional cuando están previstos los principios de interpretación conforme y pro persona para dilucidar la discusión en torno a la relación entre la constitución y los tratados internacionales. No obstante lo anterior, el citado material propuesto por la SCJN menciona:

*sin minimizar el mérito propio de cada uno de estos conceptos, hasta la fecha la SCJN no ha adoptado ninguno de ellos, por lo menos en el sentido propuesto por la doctrina nacional o comparada. Con base en los argumentos presentados en las sesiones públicas de la SCJN, la mayoría de los ministros ha rechazado, por motivos diversos, el concepto de bloque de constitucionalidad. En cuanto a la interpretación conforme, la SCJN se ha referido a ésta desde una definición más clásica [...] la judicatura mexicana parece estar construyendo una doctrina propia a través de la cual se determine el contenido y alcance del párrafo segundo del artículo 1° constitucional [...].<sup>33</sup>*

<sup>32</sup> PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, México, D.F., 3 de septiembre de 2013, p. 18. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente n. 293/2011. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>. Consultado el 10 de julio de 2018.

<sup>33</sup> MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. **“Principio pro persona” en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.** México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tomo I, p. 52. Disponible en <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index.php>. Consultado el 22 de junio de 2018.

Lo anterior, reafirma la presencia de ciertas resistencias por parte de los operadores jurídicos en México, especialmente el comportamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para asumir a plenitud las disposiciones establecidas en la multicitada reforma constitucional del año 2011, mismas que tienen que ver con la clarificación de las cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, pues si bien es cierto, como se ha expresado en el presente documento han realizado pasos importantes para asimilarla y difundirla, no ha sido del todo acorde a la nueva construcción constitucional.

## 5. CONCLUSIONES

Así, a manera de conclusión se señala, que es innegable que vivimos en una realidad global, en la que como bien lo expresa Boaventura de Sousa Santos “los sistemas interestatales modernos fueron diseñados como un sistema de ecúmene jurídica nacional coexistente con una diáspora jurídica internacional”,<sup>34</sup> es decir, es visible que nos encontramos ante nuevas formas de transnacionalización jurídica, en las que los Estados dejaron de ser el centro del monopolio de la producción normativa, sino que, ahora existe una gran diversidad de fuentes que surgen más allá de los ámbitos territoriales de los Estados nacionales, pero que, paradójicamente son las propias constituciones las que habilitan que dicho orden normativo internacional se vuelva parte del ámbito interno. De ahí que una forma de asumir en serio el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos y lo dispuesto por las cláusulas de apertura hacia ellos, es que los entes nacionales hagan uso de los mismos para resolver dilemas jurídicos internos.

En consecuencia, no existen justificaciones de peso, que legitimen válidamente las resistencias para hacer uso del canon internacional de los derechos humanos, cuando desde el ámbito constitucional nacional se han dispuesto soberanamente cláusulas de conexión hacia este nuevo orden, tal como quedó evidenciado anteriormente. Ante ello, el Estado mexicano normativamente se ha puesto al día, pues no solo habilitó constitucionalmente la incorporación de los contenidos internacionales en materia de derechos humanos, al permitir que una vez ratificados los tratados internacionales de derechos humanos, sean parte del ordenamiento jurídico nacional, incluso en un rango prevalente de nivel constitucional para aplicarse de forma directa, sino que se han dados pasos claros para el uso de un *ius commune*, especialmente con la posibilidad de que los operadores jurídicos utilicen la figura de la interpretación conforme, para que al momento de la aplicación de un derecho humano, este sea reforzado en su aplicación con el uso de la jurisprudencia internacional de la materia.

<sup>34</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. p. 448.



Sin embargo, el gran reto que tiene los operadores jurídicos y en general los intérpretes dentro del Estado constitucional, en el que se incluye lo internacional, es cómo se asumen con seriedad los derechos de las personas o qué vías son las necesarias para su cumplimiento, ante el escenario en que nos encontramos, sobre todo con la presencia de resistencias como las expresadas por entes jurídicos mexicanos, que van encaminadas a una cierta idea de volcarse a un constitucionalismos de índole cerrado o con expresiones de corte chauvinistas. Ante ello, la referida premisa de que un Estado se vuelva hacia sus fronteras, sería a todas luces insostenible, pues es ilusorio pensar que por sí solo un ente nacional resuelva sus problemas imperantes, por más fuerte que pueda ser, basta mencionar alguno de los dilemas presentes, para evidenciar que un comportamiento cerrado de un país no puede afrontarlos cabalmente, como puede ser el tema migratorio, el terrorismo o el narcotráfico, por mencionar algunos, pues la realidad nos ilustra que no es así, que un Estado no puede ser constitucional, atrincherándose en sí mismo.<sup>35</sup> Así, surge la imperiosa necesidad, de crear espacios en los que los derechos se garanticen, el que se asuman comportamientos favorables a coordinarse entre instancias de diverso signo: universales, regionales o locales, para poner en marcha una serie de acciones de control y límites a los poderes, para remediar los problemas presentes, máxime si se trata de derechos humanos, en el que se conciben estos como una nueva res pública universal y a la vez en parte fundamental del ius commune del constitucionalismo contemporáneo.

## 6. REFERENCIAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Encuesta sobre los derechos fundamentales. **Revista Teoría y Realidad Constitucional**, [s.l.], n. 20, p. 11-57, ener. 2007.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo**. Madrid: Civitas, 1989.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. **Recepción del derecho internacional en el derecho interno**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/spanish/News/focus.asp?focusID=9>. Consultado el 27 de marzo de 2018.

CORONA NAKAMURA, Luis Antonio; GÚZMAN ROBLEDO, María Teresa. Evolución y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales. In: MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. **Derechos económicos, sociales y culturales**. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

<sup>35</sup> PISARELLO, Gerardo, Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. VÁZQUEZ, Rodolfo. **Estado constitucional y globalización**. México: Porrúa, 2003. p. 251-253.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, n. 220. párrs. 226-231.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, n. 209.

DE ASIS, Rafael. **Cuestiones de derecho**. Bogotá: Universidad del Externado, 2005.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano**. México: UNAM, 2011.

FIORAVANTI, Mauricio. **Constitucionalismo, experiencia histórica y tendencias actuales**. Madrid: Trotta, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Porrúa, 2007.

GARCÍA Y GARCÍA, Antonio. Perspectivas del derecho común romano-canónico al filo del año 2000. In: **El derecho común y Europa. Jornadas internacionales de historia del derecho del Escorial de 1999**. Madrid: Dykinson, 2000.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: SAUCA, José Ma. (Ed). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994.

HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericana**. México: UNAM, 2003.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. **“Principio pro persona” en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tomo I, p. 52. Disponible en <http://www.reformadh.org.mx/reformadh/index.php>. Consultado el 22 de junio de 2018.

MÉXICO. DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, D.F., 10 de junio de 2011. Disponible en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011). Consultado el 11 de julio de 2018.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Engrose de la Sentencia, asuntos varios 921/2010. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>. Consultado el 19 de junio de 2018.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente n. 293/2011. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>. Consultado el 10 de julio de 2018.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/99. Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Registro n. 192867, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, nov. 1999, p. 46. Tesis Aislada, Novena Época, Pleno, Constitucional.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. IX/2007. Tratados Internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. Registro n. 172650, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abr. 2007, p. 6. Tesis Aislada, Novena Época, Pleno, Constitucional.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/re-d2/2sjt/>. Consultado el 2 de junio de 2018.

MÉXICO. Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.org/spanish/News/focus.asp?focusID=9>. Consultado el 30 de marzo de 2018.

MORÁN MARTÍN, Remedios. El ius commune como antecedente jurídico de la Unión Europea. **Cuadernos de Historia del Derecho**, n. 12, 2005.

PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. VÁZQUEZ, Rodolfo. **Estado constitucional y globalización**. México: Porrúa, 2003.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Entre Estado y cosmópolis**. Madrid: Trotta, 2014.

SUÁREZ OSMA, Ingrid. **Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano**. Bogotá: Universidad de la Sabana-Grupo Editorial Ibañez, 2015.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Manual de historia de derecho español**. Madrid: Tecnos, 2003.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional**. Madrid: Trotta, 2014.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La virtud de la duda, una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi**. Madrid: Trotta, 2012.





## Intra-party democracy index: a measure model from Brazil

### Índice de democracia intrapartidária: um modelo de medição desde o Brasil

ENEIDA DESIREE SALGADO <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

desisalg@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0573-5033>

Recebido/Received: 27.05.2020 / May 27<sup>th</sup>, 2020

Aprovado/Approved: 16.08.2020 / August 16<sup>th</sup>, 2020

#### Abstract

Political parties are, by constitutional force, essential to Brazilian democracy, and equally necessary for the composition and functioning of republican institutions. The 1988 Brazilian Constitution also determines, from a systemic reading, that political parties should be internally democratic. Thus, the present work seeks to develop an intra-party democracy index from the Brazilian experience, considering the fields of Political Science and Electoral Law. The methodology used consisted in the analysis of the statutes of the political parties registered in Brazil until 2018, based on a series of variables, developed from the constitutional and legal norms and principles applicable to the parties, by the reading of the

#### Resumo

*Os partidos políticos são, por força constitucional, essenciais à democracia brasileira, sendo igualmente necessários para a composição e funcionamento das instituições republicanas. A Constituição de 1988 determina, a partir de leitura sistêmica, que os partidos políticos sejam internamente democráticos. O presente trabalho busca desenvolver um índice de democracia interna intrapartidário a partir da experiência brasileira, a partir dos campos da Ciência Política e do Direito Eleitoral. A metodologia utilizada consistiu na análise dos estatutos dos partidos políticos existentes no Brasil até 2018, a partir de uma série de variáveis, desenvolvidas a partir das normas e princípios constitucionais e legais aplicáveis aos partidos, examinadas a*

Como citar esse artigo/How to cite this article: SALGADO, Eneida Desiree. Intra-party democracy index: a measure model from Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 107-136, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.74101.

\* Professor of Constitutional Law and Electoral Law at the Federal University of Paraná (Curitiba-PR, Brazil). Eneida Desiree Salgado earned her Ph.D. in Public Law from the Federal University of Paraná; her thesis focused on demonstrating the constitutional foundations of Brazilian Election Law. Her Master Degree in the same University concentrated in the constituent process and the democratic project. Dr. Salgado worked on the Electoral Court from 1995 to 2008 and has been a Constitutional Law and Election Law Professor at the Federal University of Paraná since 2008. She performed postdoctorate research on the National Autonomous University of Mexico, working on electoral integrity and election authorities; another postdoctorate research was on Political Science Program on the Federal University of Paraná, creating an intraparty democracy index. She has writings about political reforms, access to information, transparency and social control, gender quotes, judicial activism, fundamental rights, constitutional amendments, democratic theory, political parties, and electoral systems. Dr. Salgado is currently Constitutional Law and Election Law Professor at the Federal University of Paraná, leader of the Constitutional Research Center and coordinator of Politics from/by/for Women Project. She is a Visiting Scholar at the Jack W. Peltason Center for the Study of Democracy (CSD), University of California, Irvine. E-mail: desisalg@gmail.com.

specialized literature, which were translated into questions, whose respective answers were transformed into data, presented as tables, which present the degrees of internal democracy of the Brazilian political parties. The results obtained indicate a low level of internal democracy in the parties, with little use of democratic mechanisms for their organization and decision-making. The investigation demonstrated the need to extend the study to concrete party practices, as well as research on how to make the functioning of parties more plural, which was not the subject of the investigation. It is concluded that even after the Brazilian re-democratization, political parties use oligarchic practices, incompatible with the Brazilian Constitution and with the democratic principle itself.

**Keywords:** political parties; internal organization of political parties; Brazilian Electoral Law; statutes of political parties; intra-party democracy.

*partir da literatura especializada, traduzidas em perguntas, cujas respectivas respostas foram transformadas em dados, apresentados a partir de tabelas, as quais apresentam os graus de democracia interna dos partidos políticos brasileiros. Os resultados obtidos indicam um baixo nível de democracia interna nos partidos, com pouco uso de mecanismos democráticos para sua organização e tomada de decisões. A investigação demonstrou a necessidade de extensão do estudo para as práticas partidárias concretas, bem como a pesquisa acerca de como tornar mais plural o funcionamento dos partidos, o que não foi objeto da investigação. Conclui-se que mesmo após a re-democratização brasileira os partidos políticos se utilizam de práticas oligárquicas, em desconformidade com a constituição brasileira e com o próprio princípio democrático.*

**Palavras-chave:** partidos políticos; organização interna de partidos políticos; sistema eleitoral brasileiro; estatutos de partidos políticos; democracia intrapartidária.

## CONTENTS

1. Introduction: Partisan Democracy and democracy within parties; 2. The model for measuring intra-party democracy; 3. The degree of internal democracy of Brazilian political parties; 4. Conclusion: the low degree of democracy in Brazilian parties; 5. References.

### 1. INTRODUCTION: PARTISAN DEMOCRACY AND DEMOCRACY WITHIN PARTIES

Democracy has not always been representative and representative democracy has not always been associated with political parties. After the spread of universal suffrage on the Western World, representation became an essential mechanism for managing the participation of individuals in the democratic politics. Although there is no ontological connection between the idea of democracy and the existence of political parties, the increasing professionalization of politics during the 20th century has been accompanied by a tendency to monopolize the presentation of candidates through political parties. As a result, the key to representation, a fundamental part of contemporary democracies, lies within the partisan dominion. The link between representation and partisan affiliation, which endured for more than half of the 20th century and was absolutely consistent with the prominence of partisan associations as promoters of political awareness and public debate, can still be observed today, despite the rivalry of social movements and the low ability of political parties to aggregate supporters and channel social interests.

In Brazil, political parties are favoured by the Constitution with a very particular legal regime. For instance, the Constitution indicates partisan affiliation as a condition

of eligibility for running for office<sup>1</sup> (art. 14, §3, item V). It also assures parties, through Chapter V of Title II (Fundamental Rights and Guarantees), complete autonomy to define their internal structure, organization, and functioning, which are regulated by the Law on Political Parties (9,096/1995). The imposition of partisan affiliation as a condition of eligibility, when combined with the legal determination that the candidate's registration can only be issued by presenting the party conference minutes where the candidate was chosen (Law No. 9,504/1997, art. 11, §1, item I) establishes a partisan monopoly on the presentation of candidatures.

Due to this total control of partisan associations over the alternatives presented to the electorate, there are those who claim the existence of a *State of Parties*,<sup>2</sup> in which the functioning of political institutions is essentially connected to a partisan system. While this bears some truth in the Brazilian context, there are nevertheless power structures that function, at least normatively, independently of political parties, such as the Judiciary, the Prosecution Service of the Union, and the Courts of Accounts. Thus, one can speak more precisely of a *State with Parties* or, even more rigorously, of a *Partisan Democracy*, in which the institutions that demand direct democratic legitimation require political parties for their composition and functioning.

The Brazilian constitutional democracy is, without a doubt, a partisan democracy, by explicit decision of the constituent power. In the same way, a systematic reading of the Constitution makes it possible to recognise the obligation of political parties to function and be organised democratically. The stipulation for the preservation of the democratic regime indicated in the Article 17, combined with the application of the theory of horizontal effect of fundamental rights,<sup>3</sup> establishes that the parties, in addition to being instruments for the implementation of formal democracy, must also be internally democratic.

Given Brazil's status as a partisan democracy, and given related constitutional commitments to the internal democratic functioning of political parties, it is critical to examine the extent to which Brazilian citizens have access to political candidates who emerge from democratically governed political parties.

<sup>1</sup> There is a peculiarity regarding the military, since the Constitution grants them the right to run for elected office (art. 14, §8), but prohibits them from partisan affiliation (art. 142, §3, item V). In order to ensure the principle of the unity of the Constitution, the Superior Electoral Court's rule, in paragraph 1 of article 14 of Resolution No. 21.608/2004, established: "§ 1 The condition of eligibility relative to party affiliation indicated in article 14, § 3, item V, of the Constitution of The Federative Republic, is not required of militarys on active service who intend to run for elective office, with the request for candidacy registration being enough, after previous designation in a party conference" (free translation).

<sup>2</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1996 [1986].

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Literature on Law is not prolific in dealing with the issue of intra-party democracy, especially in Brazil. A book published in 1966 by Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup> deals with the theme, as does a recent dissertation by Raymundo Campos Neto.<sup>5</sup> In a search conducted in April 2017 in the Virtual Library Network using the term “democracia interna” in the title and subject fields, twelve records were found: five were articles on trade unions, one on social movements, one on the Judiciary, one on theoretical models of analysis of internal democracy in formal organizations<sup>6</sup>, and four on political parties. Of the latter four, two examined foreign systems<sup>7</sup> and two dealt with the Brazilian perspective<sup>8</sup>. In a second search using the terms “partidos políticos” and “democracia” in the title, thirty-one articles were uncovered: the four previously found, eight on foreign systems<sup>9</sup>, three newspaper articles dealing superficially with the subject<sup>10</sup>, one exploring the association between political parties and environmental law, and fourteen discussing the relationship between political parties and democracy (without

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas Constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

<sup>5</sup> CAMPOS NETO, Raymundo. **A democracia interna nos partidos políticos brasileiros**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

<sup>6</sup> Published in Revista de Administração Pública in 1971.

<sup>7</sup> LOMBARDI, Giorgi. Corrientes y democracia interna de los partidos políticos. **Revista de estudios políticos**, n. 27, pp. 7-28, mayo/jun. 1982. GARCÍA ROCA, F. Javier; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. Democracia interna y control de los partidos políticos - cronica del encuentro italo-español de octubre de 1983. **Revista de estudios políticos**, n. 42, pp. 239-268, nov./dic. 1984.

<sup>8</sup> SALGADO, Eneida Desiree; PÉREZ HUALDE, Alejandro. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. **A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 60, pp. 63-83, abr./jun. 2015. CERQUEIRA, Marcelo. Partidos políticos : democracia interna e financiamento de campanha: a reforma política e o jardineiro infiel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 B, pp. 343-364, 2006. It should be noted that the former also works with the Argentinean reality.

<sup>9</sup> AGUIAR, Joaquim. Democracia pluralista, partidos políticos e relação de representação. **Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais**, v. 24, n. 100, pp. 59-76 1988. ORTEGA, Marvin. Democracia y partidos políticos en Nicaragua. **Pensamiento iberoamericano: revista de economía política**, n. 14, pp. 231-237, jul./dic. 1988. RODRIGUEZ ALVAREZ, Maria Pilar. El principio de democracia en la estructura y funcionamiento de los partidos políticos. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, n. 81, pp. 291-300, 1993. SENA, Jorge F. Malem. Financiación de partidos políticos, democracia y corrupción. **Revista dos Mes-trandos em Direito Econômico da UFBA**, n. 6, pp. 377-417, jan./dez. 1998. HILLMAN, Richard S.; D'AGOSTINO, Thomas J. Partidos políticos, opinião pública e o futuro da democracia na Venezuela. **Opinião pública**, v. 6, n. 1, pp. 55-76, abr. 2000. CRUZ, Ilídio. O papel dos partidos políticos numa democracia multipartidária. **Paraná Eleitoral**, n. 40, p. 63-68, abr./jun. 2001. ALMAGRO CASTRO, David. Democracia y financiación de los partidos políticos en España. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, pp. 535-558, jul./dez. 2014.

<sup>10</sup> BICUDO, Hélio. A Democracia nos partidos políticos. **O Estado de São Paulo**, n. 36279, 15 fev. 1993. cader-no Economia & Negócios / coluna Espaço Aberto, p. 2. CENEVIVA, Walter. Mudanças na lei dos partidos políticos garantirão a democracia. **Folha de S. Paulo**, n. 23384, 11 abr. 1993. caderno Cotidiano / coluna Letras Jurídicas, pp. 4-2. DIRCEU, José. A democracia e os partidos políticos. **O Estado de São Paulo**, n. 36270, 6 fev. 1993. caderno Economia & Negócios / coluna Espaço Aberto, p. 2.



dealing with the issue of democracy in the internal functioning of parties)<sup>11</sup>. Only one article was dedicated to the internal democracy of political parties<sup>12</sup>.

Concurrently, searches with various terms were conducted in the Social Science Research Network to uncover articles outside of the legal discipline. The term “internal democracy” resulted in four articles, all dealing with different realities, whether in the state field in a broad sense<sup>13</sup> or in relation to parliamentary functioning<sup>14</sup>, but none of them were about Brazil. In the search for the term “political parties”, of the nineteen papers found, only three (all by the same author) focused on the internal democracy of political parties, although tangentially and drawing on an analysis of the Mexican system<sup>15</sup>. By combining the terms “candidate selection” and “political parties”, thirty papers

<sup>11</sup> BORJA, Célio. Os Partidos políticos e a democracia brasileira. **Segurança & desenvolvimento**, v. 21, n. 149, pp. 111-117, 1972. REALE, Miguel. Os partidos políticos e a democracia no ocidente e no Brasil. **Segurança & desenvolvimento**, v. 30, n. 186, pp. 47-56, 1981. GRIMM, Dieter. Os partidos políticos como pressupostos ou ameaças para a democracia. **Revista de direito constitucional e ciência política**, v. 4, n. 6, pp. 85-100, jan./jun. 1988. JUCA, Francisco Pedro. Democracia e partidos políticos. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará**, v. 1, n. 1, pp. 109-139, 1988. CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os Partidos políticos e a democracia. **Revista de ciência política / Instituto de Direito Público e Ciência Política**, v. 33, n. 2, pp. 11-25, fev./abr. 1990. COSTA, Alcir Molina de. Democracia e partidos políticos. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 10, n. 13, pp. 219-221, 1998. STOKES, Susan C. Son los partidos políticos el problema de la democracia en America Latina? **Política y gobierno**, v. 5, n. 1, pp. 13-46, jan./jun. 1998. TEODORO, Luiz Cláudio de Almeida. Partidos políticos e democracia no Brasil. **Caderno de filosofia e ciências humanas**, v. 6, n. 10, pp. 144-150, abr. 1998. MEZZAROBBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**, v. 22, n. 43, p. 29-44, dez. 2001. MORAES, Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Partidos políticos, eleições e a justiça eleitoral na construção da democracia no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 3, pp. 291-313, jan./jun. 2004. BARREIRO NETO, Jaime. Os partidos políticos como elementos essenciais à democracia moderna. **Semestre eleitoral**, v. 12, n. 1/2, pp. 9-44, jan./dez. 2008. CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 949, pp. 39-67, nov. 2014. KLEIN, Antonio Carlos. Os partidos políticos e o paradoxo da democracia representativa. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 16, pp. 369-390, dez. 2014. MARANHÃO, Jarbas. Partidos políticos e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 245-249, jan./mar. 2014. YURTSEVER, Leyla Viga. A crise da democracia representativa e os partidos políticos no Brasil. **L & C: Revista de Administração Pública e Política**, v. 17, n. 194, pp. 10-19, ago. 2014.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, José Eleares Marques. Democracia nos partidos políticos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 2, n. 8, pp. 83-98, jul./set. 2003.

<sup>13</sup> ARANA, Xabier; HOGG, Alison H. Drug Policy and the Ultima Ratio in a Social and Democratic State, Spain (January 15, 2013). **Oñati Socio-Legal Series**, Vol. 3, No. 1, 2013. ARENAS CATALÁN, Eduardo Salvador. Democracy as a Legitimizing Principle for the Current Chilean Constitution: External and Internal Perspectives (August 11, 2006). LALANDER, Rickard. Venezuela 2010-2011: Polarización Y Radicalización Del Proyecto Socialista (September 2, 2012). **Revista de Ciencia Política** Vol. 32, No.1, 2012.

<sup>14</sup> GIL-LAFUENTE, Jaime; ROJAS-MORA, Julio; ACUNA-AGOST, Rodrigo. Y Ahora con Quién Tenemos Que Pactar? Modelo Matemático Para la Obtención de Coaliciones de Gobierno en una Democracia Parlamentaria (March 23, 2009). Proceedings of the XXIII Anual Congress of the AEDEM, 2009.

<sup>15</sup> MARTÍN REYES, Javier. De jueces, militantes y dirigencias partidistas: un panorama cuantitativo del control jurisdiccional de los conflictos intrapartidistas en México - 1996-2006. **Vereadas**, Xochimilco, v. 25, p. 177-208, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341384>; MARTÍN REYES, Javier. El tribunal de los militantes: el control judicial de los conflictos intrapartidistas en México. **América Latina Hoy**, Salamanca, v. 62, p. 131-153, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341351>; MARTÍN REYES, Javier. Un garantismo en tensión: la primera integración del TEPJF y el control jurisdiccional de la vida interna de los partidos políticos. **Justicia Electoral**, vol. 1, n. 10, p. 223-266, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341379>.

appeared, of which nine were dedicated to the theme. Of these, one had already been located through another search, six presented local studies, including one focusing on Latin America<sup>16</sup>, one discussed the replacement of parliamentarians, and one examined candidate selection from a gendered perspective<sup>17</sup>.

Two specific studies were referenced in several of the aforementioned studies on the subject, and were indicated by experts as being important to our understanding of the intra-party democracy to date: *“Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania”*, by Benjamin von dem Berge, Thomas Poguntke, Peter Obert and Diana Tipei<sup>18</sup>, and *“An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration”*, by Gideon Rahat and Assaf Shapira<sup>19</sup>. Based on the extensive use of these studies, they are used in this article to elaborate the model for measuring the degree of internal democracy of Brazilian political parties.

The first model presents a set of categories for measuring intra-party democracy based on three axes: rights of affiliates, organizational structure, and decision-making process. The third axis (decision-making process) includes two sub-categories: programmatic issues, and recruitment<sup>20</sup>. The second model presents an index of intra-party democracy, which takes into account five dimensions: participation, representation, competition, responsiveness, and transparency. More broadly, the proposal of these authors is to analyse both the formal party rules and the actual behaviour of the parties. In their framework, the index score is calculated from questions established for each dimension, with weights assigned to each dimension by the authors. The dimensions have different weights in the final index: thirty points are given for participation, twenty points for each of representation and competition, and fifteen points for each of responsiveness and transparency.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> ARAGON, Fernando M. Candidate Nomination Procedures and Political Selection: Evidence from Latin American Parties (January 2009). **LSE STICERD Research Paper** No. EOPP003.

<sup>17</sup> FORTIN-RITTBARGER, Jessica and RITTBARGER, Berthold. Nominating Women for EP Elections: Exploring the Role of Political Parties' Recruitment Procedures (2014). **APSA 2014 Annual Meeting Paper**.

<sup>18</sup> BERGE, Benjamin von dem; POGUNTKE, Thomas; OBERT, Peter; TIPEI, Diana. **Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania**. SpringerBriefs in Political Science, 2013.

<sup>19</sup> RAHAT, Gideon; SHAPIRA, Assaf. **An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration**. **Parliamentary Affairs**, p. 1-27, 2016.

<sup>20</sup> BERGE, Benjamin von dem; POGUNTKE, Thomas; OBERT, Peter; TIPEI, Diana. **Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania**. SpringerBriefs in Political Science, 2013.

<sup>21</sup> RAHAT, Gideon; SHAPIRA, Assaf. **An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration**. **Parliamentary Affairs**, p. 1-27, 2016.

Although Robert Michels argues about the inevitability of a hierarchical and fundamentally undemocratic partisan organization,<sup>22</sup> such conclusions are not addressed here, nor are criticism on the permanent functioning<sup>23</sup> or existence of political parties.<sup>24</sup> Rather, this study is based on the adoption of the democratic regime by the 1987 constituents and the mandatory observance of the democratic principle by political parties. In other words, the starting point of this study is the need, derived from Brazil's constitutional command, for the democratic organization of political parties. As noted above, and building on the two aforementioned indices, this study, drawing on Political Science and Law, proposes an index for measuring intra-party democracy that is applicable to Brazilian political parties, based on the demand for democracy imposed by the Constitution and the Law on Political Parties.

## 2. THE MODEL FOR MEASURING INTRA-PARTY DEMOCRACY

In a Democratic State governed by the Rule of Law, it is presumed that the exercise of political power is legitimised by the democratically expressed consent of the governed citizens. In a representative democracy, the designation of candidates, who will be presented as alternatives by the political parties to the electorate, must take place in a democratic manner, as must the formation of the parties' political bodies and the development of their guidelines. However, these concerns are not part of the normative set of considerations related to Brazilian political parties: the Constitution limits itself to determining that the parties must preserve the democratic regime; the legislation on political parties does not go further.

Some of the authors who deal with the issue place great emphasis on the autonomy of the parties as a way of protecting fundamental rights, since partisan autonomy is provided through Article 17 of Title II of the Constitution (Fundamental Rights and Guarantees). However, other fundamental rights also guaranteed, such as the right of association and the right to present oneself as an alternative to the electorate, do not seem to be promoted and protected with the same determination. There is no doubt, however, that political parties must function democratically, at least from a legal perspective, in view of their role in democratic states. Perhaps, from other perspectives, efficiency could take the place of democracy for the evaluation of political parties. However, for they are subjected to the constitutional order, the democratic value is already determined.

<sup>22</sup> MICHELS, Robert. **Los partidos políticos**. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna. 2 vols. Buenos Aires: Amorrortu, 2008 [1962].

<sup>23</sup> OSTROGORSKI, Moisei. **La democracia y los partidos políticos**. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [1912].

<sup>24</sup> WEIL, S. **Sobre a supressão dos partidos políticos**. São Paulo: Iluminuras, 2018 [1940].

Since the Law on Political Parties does not provide a very detailed regulation of partisan processes, the construction of a model for measuring the degree of internal democracy cannot be based solely on the legislation. The proposal presented here seeks to combine the constitutional and legal design with the contributions of the literature, based on the contributions of Berge, Poguntke, Obert and Tipei<sup>25</sup>, and Rahat and Shapira.<sup>26</sup> From the premise that democracy means participation and control, this study asserts that partisan processes should be considered democratic when they allow participation and control by the affiliates in two dimensions: organizational structure and decision-making process. The third aspect presented by Berge *et alli*,<sup>27</sup> rights of affiliates, are incorporated in the construction of the two other dimensions through its sub-categories – rights of affiliates in general and minority rights. In the two dimensions, the perspectives presented by Rahat and Shapira are also incorporated: (i) participation, (ii) representation, (iii) competition, (iv) responsiveness and (v) transparency.<sup>28</sup> In all items, the assembly and plebiscitary aspects will be considered, as indicated by Poguntke, Scarrow and Webb.<sup>29</sup>

The construction of the model is based on the Brazilian reality that partisan politics are determined by the Constitution, and by the stipulations found on the Law on Political Parties. Drawing on these two instruments, in relation to the two dimensions indicated, the statutes of the 35 parties registered in 2018 were analysed based on the 31 variables of the model (which were transformed into yes-no questions) as shown in Tables 1 and 2.

In order to avoid ideological bias in the assessment of parties' statutes, each statute was examined by two more researchers<sup>30</sup>. In the first round of analysis, which served as a pre-test of the variables, 264 divergences were found in the 1085 responses, that is, there was a discrepancy of 24.33%. In the evaluation of these divergences, it was observed that most of them derived from an equivocal interpretation of the question, for example, considering whether the requirement of support from a certain number

<sup>25</sup> BERGE, Benjamin von dem; POGUNTKE, Thomas; OBERT, Peter; TIPEI, Diana. **Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania.** SpringerBriefs in Political Science, 2013.

<sup>26</sup> RAHAT, Gideon; SHAPIRA, Assaf. An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration. **Parliamentary Affairs**, p. 1-27, 2016.

<sup>27</sup> BERGE, Benjamin von dem; POGUNTKE, Thomas; OBERT, Peter; TIPEI, Diana. **Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania.** SpringerBriefs in Political Science, 2013.

<sup>28</sup> RAHAT, Gideon; SHAPIRA, Assaf. An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration. **Parliamentary Affairs**, p. 1-27, 2016.

<sup>29</sup> POGUNTKE, Thomas; SCARROW, Susan E.; WEBB, Paul D. Party rules, party resources and the politics of parliamentary democracies: How parties organize in the 21st century. **Party Politics**, 2016.

<sup>30</sup> Scientific Initiation researchers: Anderson Kwan, Erick Nakamura, Gustavo Correa, Juliano Pietzack, Rafaela Chiarello, Raul Nicolas, Rayssa Porto, and Wesley Bergonzine.

of members to compose a slate would be an obstacle to the possibility of any affiliate presenting themselves as a candidate to the partisan bodies.

With the justifications of the variables, also presented in Tables 1 and 2, a new assessment of each party's statute was conducted, using all 31 variables in the proposed model. In this final round, eleven disagreements (1.35%) remained. In these cases, the final responses were attributed according to the normative force of the stipulations. For example, the variable on the participation of minorities did not receive a positive response if a party's statute provided that the party would "emphasize the participation of young people and women in the electoral process," unless the statute also included a mandatory reserve of vacancies for specific historically excluded groups.

The model is composed of variables constructed from the literature, whether directly or indirectly, and also from the Brazilian Constitution. For example, the variable "form of election" is considered democratic when it incorporates proportional representation, based on the understanding of scholars about the advantages of adopting this principle for democracies (even though they have not dealt with its application to party structures) and also on the Brazilian constituent choice of proportional representation.

A value of 0 was given for each negative answer and a value of 1 was given for each affirmative answer. Each dimension and each indicator has a maximum value of 1, as well as the intra-party democracy index (IDI), which is determined by the average of the scores of the indicators, considering that each indicator has a different number of variables. The closer to 0, the less democratic the party is in general and also in each dimension and in each of the indicators. A party that met all of the democratic demands would achieve a score of 1.

**TABLE 1. IDI ANALYTICAL MODEL: EXPLAINED VARIABLES, EMPIRICAL CONCEPTS AND SOURCES IN THE LITERATURE (ORGANIZATIONAL STRUCTURE)**

Indicator	Variable	What is measured	Justification	Sources
1. Composition of the partisan bodies	1.1. Form of election	Is there statutory provision for the participation of minority slates in the composition of management bodies, with the adoption of a proportional system?	The adoption of the proportional principle for elections is more democratic than the majority principle, as it allows minority party currents to participate in decision-making	Mill (1981 [1861]); Alencar (1991 [1868]); Salgado (2015); Nunes (2015); Collier and Cordeiro (2018).
	1.2. Requirements for candidacy	Is there a statutory provision for the possibility of any affiliate presenting herself as a candidate for internal bodies (with the exception of the requirement of compliance with financial obligations)?	Broad access to party positions, without the need for extended time for party affiliation or support, is more democratic in view of the potential universality of passive suffrage.	Gallo (2005); Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013); Collier and Cordero (2018)
	1.3. Minority rights	Is there provision for the necessary participation of minorities (women, blacks, young people, indigenous people) in the composition of partisan bodies?	The introduction of historically and culturally subaltern groups into partisan bodies through an express and effective choice of statutes composes a pluralistic characterization of democracy	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013); Collier and Cordero (2018)
	1.4. Term of office	Is the term of office of managers defined in the bylaws as four years or less?	The term of office of up to 4 years is considered democratic by analogy with the Brazilian constituent option for this period	
	1.5. Possibility of re-election	Is there a statutory ban on re-election of officers?	Re-election slows down the alternation of power, an essential element of democracy	

	1.6. Possibility of interruption of term of office	Is there a statutory provision for removing officers from office before the end of their term of office?	The provision for cases of dismissal of officers before the end of the term of office prevents the possibility of abusive exercise of power by the officers.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
	1.7. Accountability to affiliates	Do officers have a statutory duty to publicly present the accounts of their management and the activities performed?	Transparency in the exercise of party mandates enables control by affiliates and promotes democracy within parties.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
2. Conflict resolution system	2.1. Composition of the responsible body	Is the body responsible for conflict resolution elected by the members and inclusive of representatives of minorities?	The choice of affiliates for the members of the body responsible for conflict resolution prevents their training in the interests of the leaders and the integration of representatives of minorities implies greater plurality in decisions.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
	2.2. Existence of procedural rules	Does the statute clearly provide for the procedure for the resolution of conflicts between bodies?	The express provision of dispute resolution procedures allows the parties to know in advance how they will be resolved and can trigger the statute in case of noncompliance, which avoids the misuse of power by the members of the body.	
	2.3. Guarantee of adversarial proceedings	Is there a statutory provision for the contradictory?	The contradictory and the broad defence are indispensable elements for the configuration of a democratic procedure.	Gresta (2014)

	<p>2.4. Composition of disciplinary bodies</p>	<p>Is the body responsible for investigating disciplinary shortcomings elected and composed with the participation of minority representatives?</p>	<p>The choice of affiliates for members of the body responsible for the determination of disciplinary faults reflects participation and control.</p>	<p>Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)</p>
	<p>2.5. Functioning of disciplinary bodies</p>	<p>Is the body responsible for investigating disciplinary deficiencies permanent and are its procedures provided for in the statute?</p>	<p>The permanent nature of the body responsible for the investigation of disciplinary deficiencies prevents its formation in accordance with the interest of the leaders and the provision of the procedures guarantees the possibility of activating the statute in case of lack of effectiveness of the rights of defense.</p>	
	<p>2.6. Classification of punishments</p>	<p>Are disciplinary faults and their punishments provided for in the statute?</p>	<p>Given the impact of fundamental rights on private relations and the political parties' monopoly on the submission of candidacies, the existence of punishments without strictly definition is not democratic.</p>	
	<p>2.7. Comprehensive defense guaranteed</p>	<p>Do members subjected to disciplinary proceedings have adequate time (3 days or more) to present their defence?</p>	<p>The period of three days for the defense derives from the usual period for electoral appeals provided for in the Electoral Code (art. 258).</p>	



	2.8. Possibility of appeals	Can sanctioned members lodge appeals against their conviction?	The possibility of giving reasons for non-conformity with the decision given and the right to receive a further assessment of the case are components of democratic processes.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
	2.9. Publicity of resolutions	Are the decisions of conflict resolutions and punishments public?	Publicising decisions on conflicts and punishments allows affiliates and society to control the contentious procedures of political parties.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
3. Relationship between the partisan bodies	3.1. Decentralization of the party	Do partisan state and local agencies have decision-making power over coalitions, distribution of resources, and selection of candidates?	The decentralization of decisions - despite the national character of political parties determined by the Constitution - corresponds to a democratic ideal of participation and control.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013); Collier and Cordero (2018)
	3.2. Decentralisation of resources	Is there provision for the allocation of public resources to state and local bodies?	The existence of resources guaranteed to local bodies preserves their capacity for action and makes the decentralization of power more effective.	
	3.3. Overcoming local decisions	Are there express statutory provisions for the replacement or removal of decisions taken by local bodies by national bodies?	The faculty for local authorities to take decisions is enhanced by expressly providing the possibility of overlapping a local decision by a resolution of the national body.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)

	3.4. Dissolution of directories	Is there a statutory ban on the dissolution of state and local directories by national agencies?	Another relevant development for the guarantee of party decentralization is the impossibility of dissolving subnational directories.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
	3.5. Provisional committees	Is there a statutory ban on nationally appointed provisional commissions that may exist for more than six months?	The provisional commissions, freely appointed and removed, do not allow the participation and control of the action of the leaders, having a clear anti-democratic character.	

**TABLE 2. IDI ANALYTICAL MODEL: EXPLAINED VARIABLES, EMPIRICAL CONCEPTS AND SOURCES IN THE LITERATURE (DECISION-MAKING PROCESS)**

Indicator	Variable	What is measured you	Justification	Sources
4. Definition of the program	4.1. Decentralization in the definition of the party program	Is there a statutory requirement for the participation of state and municipal agencies in the preparation and reform of the party program?	The participation of local bodies in redefining the organisation and functioning of the party is a measure of party decentralisation, one of the facets of internal democracy.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013)
	4.2. Inclusion in the definition of the party program	Is there a statutory provision for the participation of affiliates in the elaboration and reform of the party program?	The permeability of the process of drafting and reforming the statute through the participation of affiliates is directly related to the demand for participation and control that make up the notion of democracy.	Rahat and Shapira (2015)

	<p>4.3. Decentralization in the definition of the government program</p>	<p>Is there a statutory requirement for the participation of partisan state and municipal agencies in the preparation of the government program of the candidate for President of the Republic and municipal agencies, in that of the candidate for government?</p>	<p>In a system of personified presidentialism, the government program for the leadership of the Executive is an important document for the party's communication with society and, thus, it is relevant for the democratic character of the party the decentralization of the discussion and the formulation of the program.</p>	<p>Berge, Poguntke, Obert and Típei (2013)</p>
	<p>4.4. Inclusion in the definition of the government program</p>	<p>Is there statutory provision for the participation of affiliates in the elaboration of the government program?</p>	<p>The participation of affiliates in the elaboration of the program represents a democratic aspect of the formulation of the government proposal.</p>	<p>Rahat and Shapira (2015)</p>
	<p>4.5. Decision on coalitions</p>	<p>Is there statutory provision for the participation of members in the decision on the formation of coalitions in the three federal spheres?</p>	<p>Coalition-building implies not only a symbolic link with one or more parties with different programs, but also has a significant impact on the chances of candidate affiliates; thus, decision making on coalition-building is important and should be done democratically.</p>	
<p>5. Recruitment</p>	<p>5.1. Requirements for the submission of applications</p>	<p>Is there provision in the articles of association for all members to be able to present themselves as candidates in the agreements, in addition to the requirement of financial obligations?</p>	<p>The requirement for support from a large number of members for the registration of candidates or slates for the nomination decreases the possibility of democratic participation of affiliates.</p>	<p>Freidenberg (2003); Berge, Poguntke, Obert and Típei (2013)</p>

	5.2. Participation of minorities	Does the party statute provide for the participation of minorities (women, blacks, young people and indigenous people among the candidates?	The participation of minorities on the party list is an essential element for the democratic characterisation of a party.	Berge, Poguntke, Obert and Tipei (2013); Salgado (2015)
	5.3. How to define applications	Is there provision in the articles of association for the equal participation of members in the definition of party candidates?	Equal voting in the formation of the list has a democratic aspect because it diminishes the influence of party leaders and delegates in the determination of candidates.	Freidenberg (2003); Gallo (2005); Rahat and Shapira (2015)
	5.4. Distribution of free advertising time	Does the statute provide for equal distribution of free advertising time among candidates for the same position?	Equality between the affiliates on the list, which is a democratic requirement, is only characterised by equal access to party resources for the electoral campaign.	
	5.5. Distribution of resources	Do the Staff Regulations provide for equal distribution of public resources between candidates running for the same position?	Equality between the affiliates on the list, which is a democratic requirement, can be characterised by equal access to party resources for the electoral campaign.	

### 3. THE DEGREE OF INTERNAL DEMOCRACY OF BRAZILIAN POLITICAL PARTIES

The model was applied to the analysis of the statutes of each of the 35 parties registered at the Superior Electoral Court, with “yes” (= 1) or “no” (= 0) answers given to each of the questions/variables. Thus, it was possible to achieve the intra-party democracy index (IDI) for each of the associations, in addition to evaluating the statutes in each of the dimensions and indicators.

The IDI is not the average between the indexes of each of the two dimensions. It was calculated taking into account that all five indicators, divided into the two dimensions, have equal weight for the formation of the index and, therefore, the sum of the indicator values should be divided by five so that the index also has a value between 0 and 1.

<b>TABLE 3. FINAL RESULT: INTRA-PARTY DEMOCRACY INDEX (IDI)</b>	
<b>Political party</b>	<b>IDI</b>
REDE	0.56
PT	0.48
PTB	0.43
PPL	0.41
PSB	0.40
PMB	0.39
DEM	0.38
PPS	0.38
PP	0.37
MDB	0.36
PSD	0.36
PSL	0.36
PSOL	0.36
PDT	0.34
PCdoB	0.33
PSDB	0.33
PSC	0.31
PRTB	0.30
AVANTE	0.29
PRB	0.28
PV	0.28
PROS	0.28
SD	0.27
PATRIOTA	0.26
PMN	0.25
PRP	0.24
PSDC	0.23

PODE	0.23
PCB	0.21
PR	0.21
PTC	0.19
NOVO	0.17
PSTU	0.15
PHS	0.12
PCO	0.10

Source: the author

REDE Sustentabilidade (REDE) was the only party that presented an IDI above 0.50. Only four other parties scored 4.0 points or more and ten parties fell below 0.25. The strong performance of REDE can be largely attributed to the great decentralization in the decision-making process, since it was in this variable that the party obtained more points.

Three indicators form the organizational structure dimension: composition of the partisan bodies, the conflict resolution system, and the relationship between the partisan bodies. In this dimension, REDE still performed the best, but with the same index attributed to Partido dos Trabalhadores (PT) and very close to that shown by Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

Taking into account each indicator individually, other parties emerge with higher indexes of internal democracy. When considering the composition of the partisan bodies alone, the Partido Popular Socialista (PPS) has the highest index (0.86), followed by REDE, PT, Partido Progressista (PP), and the Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), all with 0.72.

PTB has the highest index for the conflict resolution system (0.77) and eight parties have a 0.66 index for this indicator: REDE, PT, Partido Pátria Livre (PPL), Partido da Mulher Brasileira (PMB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), and Partido Republicano Progressista (PRP). The Partido da Classe Operária (PCO) did not respond positively to any of the questions regarding this indicator and the second worst performance is that of PSDB, with only one positive response.

Finally, considering the relationship between the partisan bodies, none of the parties answered affirmatively to more than three questions. Eleven parties scored 0.60 (REDE, PT, PTB, Partido Socialista Brasileiro (PSB), PMB, PPS, Movimento Democrático Brasileiro (MDB), Partido Social Democrático (PSD), PSDB, Partido Social Cristão (PSC)

and Partido Verde (PV)). The Partido Comunista Brasileiro (PCB), the Partido Trabalhista Cristão (PTC), the Partido Novo (NOVO) and the Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) did not achieve any positive response in the indicator.

**TABLE 4. VALUES OF THE “ORGANIZATIONAL STRUCTURE” DIMENSION IN THE THREE INDICATORS MEASURED**

<b>Political parties</b>	<b>Composition of the partisan bodies (A)</b>	<b>Conflict resolution system (B)</b>	<b>Relationship between the partisan bodies (C)</b>	<b>Organizational structure (A+B+C/3)</b>
REDE	0.72	0.66	0.60	0.66
PT	0.72	0.66	0.60	0.66
PTB	0.57	0.77	0.60	0.65
PPL	0.57	0.66	0.40	0.54
PSB	0.57	0.22	0.60	0.46
PMB	0.29	0.66	0.60	0.52
DEM	0.57	0.55	0.20	0.44
PPS	0.86	0.22	0.60	0.56
PP	0.72	0.55	0.40	0.56
MDB	0.57	0.44	0.60	0.54
PSD	0.57	0.44	0.60	0.54
PSL	0.57	0.44	0.40	0.47
PSOL	0.57	0.44	0.40	0.47
PDT	0.43	0.66	0.20	0.43
PCdoB	0.57	0.66	0.40	0.54
PSDB	0.72	0.11	0.60	0.48
PSC	0.43	0.33	0.60	0.45
PRTB	0.43	0.66	0.40	0.50
AVANTE	0.29	0.55	0.40	0.41
PRB	0.57	0.44	0.40	0.47
PV	0.57	0.22	0.60	0.46
PROS	0.14	0.44	0.40	0.33
SD	0.29	0.44	0.40	0.38

PATRIOTA	0.29	0.22	0.40	0.30
PMN	0.43	0.22	0.40	0.35
PRP	0.14	0.66	0.40	0.40
PSDC	0.43	0.33	0.20	0.32
PODE	0.29	0.44	0.20	0.31
PCB	0.43	0.44	0.00	0.29
PR	0.29	0.55	0.20	0.35
PTC	0.29	0.44	0.00	0.24
NOVO	0.43	0.44	0.00	0.29
PHS	0.00	0.22	0.40	0.21
PSTU	0.43	0.33	0.00	0.25
PCO	0.29	0.00	0.20	0.16

Source: the author. The table is organized by IDI.

There are smaller differences between the parties regarding the decision-making process dimension, primarily because it is made up of fewer variables than the first dimension. It is in this dimension that REDE excels in relation to the other parties, but only in the definition of the program: while it stands out with 0.60 in this indicator, only three parties score 0.40 (PT, PSB and Partido Republicano da Ordem Social (PROS)). Ten answered affirmatively to only one question (PPL, PMB, Democratas (DEM), PP, Partido Social Liberal (PSL), Partido Socialismo com Liberdade (PSOL), PDT, PSDB, Patriota and the Partido Humanista da Solidariedade (PHS)), and twenty-one parties did not record a positive response in any variable regarding the definition of the program.

The indicator relating to the recruitment of candidates and the distribution of resources is the one that received the fewest positive responses. Of the five variables, DEM answered affirmatively to two, 20 parties fulfilled only one of the requirements of internal democracy, and 14, none.



**TABLE 5. VALUES OF THE “DECISION-MAKING PROCESS” DIMENSION IN THE TWO INDICATORS MEASURED**

<b>Political parties</b>	<b>Definition of the program (A)</b>	<b>Recruitment (B)</b>	<b>Decision-making process (A+B/2)</b>
REDE	0.6	0.2	0.4
PT	0.4	0.0	0.2
PTB	0.0	0.2	0.1
PPL	0.2	0.2	0.2
PSB	0.4	0.2	0.3
PMB	0.2	0.2	0.2
DEM	0.2	0.4	0.3
PPS	0.0	0.2	0.1
PP	0.2	0.0	0.1
MDB	0.0	0.2	0.1
PSD	0.0	0.2	0.1
PSL	0.2	0.2	0.2
PSOL	0.2	0.2	0.2
PDT	0.2	0.2	0.2
PCdoB	0.0	0.0	0.0
PSDB	0.2	0.0	0.1
PSC	0.0	0.2	0.1
PRTB	0.0	0.0	0.0
AVANTE	0.0	0.2	0.1
PRB	0.0	0.0	0.0
PV	0.0	0.0	0.0
PROS	0.4	0.0	0.2
SD	0.0	0.2	0.1
PATRIOTA	0.2	0.2	0.2
PMN	0.0	0.2	0.1
PRP	0.0	0.0	0.0

PSDC	0.0	0.2	0.1
PODE	0.0	0.2	0.1
PCB	0.0	0.2	0.1
PR	0.0	0.0	0.0
PTC	0.0	0.2	0.1
NOVO	0.0	0.0	0.0
PHS	0.2	0.0	0.0
PSTU	0.0	0.0	0.0
PCO	0.0	0.0	0.0

Source: the author. The table is organized by IDI.

It is still worth mentioning some characteristics observed through the application of the proposed model that may demonstrate the deficiencies of the Brazilian system with regard to the proposed requirements for intra-party democracy. Of the 35 registered parties, 16 adopt the proportional system for the composition of their bodies and nine reserve vacancies in the directories for minorities, but only six require the bodies and leaders to be actively accountable to their affiliates (PPS, PCdoB, PMN, PPL, REDE and NOVO) and none prohibit the re-election of leaders.

Due process of law and broad defence, which are constitutional principles, are not observed in cases of conflicts between partisan bodies in 20 statutes. When it comes to disciplinary protocols for members, two statutes do not expressly indicate the applicable faults and punishments (PHS and PCO), 16 do not guarantee at least three days for the defence of the affiliate, and in two cases there is no possibility of appeals against the decision (PSDB and PCO). Fourteen parties' statutes do not guarantee funding from the political funding to state bodies, only one forbids the existence of provisional commissions for more than six months (PPS), and none prohibit the dissolution of state directories by national agencies.

In seven statutes there is the possibility of participation of state agencies in the elaboration and reform of party programs (PSDB, PDT, PSB, PSL, PROS, PATRIOTA and PPL) and six allow the participation of affiliates (DEM, PSB, PSOL, PROS, PMB and REDE). Regarding the elaboration of the national government plan, two parties deal with the participation of affiliates (PT and REDE) and only one party refers to the participation of subnational agencies (PP). In relation to the decision on coalitions, the participation of affiliates is stipulated in only two statutes (PT and REDE).

Finally, recruitment appears to be the most deficient area in terms of democratic requirements. Of the 35 statutes, 20 have no other requirements than ordinary financial

obligations for affiliates to be able to be indicated as candidates by the party and only one guarantees minority participation in the nomination (PDT). Also, only one provides for equal distribution of free advertising media time among candidates running for the same position (DEM) and none guarantees equality among affiliates in the definition of candidates or equal distribution of public resources allocated to the parties.

#### **4. CONCLUSION: THE LOW DEGREE OF DEMOCRACY IN BRAZILIAN PARTIES**

The results of applying the model for measuring the intra-party democracy concur with the original hypothesis, which was that parties would tend towards more oligarchic forms of organization. By reading parties' statutes, it is possible to observe that the majority of Brazilian political parties do not ascribe to democratic mechanisms for their internal organization and decision-making processes. Although the lack of permeability of affiliates' opinions in recruiting candidates is more evident, the index of the relationship between the partisan bodies is also low. According to the statutes themselves, there is a concentration of power and resources in the central directories, which is quite a serious issue in a peculiar federation that does not allow the organization of local parties.

In a (supposedly) democratic State, it cannot be conceivable that partisan associations, which maintain a monopoly on presenting alternatives to the electorate and receive both substantial public resources, and indirect funding through free access to mass media, can function without respecting minimum levels of equality, participation, transparency, and control. The 1988 Constitution guarantees political parties autonomy for their organization and functioning, but this does not represent an authorization to deny the constitutional principles that structure the Brazilian State and society more broadly.

The ideal scenario would be a democratization of the parties demanded by their affiliates. However - and here the academic background of the researcher clearly emerges - Law can serve to promote democratization. The elaboration and imposition of legal rules to guarantee internal democracy, while recognizing the difficulty of reaching a consensus on what the legislative requirements for the configuration of a democratic standard for the parties would be, as well as the fundamental rights of the affiliates, does not correspond to a setback in the face of partisan autonomy, but rather to an advance in the development of the constitutionally promised democracy.

A parallel utility for the analysis reported herein would be to consider parties' scores in each dimension to determine the distribution of direct and indirect public resources. This would privilege more democratic parties, and help to replace the current model of favouring parties based on their performance in the previous election. Taking

into account the degree of internal democracy when allocating party funding or the special fund for campaign financing, could foster the adoption of more participatory and democratic ways of party organization and functioning.

An approach such as this would necessitate concrete verification of parties' practices and should not rely solely on parties' statutes. Finally, this analysis of intra-party democracy is a useful starting point for future research. One possibility is to examine whether parties that claim to be more pluralist in their statutes demonstrate more diversity in the composition of their nominees and bodies. Another is to compare the parties' practices as envisaged through their statutes with the speeches of their leaders and other members on the topic of democracy and its scope.

## 5. REFERENCES

AGUIAR, Joaquim. Democracia pluralista, partidos políticos e relação de representação. **Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais**, v. 24, n. 100, pp. 59-76 1988.

ALENCAR, José de. O sistema representativo. In: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Dois escritos democráticos de José de Alencar**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1991 [1868/1874].

ALMAGRO CASTRO, David. Democracia y financiación de los partidos políticos en España. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, pp. 535-558, jul./dez. 2014.

ARAGON, Fernando M. Candidate Nomination Procedures and Political Selection: Evidence from Latin American Parties (January 2009). **LSE STICERD Research Paper** No. EOPP003. <https://ssrn.com/abstract=1546897>.

ARANA, Xabier; HOGG, Alison H. Drug Policy and the Ultima Ratio in a Social and Democratic State, Spain (January 15, 2013). **Oñati Socio-Legal Series**, Vol. 3, No. 1, 2013. <https://ssrn.com/abstract=2200886>

ARENAS CATALÁN, Eduardo Salvador. Democracy as a Legitimizing Principle for the Current Chilean Constitution: External and Internal Perspectives (August 11, 2006). <https://ssrn.com/abstract=2019996>.

BARREIRO NETO, Jaime. Os partidos políticos como elementos essenciais à democracia moderna. **Semestre eleitoral**, v. 12, n. 1/2, pp. 9-44, jan./dez. 2008.

BERGE, Benjamin von dem; POGUNTKE, Thomas; OBERT, Peter; TIPEI, Diana. **Measuring Intra-Party Democracy: A Guide for the Content Analysis of Party Statutes with Examples from Hungary, Slovakia and Romania**. SpringerBriefs in Political Science, 2013.

BICUDO, Hélio. A Democracia nos partidos políticos. **O Estado de São Paulo**, n. 36279, 15 fev. 1993. caderno Economia & Negócios / coluna Espaço Aberto, p. 2.

- BORJA, Célio. Os Partidos políticos e a democracia brasileira. **Segurança & desenvolvimento**, v. 21, n. 149, pp. 111-117, 1972.
- CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 949, pp. 39-67, nov. 2014.
- CAMPOS NETO, Raymundo. **A democracia interna nos partidos políticos brasileiros**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os Partidos políticos e a democracia. **Revista de ciência política** / Instituto de Direito Público e Ciência Política, v. 33, n. 2, pp. 11-25, fev./abr. 1990.
- CENEVIVA, Walter. Mudanças na lei dos partidos políticos garantirão a democracia. **Folha de S. Paulo**, n. 23384, 11 abr. 1993. caderno Cotidiano / coluna Letras Jurídicas, pp. 4-2.
- CERQUEIRA, Marcelo. Partidos políticos: democracia interna e financiamento de campanha: a reforma política e o jardineiro infiel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 B, pp. 343-364, 2006.
- COSTA, Alcir Molina de. Democracia e partidos políticos. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 10, n. 13, pp. 219-221, 1998.
- CRUZ, Ilídio. O papel dos partidos políticos numa democracia multipartidária. **Paraná Eleitoral**, n. 40, p. 63-68, abr./jun. 2001.
- DIRCEU, José. A democracia e os partidos políticos. **O Estado de São Paulo**, n. 36270, 6 fev. 1993. caderno Economia & Negócios / coluna Espaço Aberto, p. 2.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas Constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.
- FORTIN-RITTBERGER, Jessica and RITTBERGER, Berthold. Nominating Women for EP Elections: Exploring the Role of Political Parties' Recruitment Procedures (2014). **APSA 2014 Annual Meeting Paper**. <https://ssrn.com/abstract=2455671>.
- FREIDENBERG, Flavia. **Selección de candidatos y democracia interna en los partidos de América Latina**. Lima: Asociación Civil Transparencia, 2003.
- GALLO, Adriana. La democracia interna en el ámbito partidario. Un estudio comparado en partidos latinoamericanos. **Reflexión política**, pp. 26-39, 2005.
- GARCÍA ROCA, F. Javier; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. Democracia interna y control de los partidos políticos - cronica del encuentro italo-español de octubre de 1983. **Revista de estudios políticos**, n. 42, pp. 239-268, nov./dic. 1984.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **El Estado de partidos**. Madrid: Alianza Editorial, 1996 [1986].
- GIL-LAFUENTE, Jaime; ROJAS-MORA, Julio; ACUNA-AGOST, Rodrigo. Y Ahora con Quién Tenemos Que Pactar? Modelo Matemático Para la Obtención de Coaliciones de Gobierno en una

Democracia Parlamentaria (March 23, 2009). Proceedings of the XXIII Anual Congress of the AED-DEM, 2009. <https://ssrn.com/abstract=1657897>.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRIMM, Dieter. Os partidos políticos como pressupostos ou ameaças para a democracia. **Revista de direito constitucional e ciência política**, v. 4, n. 6, pp. 85-100, jan./jun. 1988.

HILLMAN, Richard S.; D'AGOSTINO, Thomas J. Partidos políticos, opinião pública e o futuro da democracia na Venezuela. **Opinião pública**, v. 6, n. 1, pp. 55-76, abr. 2000.

JUCA, Francisco Pedro. Democracia e partidos políticos. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará**, v. 1, n. 1, pp. 109-139, 1988.

KLEIN, Antonio Carlos. Os partidos políticos e o paradoxo da democracia representativa. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 16, pp. 369-390, dez. 2014.

LALANDER, Rickard. Venezuela 2010-2011: Polarización Y Radicalización Del Proyecto Socialista (September 2, 2012). **Revista de Ciencia Política** Vol. 32, No.1, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2349067>.

LOMBARDI, Giorgi. Corrientes y democracia interna de los partidos políticos. **Revista de estudios políticos**, n. 27, pp. 7-28, mayo/jun. 1982.

MARANHÃO, Jarbas. Partidos políticos e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 245-249, jan./mar. 2014.

MARTÍN REYES, Javier. De jueces, militantes y dirigencias partidistas: un panorama cuantitativo del control jurisdiccional de los conflictos intrapartidistas en México - 1996-2006. **Veredas**, Xochimilco, v. 25, p. 177-208, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341384>.

MARTÍN REYES, Javier. El tribunal de los militantes: el control judicial de los conflictos intrapartidistas en México. **América Latina Hoy**, Salamanca, v. 62, p. 131-153, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341351>.

MARTÍN REYES, Javier. Un garantismo en tensión: la primera integración del TEPJF y el control jurisdiccional de la vida interna de los partidos políticos. **Justicia Electoral**, vol. 1, n. 10, p. 223-266, 2012. <https://ssrn.com/abstract=2341379>.

MEZZAROBBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. **Seqüência**: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, v. 22, n. 43, p. 29-44, dez. 2001.

MICHELS, Robert. **Los partidos políticos**. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna. 2 vols. Buenos Aires: Amorrortu, 2008 [1962].

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981 [1861].

MORAES, Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Partidos políticos, eleições e a justiça eleitoral na construção da democracia no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 3, pp. 291-313, jan./jun. 2004.

NUNES, Georgia Ferreira Martins. **A (i)legitimidade representativa no/do sistema eleitoral proporcional no Brasil**: a (des)necessidade de uma reforma política. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2015.

ORTEGA, Marvin. Democracia y partidos políticos en Nicaragua. **Pensamiento iberoamericano**: revista de economia política, n. 14, pp. 231-237, jul./dic. 1988.

OSTROGORSKI, Moisei. **La democracia y los partidos políticos**. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [1912].

POGUNTKE, Thomas; SCARROW, Susan E.; WEBB, Paul D. Party rules, party resources and the politics of parliamentary democracies: How parties organize in the 21st century. **Party Politics**, 2016.

RAHAT, Gideon; SHAPIRA, Assaf. An Intra-Party Democracy Index: Theory, Design and a Demonstration. **Parliamentary Affairs**, p. 1-27, 2016.

REALE, Miguel. Os partidos políticos e a democracia no ocidente e no Brasil. **Segurança & desenvolvimento**, v. 30, n. 186, pp. 47-56, 1981.

RODRIGUEZ ALVAREZ, Maria Pilar. El principio de democracia en la estructura y funcionamiento de los partidos políticos. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, n. 81, pp. 291-300, 1993.

SALGADO, Eneida Desiree; PÉREZ HUALDE, Alejandro. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. **A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 60, pp. 63-83, abr./jun. 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SENA, Jorge F. Malem. Financiación de partidos políticos, democracia y corrupción. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 6, pp. 377-417, jan./dez. 1998.

STOKES, Susan C. Son los partidos políticos el problema de la democracia en America Latina? **Política y gobierno**, v. 5, n. 1, pp. 13-46, jan./jun. 1998.

TEIXEIRA, José Eleares Marques. Democracia nos partidos políticos. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 2, n. 8, pp. 83-98, jul./set. 2003.

TEODORO, Luiz Cláudio de Almeida. Partidos políticos e democracia no Brasil. **Caderno de filosofia e ciências humanas**, v. 6, n. 10, pp. 144-150, abr. 1998.

WEIL, S. **Sobre a supressão dos partidos políticos**. São Paulo: Iluminuras, 2018 [1940].

YURTSEVER, Leyla Viga. A crise da democracia representativa e os partidos políticos no Brasil. **L & C: Revista de Administração Pública e Política**, v. 17, n. 194, pp. 10-19, ago. 2014.

Statutes of political parties registered with the Supreme Electoral Court, accessed on August 17, 2018.

MDB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-partido-movimento-democratico-brasileiro>

PT: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-pt-de-3-6-2017-aprovado-em-17-10-2017>

PSDB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-psdb-de-9-12-2015-deferido-em-29-3-2016>

PP: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-partido-de-5-12-2017-aprovado-em-11-9-2018>

PDT: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-pdt-aprovado-em-26-5-2015>

PTB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-ptb-de-26-11-2016-aprovado-no-tse-em-29-6-2017>

DEM: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/estatuto-do-partido-de-12-12-2007-resolucao-tse-no.2008>

PR: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-pr-de-2-5-2015-aprovado-em-13-8-2015>

PSB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-psb-de-02-12-2011-deferido-em-28-5-2013>

PPS: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-pps-de-16-12-2013-aprovado-em-11-6-2014>

PSC: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-psc-de-7-6-2017-aprovado-em-15-5-2018-1542125746040>

PRB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-prb-de-24-2-2014-aprovado-em-5-8-2014>

PCdoB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-comunista-do-brasil.2011>

PV: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-verde-pv-de-26-11-2011>

PSD: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-psd-deferido-em-20-fevereiro-2018>



PRP: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-prpde-16-10-2017-aprovada-em-26-6-2018>

PSL: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-estatuto-psl-de-21-12-2011-deferido-em-9-5-2013>

PMN: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/estatuto-de-23-7-2016-aprovado-em-30-3-2017>

PHS: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-phs-aprovado-em-10-2-2015>

SD: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-solidariedade-de-17-2-2016-aprovado-em-28-6-2018>

PTC: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-ptc-de-20-2-2017-aprovado-tse-em-16-5-2017-formato-pdf>

PSDC: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-psdc-de-27-6-2017-deferido-em-17-5-2018>

AVANTE: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-avante-de-25-4-2017-aprovado-em-12-9-2017>

PODE: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/estatuto-podemos-de-19-2-2016-aprovado-em-16-5-2017>

PSOL: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/estatuto-do-partido-socialismo-e-liberdade-de-1-4-2010>

PRTB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-prtb-aprovado-em-25-11-2017-deferido-tse-em-28-06-2018-1534199020704>

PROS: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-pros-aprovado-em-21-5-2015>

PATRIOTA: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-patriota-de-26-8-2017-aprovado-em-26-4-2018>

PMB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-pmb-de-9-10-2015-deferido-em-19-4-2016>

PPL: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-ppl-de-1-12-2013-deferido-em-25-5-2017>

REDE: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-do-partido-rede-sustentabilidade-aprovado-em-1-2-2017>

NOVO: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-novo-aprovado-em-26-04-2018>

PSTU: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-pstu-aprovado-em-11-9-2014>

PCB: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-estatuto-do-partido-de-25-6-2017-aprovado-em-21-8-2018>

PCO: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/estatuto-do-partido-da-causa-operaria-de-9-12.1995>



## The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional system

### *A batalha de narrativas dos poderes: hiperfragmentação partidária, judicialização da política e supremocracia no sistema político-institucional brasileiro*

**YASMIM SALGADO SANTA BRÍGIDA** <sup>I,\*</sup>

<sup>I</sup> CESUPA - Centro Universitário do Estado do Pará (Belém, Pará, Brasil)  
yasmimsantabrigida@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0002-8444-8165>

**LOIANE PRADO VERBICARO** <sup>II,\*\*</sup>

<sup>II</sup> Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém, Pará, Brasil)  
loianeverbicaro@uol.com.br  
<https://orcid.org/0000-0002-3259-9906>

**Recebido/Received:** 10.10.2019 / October 10<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 17.10.2020 / October 17<sup>th</sup>, 2020

---

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa; VERBICARO, Loiane Prado. The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional system. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 137-159, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.69637.

\* Mestranda em Direito na linha Desenvolvimento, Políticas Públicas e Direitos Humanos no CESUPA - Centro Universitário do Estado do Pará (Belém-PA, Brasil). Bacharel em Direito pelo CESUPA. Membro da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA (2015-2016). Ex-monitora da disciplina Direito Internacional Público (2018). Membro do grupo de pesquisa Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos do CESUPA; membro da LAJUPA (Liga Acadêmica Jurídica do Pará), por meio do grupo de pesquisa Teoria Pura do Direito na linha de Teorias do Direito (UFPA); membro do grupo de pesquisa Razão Pública, Secularização e Direitos Humanos do CESUPA; membro da Comissão de Jovens Advogados no Início de Carreira da OAB- PA (COJAD). E-mail: yasmimsantabrigida@gmail.com.

\*\* Professora Adjunta da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil). Pós-Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo - USP (Largo de São Francisco). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca - USAL (2014). Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2006), com período de estudo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2011). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - suma cum laude - UFPA (2004). Graduada em Filosofia (Bacharelado) pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2019). É líder do Grupo de Pesquisa - CNPq: Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos e Coordenadora do Grupo de Estudos: Democracia e Feminismos (Liga Acadêmica Jurídica do Pará/LAJUPA). E-mail: loianeverbicaro@uol.com.br.

**Abstract**

It is analyzed to what extent the battle of narratives between the powers demonstrates the weakening of democracy in the Brazilian political system, from the challenge raised by the phenomena of party hyperfragmentation, the judicialization of politics and supremocracy. The battle between the powers in the Brazilian institutional context is presented through the analysis of the political and judicial changes resulting from the STF's stance in the Impeachment process of former President Dilma Rousseff, Mensalão and Lava Jato's Operation. Modified institutes at this juncture are related to the coalitions of party hyperfragmentation, the judicialization of politics, and the supremocracy. The research is qualitative bibliographic with analysis of studies on democratic theories and constitutional law, by Oscar Vilhena Vieira and the sociological research of Sérgio Abranches. It follows that debate is needed for the consolidation of a substantial democratic system based on respect for the principles of human dignity in order to avoid constitutional "malaise" and authoritarianism.

**Keywords:** battle of narratives; democracy; party hyperfragmentation; judicialization of politics; supremocracy.

**Resumo**

*Analisa-se em que medida a batalha de narrativas entre os poderes demonstra o enfraquecimento da democracia no sistema político brasileiro, a partir do desafio suscitado pelos fenômenos da hiperfragmentação partidária, da judicialização da política e da supremocracia. Apresenta-se a batalha entre os poderes no contexto institucional brasileiro por meio da análise das mudanças políticas e judiciais decorrentes da postura do STF no processo de Impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, do Mensalão e da Operação Lava Jato. Relacionam-se os institutos modificados nessa conjuntura com as coalizões da hiperfragmentação partidária, a judicialização da política e a supremocracia. A pesquisa é bibliográfica qualitativa com análise dos estudos em teorias democráticas e no direito constitucional, de Oscar Vilhena Vieira e da pesquisa sociológica de Sérgio Abranches. Conclui-se que é necessário o debate para a consolidação de um sistema democrático substancial, baseado no respeito aos princípios relativos à dignidade humana a fim de se evitar o "mal-estar" constitucional e o autoritarismo.*

**Palavras-chave:** batalha de narrativas; democracia; hiperfragmentação partidária; judicialização da política; supremocracia.

**CONTENTS**

**1.** Introduction. **2.** The battle of discourses in the Brazilian political context. **3.** the narrative of constitutional "malaise": partial hyperfragmentation, coalition presidentialism and supremocracy. **4.** Conclusion. **5.** References.

**1. INTRODUCTION**

The present research analyzes to what extent the battle of narratives between the powers demonstrates the weakening of democracy caused by the accentuation of the phenomena of party hyperfragmentation, the judicialization of politics and the *supremocracy*.

Hence the battle of discourses in the Brazilian political context, based on Oscar Vilhena Vieira's "The Battle of Powers: From the Democratic Transition to the Constitutional Disease", through the list of facts lived in the country in the last elections, in especially the relationship between the executive, the parliament and the judiciary, presenting the political polarization according to the campaign proposals created by the marketing, the battle of arguments in the institutional context, focusing on the STF's position. Illustrating this path with the analysis of the Collor, FHC, Lula, Dilma, Temer and Bolsonaro government, highlighting the institutional changes with the Impeachment of former President Dilma until the election of Jair Bolsonaro to the Presidency

of the Republic. It is explained the implications of the Mensalão process and Lava Jato's Operation for the judicialization of politics and *supremocracy* in the routine of the judiciary.

On this sense, the concept of constitutional malaise is presented as defining the current conjuncture in the national institutional relationship, post-elections of 2018, a situation aggravated by party hyperfragmentation, coalition presidentialism and *supremocracy* that are structured according to convenience. Thus, the survival of the CF and the validity of the actions of the representatives of the most relevant institutions for the maintenance of the system of checks and balances, the summit organs of the three powers, are questioned. The present research points to the possibility of the graduated emergence of an authoritarian system from the heart of Brazilian constitutional democracy itself.

This research raises the national theoretical framework on the study of democratic theories by classical authors on the subject such as Tocqueville and Cunningham from the perspective of constitutional law. It is based on the work "The Battle of Powers", by Oscar Vilhena Vieira, and the work "Presidentialism of Coalition: the Brazilian institutional dilemma", fruit of the sociological research of Sérgio Abranches.

## 2. THE BATTLE OF DISCOURSES IN THE BRAZILIAN POLITICAL CONTEXT

Political polarization as electoral propaganda discourses generate opposition intolerance, the absence of a common place for effective debate in Brazil can be seen. Thus, this battle of arguments will be analyzed in the contemporary institutional context and its real purpose. For this, the theoretical framework established here is of the period of greatest tension between the Impeachment of former President Dilma, and some events after, such as the arrest of the former President Lula and the election of Jair Bolsonaro to the Presidency of the Republic.

Since 2013, when young people rebelled against insufficient social policies, systemic corruption, impunity and bias in enforcing laws (the movement to demand constitutional promises to politicians), the political debate has become turbulent, with increasing intolerance, a conflicting posture between the legal body and the political body, where institutional prerogatives and political mandates are used as a way to ensure the right and integrity of the democratic game or as a way to weaken opponents and "entrench" themselves in power<sup>1</sup>.

From Lava Jato Operation, in 2015 there were new protests with a different audience, groups that called for Impeachment and a liberalizing economic agenda. Given

<sup>1</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.16.

this, the president appointed Joaquim Levy to the Ministry of Finance with liberal policy and then continued her developmental project at the time of economic and social crisis, thus worsening the distrust of the middle class and businessmen to the then government, leading PMDB to conspire against Dilma's mandate, leading to Impeachment<sup>2</sup>. Subsequently, Lava Jato began to investigate more politicians involved, so the common goal of the other parties was to prevent investigations and reverse condemnations of the process of criminalization of politics.

All this demonstrates the complexity of institutional and structural relations, in a sharp political polarization that leads to a "battle of narratives"<sup>3</sup>. On the one hand, there are defenders of the "coup" resulting from the illegitimate removal of the president and the preventive Impeachment of former President Lula, and on the other there are defenders of the maturation of law enforcement institutions, and a maturation of the democratic constitutional order by disarticulating the corruption scheme (which accentuated the economic and social crisis) with Lava Jato Operation.

The battles mentioned above took place in the institutional field, so it is relevant to analyze the posture, the discourse of the legal institution represented by the Supreme Court that assumed the function of controller of national political activity. In the Collor period<sup>4</sup>, the Supreme Court's work focused on the legality of the economic measures implemented, and on the supervision of the first Impeachment process. The main omission of the Supreme during this period was the judgment of provisional measure nº. 151 and its successive reissues that froze the financial assets of individuals and corporations from a certain amount in order to reduce the current currency in the economy and thereby achieve the reduction of hyperinflation (Collor Plan). The position of the Supreme later changed when he declared the unconstitutionality of the reissue of provisional measures expressly rejected by the National Congress<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 19.

<sup>3</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.21.

<sup>4</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.

<sup>5</sup> This was due to the actions of former President Fernando Collor, who began to reissue provisional measures expressly rejected by the parliament, introducing only minor formal modifications, and began to govern beyond any control by the Legislature. An example is ADI 223-6, filed by the PDT, questioning the constitutionality of the provisional measure 173.32, where the blockade created economic chaos, as people and companies could not repay their debts, pay employees or acquire assets. In response to the large number of lawsuits claiming the release (of persons and companies) that had been granted by judges and first instance courts, the government decided to issue an interim measure restricting the granting of injunctions and injunctions against the Collor Plan. The Supreme Court then reacted to this by discussing the unconstitutionality of these measures. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 182.

Then, under Itamar Franco and Fernando Henrique Cardoso governments, the Supreme Court deferred to the government and the National Congress, ratifying economic measures, constitutional privatization reforms and the first stage of social security reform<sup>6</sup>. The government approved a set of amendments to the Constitution to increase the collection, hence the National Congress approved the creation of the Provisional Tax on Financial Movement (IPMF). At that time, the Supreme Court (ADI 926) considered that the collection of the tax confronted the principle of tax precedence established by art. 150 and items of the Federal Constitution.

In the midst of this government, the Judiciary Reform was instituted, which included the creation of an external control of judicial activity, so the last word on the validity of constitutional amendments is the judicial one. Hence the Supreme pacified the understanding that the State cannot omit from the obligations arising from fundamental rights by budgetary constraints<sup>7</sup>.

Soon after, at Lula administration, the president appointed seven ministers: Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Carlos Alberto Direito and Dias Toffoli, all accustomed to the ambitions of CF / 88. In this government, there were advances in fundamental rights that led conservative minorities defeated in the National Congress to bring their claims to the judiciary, leading to the judicialization of numerous cases<sup>8</sup>. In the meantime, the scandal of Mensalão, arising from the problem of maintaining a parliamentary support base in a highly party-fragmented environment, arose when the Supreme Court decided to moralize the party system by granting the decision on the loss of office for party infidelity<sup>9</sup>.

This judgment is considered the height of the Brazilian *supremocracy*<sup>10</sup>. Mensalão consisted of a broad corruption scheme involving money laundering and gang formation, so the theory adopted by the Supreme was that heads of a hierarchical structure in which crimes occur can be presumed to be criminally responsible for conduct of his subordinates. Such an understanding is questionable because it relativizes

<sup>6</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 186.

<sup>7</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 187.

<sup>8</sup> The lawsuits were against affirmative actions relating to the establishment of racial quotas by ProUni and, subsequently, admission quotas by the University of Brasília (ADI 3197 and ADPF 186); control of firearm possession established by the Disarmament Statute (ADI 3137); the validity of using, for scientific research purposes, frozen embryonic stem cells no longer suitable for fertilization (ADPF 54); the demarcation of indigenous lands of Raposa-Serra do Sol, in the face of interests such as agricultural production and even border protection (PET 3388).

<sup>9</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 189.

<sup>10</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162.

the principle of subjective criminal responsibility, according to which it is necessary to individualize each conduct in order to impute to someone a criminal fact. The case projected the ministers, so the Court asserted itself in the power to control the conduct of the highest authorities in the country, even overpassing democratic and constitutional principles, in particular the general principles of criminal procedure.

Throughout the process of Mensalão, the Court changed the interpretation<sup>11</sup> of three aspects<sup>12</sup>: the doctrine of mastery of fact, according to which it is possible to impute the commission of an offense to the person who has not directly participated in the action, but because of his position of authority, he should have knowledge of his subordinate's conduct (this is contrary to the principle of subjective criminal responsibility and the presumption of innocence); dismissed the need for proof of the existence of a specific act of office as consideration for the improper advantage; and admitted overlapping imputations derived from the same conduct.

In Dilma administration, the Supreme remained responsive, as were the cases of homosexual's union (ADPF 132 and ADI 4277); abortion of anencephalic fetuses (ADPF 54); authorization to publish unauthorized biographies (ADI 4815). The Court further held that the Ficha Limpa Law's does not violate the presumption of innocence principle by prohibiting the application of anyone convicted of crimes against public administration by a collegiate body. In the same period, the Court decided to prohibit corporate donations, which led the National Congress to expand public funds transferred to parties<sup>13</sup>, increasing the strength of the party chiefs who are responsible for the distribution of resources.

Following is the main point of the analysis, the Supreme entered the political crisis of the government of former President Dilma, which culminated in the impediment of the inauguration of former President Lula as Chief Minister of Dilma government, in opposition to the subsequent authorization of the inauguration of Moreira Franco as minister of Temer government under similar circumstances; the removal of Deputy Eduardo Cunha from the mayor (AC 4070), after the end of the Impeachment process; in the various issues central to Lava Jato's Operation, such as the constitutionality of

<sup>11</sup> The problem is with limits of interpretation. The constitutional judge does not formulate new rules, only perfects the existing ones with criteria of justice and rationality; with regard to constitutional principles, it delimits their content and from there extracts patterns of conduct to be followed, but which were already in the legal system. From the interpretative work resulting from the harmony and systemic coherence, new principles emerge that are implicit, such as the requirement of reasonableness of state acts. What is inadmissible is the setting, in practice, of new rules or rules against already pacified constitutional principles. NOBRE; Edilson Pereira Júnior. *Jurisdição constitucional e política*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017, p. 156.

<sup>12</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 45.

<sup>13</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 195.



the provisional execution of the sentencing criminal sentence, with an impact on the retention of former President Lula's prison; with José Dirceu convicted of receiving periodic financial resources in exchange for support in the government's voting interest<sup>14</sup>.

Thus, Lava Jato Operation inherits the process of Mensalão, incorporating the institute of "delação premiada" (award winning), Law n°. 12.850. This operation was led by judges, prosecutors and police officers with great functional autonomy, such as the use of telephone interceptions, search and seizure, breach of bank secrecy and controlled actions, coercive conduct and procedural arrests, use of award-winning collaboration mechanisms and support from public opinion<sup>15</sup>, a strategic relationship with the media, where Judge Sérgio Moro himself is a defender of such a stance, establishing the judicialization of politics and the *ministerocracy*<sup>16</sup> in the routine of the institution.

These facts demonstrate the battle of narratives between the powers, especially the relationship between the executive and the parliament, and the latter with the judiciary. In addition to the institutions, there is still the relationship between the people, as voters who have groups, the activists, who defend the narrative that Dilma's Impeachment would be a parliamentary coup<sup>17</sup> to hold the former president irresponsible, to maintain cohesive militancy and attribute the crisis to those who supported Impeachment. In addition to the group's will, there were facts that give room for such understanding for the following reasons.

One of the substantive reasons was the question of the constitutional just cause for the promotion of Impeachment, in this case, if the "pedaladas fiscais"<sup>18</sup> and the opening of supplementary credits without authorization from the National Congress would be crimes of responsibility, as these were common practices performed by all previous presidents. As for the additional credits, there was subsequent parliamentary approval, thus rejecting the alleged typification.

It turns out that the Constitution provides for a wide range for the classification of responsibility's crimes. Impeachment goes through several procedural steps, having to respect the art. 51, item I of the CF, which gives the Chamber of Deputies the exclusive power to authorize, with two thirds of its members, the Impeachment process of the President, giving the institute a wide margin of discretion; art. 52, item I of the CF

<sup>14</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 197.

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162.

<sup>16</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162.

<sup>17</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 56.

<sup>18</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 56.

attributes, privately, to the Federal Senate to sue and judge the President of the Republic. Art. 85 of the CF lists the type capable of attracting Impeachment, the crimes of responsibility, which will be defined in special law, the same that will also establish the “rules of process and judgment”, according to the sole paragraph of that article. But the only special law is Law nº. 1079, 1950, partially received by the current constitutional order, according to past and recent declarations of the STF, together with the Internal Regulations of the Chamber of Deputies and the Federal Senate, subsidized by art. 38 of the Criminal Procedure Code<sup>19</sup>.

In addition, two other factors to defend the coup’s narrative is the partial way in which the process was allowed to start by the mayor, Eduardo Cunha, due to the fact that he was abandoned by the PT in the process that was against him in the Council of Ethics, in 2015, which was only removed after the Impeachment process had already gone to the Senate<sup>20</sup>. This is a clear example of the use of an institutional prerogative to weaken the adversary, in this case, President Dilma. The second is that, on the occasion of Temer government, when examining the case against the Dilma-Temer plaque in STE<sup>21</sup>, the same evidences produced in the context of Lava Jato to incriminate Dilma were rejected by most of its members, even by Minister Gilmar Mendes himself, who had first voted in favor of using them.

The Supreme, therefore, is regarded as an instance capable of rewriting the Constitution<sup>22</sup>, changing even pacified understandings proper to the Court and understandings of constitutional principles - such as the presumption of innocence. An example of this excessive stance is the fact that Minister Marco Aurélio ordered the removal of a member of parliament without prior consultation with his house (VIEIRA, 2003), causing Senator Renan Calheiros to refuse to take cognizance of the judicial order issued by the minister, later, Minister Carmen Lucia acknowledged that the Supreme could not do so (ADI. 5526).

The profound change in the legal landscape of the criminal case was the constitutionality of the condemnatory criminal execution before the judgment became final, going against the constitutional norm that no one would be found guilty until the final judgment has been passed, as well as going against the court itself, thesis already made by such a Court in 2009. Since, if the guilt could be formed only after all possibility of appeal had been exhausted, it would make no sense to determine the imprisonment

<sup>19</sup> LOBO, Edilene. O (des)controle judicial do impeachment. *Universitas jus*, Brasília, v. 27, n. 3, 2017, p. 8.

<sup>20</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 59.

<sup>21</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 64.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Ensaio*, s.l, s.n, p. 3.

of someone who had not yet been found guilty (HC 84. 078), hence the arrest of former President Lula for TRF4 should not have been confirmed.

The Temer Government's economic agenda has put in place an economic policy opposed to that voted by the ballot box<sup>23</sup>, with cuts in public spending and weakened labor guarantees.

This government has a significant use of the Brazilian Doctrine of Effectiveness<sup>24</sup>, which aims to change the length and inefficiency of the Executive and Legislative, but this policy, in practice, directly impacts the restriction of social rights, through the judicialization of politics and judicial activism, as Brazil passed the existence of a State of Exception, with setbacks of fundamental rights (Labor Reform, Law 13467/2017) and the freezing of investments in public policies and social rights (health and education) for 20 years by Amendment 95/2016 (New Fiscal Regime), contrary to the structuring principle of Judicial Reform (FHC) - already mentioned above - that the omissions concerning the obligations arising from fundamental rights due to budgetary constraints are unconstitutional. In contrast, the amortization of public debts was witnessed, so in reality the "efficiency" employed is selective.

Dignity, already discussed, refers to the irreducible human being, is an ethical requirement forbidden to surpass itself, in which violence to it is an act of denial of the human<sup>25</sup>; it is not divided, therefore, without the guarantees of economic and social matters, that is, the withdrawal of guarantees that give the basic goods, the right to health and education are not justified by the claim of the need to contain budgetary expenses to avoid the economic crisis. This is a violation of dignity.

The discourse defending the weakening of democracy is sustained by the claim that institutions favor coalitions to keep the oligarchies in the government, hence candidates "autocratas transvestidos de democratas" (autocrats transdressed democrats) are supported<sup>26</sup>, they intend to represent the people acting by authoritarian measures in the name of democracy<sup>27</sup>. Democracy often produces slave-slogan leaders<sup>28</sup>, who strike a democracy through their rules slowly, through the "verniz de legalidade"

<sup>23</sup> VIEIRA, José Ribas; FERNANDES, Pedro de Araújo. Da Soberania Popular à Soberania da Toga: a judicialização da mega política como viabilização de uma agenda econômica impopular. **Revista Cultura jurídica** do Programa de Pós-Graduação Constitucional da UFF, vol. 5, n. 10, 2018, p. 148.

<sup>24</sup> BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, set. 2019.

<sup>25</sup> BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, 2018, p. 105.

<sup>26</sup> LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 94.

<sup>27</sup> CUNNINGHAM, Fank. **Teorias da Democracia: uma introdução crítica**. Tradução Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 286.

<sup>28</sup> CUNNINGHAM, Fank. **Teorias da Democracia: uma introdução crítica**. Tradução Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 286.

(varnish of legality)<sup>29</sup>, which was demonstrated in the Dilma allied base with Temer that resulted in the Impeachment process.

Thus, the cause of the election of candidates such as Bolsonaro derives from the interest of the business community, partisan oligarchies, and the population, in particular, of classes that have supported autocrats for fear of crises, as they promise legitimate public goals, such as fighting corruption or improving national security.

In Brazil, campaigns based on misleading television marketing perpetuate oligarchies and prevent the voter from choosing among priorities for the country, given the commodification of candidates, where voters are consumers/clients of promises produced by marketing. Thus, access to the media and party fund, with the ban on campaign funding, perpetuates the *status quo* in politics, where the new candidate is not a problem as long as he is integrated with the parties capable of governing, that is, the selection of the oligarchies. By electoral propaganda, everyone is in favor of education, health, public safety, which is not true, as they do not have a clear program of policies to be implemented to advance issues; expenditures are defined in the behind the scenes bargain, in the tug of war between coalition and government, in the mouth of the box, without transparency and without any criterion of distributive justice<sup>30</sup>.

The ancient philosophers Plato and Thucydides were already warning of the dangers of the possible threats of a democratic regime, after the democratic experience of post-Pericles Athens' where there was institutional dysfunction, multiplication of conflicts, increased disunity in the body politic, strong partisanship, growth of individualism to the detriment of the public interest, democracy had become demagoguery, hence tyranny becomes the phatic destiny of democracy<sup>31</sup>.

The fear of these negative consequences of a political-organizational system is what is fatefully experienced in contemporary Brazil, with party hyperfragmentation sustained by coalition presidentialism and the *Supremocracy*. For most political scientists outside Brazil, modern democracy is unthinkable except in terms of political parties, opportunism, and the prodigious appetite of Brazil's "partyless politicians". This proves the immaturity and weakness of the system<sup>32</sup>.

The elections that followed 2018 break the party axis between PT and PSDB, caused by hyperfragmentation in the National Congress. The right-wing elected<sup>33</sup>

<sup>29</sup> LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem. 1º ed.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 94

<sup>30</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro.** 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 359.

<sup>31</sup> FABRE, Simone Goyard. **O que é Democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** Tradução Claudia Berliner. 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75.

<sup>32</sup> KATZ; Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018, p.88.

<sup>33</sup> The current president was left out of the traditional campaign - keeping only the television ads - after suffering a stab in the presidential campaign, stopped giving many press interviews, going into debates, used

candidate came up with an orthodox liberal economic proposal<sup>34</sup>, and an agenda of ultraconservative values, including the continuation of Temer's policy regarding the amendment of the Social Security Reform (PEC 06/2019), which proved to be one of the unconstitutional guidelines of his campaign given the setback in social guarantees won by the people, whose approval in 2019, in the first round by the Chamber of Deputies (House of Representatives) occurred questionably. At the time of his election, there was an affective polarization of people repeating empty labels of programmatic and emotionally irrational content, repeating an aggressive and compact hate speech to the opposition, and the need for real political debate proved to be lacking.

The new elected plate was not elected because it had a new proposal, but because of the support of the anti-Petist wave, so there was political realignment due to the need for a coalition to approve constitutional amendments<sup>35</sup>. Considering that the proposals of the then president have unconstitutional guidelines (disarmament statute), the attempt to put them into practice needs to go through the STF's constitutionality control, so the judicialization of politics is inevitable<sup>36</sup>.

Thus, the position of the Supreme Court in such a context changed the foundations of the law, with an increasingly strategic positioning by the ministers, and consequently, a tougher criminal law. Soon, it is experienced the phenomenon of *Supremocracy* - as well as the ministerocracy<sup>37</sup> - resulting from the association between the constitutional model adopted in 1988, the institutional architecture of the Court, but also the attitude taken by the STF ministers themselves<sup>38</sup>.

The difficulty faced by the judiciary institutions in deciding against the majority, manner underscores the strategic character of the decisions and the favoring of the majority political interests. The selective posture regarding the choice of cases to decide is a fact. The Court routinely alternates its strategic behavior compatible with institutional dialogues (the arbitrator, activist, or self-contained institution differences); its stance on constitutional hard cases depends on the economic context or the issue

---

primarily social networks Whatsapp, Twitter and Facebook to carry out their electoral campaign, visibly staying outside the debate zone to discuss their electoral proposals, since they were not needed because they were empty slogans. ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crise no Presidencialismo de Coalizão: apontamentos de campo 6.0: fim do ciclo no presidencialismo de coalizão. **Ensaio**: Ecpolítica, 2019, p. 6.

<sup>34</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crise no Presidencialismo de Coalizão: apontamentos de campo 6.0: fim do ciclo no presidencialismo de coalizão. **Ensaio**: Ecpolítica, 2019, p. 3.

<sup>35</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crise no Presidencialismo de Coalizão: apontamentos de campo 6.0: fim do ciclo no presidencialismo de coalizão. **Ensaio**: Ecpolítica, 2019, p. 5.

<sup>36</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crise no Presidencialismo de Coalizão: apontamentos de campo 6.0: fim do ciclo no presidencialismo de coalizão. **Ensaio**: Ecpolítica, 2019, p. 9.

<sup>37</sup> Phenomenon in which individual ministers begin to exercise powers conferred constitutionally to the collegiate of the Court.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ensaio**, s.l, s.n, p. 6.

involved in its trial agenda, on invoking dogma to refrain from deciding, and sometimes surpassing it to decide in the act of flagrant creative activity<sup>39</sup>.

The Constitutional Court is within politics, being even one of its decisive factors, if by politics is meant the activity directed to the coexistence, however, the Court is apolitical if by politics is meant the competition between the parties for the assumption and the management of the power<sup>40</sup>.

Therefore, the scenario presented above proves that the institutional battles, in particular, the change of attitude of the Supreme Court demonstrates the weakening of the democratic system. It is visible, clearly, a change of attitude of the Supreme Court, which now has the function of controlling the national political activity, overlapping even the constitutional principles, from which derive the rules and laws of the Constitution, the existence and organizational principles from the political and legal institutions which will be discussed below.

### 3. THE NARRATIVE OF CONSTITUTIONAL “MALAISE”: PARTIAL HYPERFRAGMENTATION, COALIZATION PRESIDENTIALISM AND SUPREMOCRACY

With the demonstration of the change of position of the STF in the Brazilian political context, it is visible the support of narratives, advertisements, arguments and decisions that move in the rhythm of the sounds of convenience. In this section, we analyze in which narrative the country is, after 2018 elections, hence why the need to conceptualize the phenomena of party hyperfragmentation, coalition presidentialism and the *supremocracy* to understand the relationship between political and legal institutions in constitutional “malaise”, where the validity of the norms of the 1988 Constitution, the separation of powers thesis and the foundation of the institutions’ existence are put to the test.

Democratic constitutions enable political competition and institutionalization of conflicts, so, they establish devices that ensure the debate; therefore, electoral systems formalize disputes between different ideological currents and thus the voter will determine who will prevail until the next election<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018, p. 222.

<sup>40</sup> NOBRE; Edilson Pereira Júnior. Jurisdição constitucional e política. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017, p. 152.

<sup>41</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 69.

This is the system of separation of powers, where conflict between political and institutional agents is common. In a constitution one must establish the political system, the negative rights, social rights and vulnerable groups, public policies and institutions that ensure the transformation of society, that is, to assure the demands of freedom with the reduction of inequalities. For this, constitutional supremacy is a political and legal fact, as the constitution claims prevalence over all norms and ensures the rigidity of its text through mechanisms of protection, control of constitutionality. The CF/88, originally, created a fragmented party system with strengthened law enforcement agencies.

Democratic constitutionalism emphasizes the normativity of the constitution, which, linking the actions of public and private bodies, entrusted the defense of its principles and rules to the jurisdictional function<sup>42</sup>. But beyond constitutional design, the institutional causes of crises are coalition presidentialism and the law enforcement system, as demonstrated in Mensalão process; the conflicts between public policy spending, social rights (programmatic) and spending arising from privileges and sectoral (regressive) interests, as witnessed in the Temer government.

It turns out that powers may be exceeded in acts contrary to the Constitution, which does not mean a constitutional crisis, so there are self-correcting mechanisms. The presidential coalition system requires mechanisms of institutional mediation and conflict resolution between the powers<sup>43</sup>, which do not exist in the Brazilian legislative process, so justice is always resorted to when it is required to nullify political decisions or sanction abuses of authority.

When the displacement of the traditional democratic space turns to the STF, there is a vice in the system of checks and balances, since the STF is originally undemocratic (in the classical theory of separation of powers), counter-majority, members are not elected by popular vote, they have no fixed mandate and are not subject to political and social control. The government of democracy is in favor of the political power of jurists, since they are the only enlightened men who could choose without political interests, in theory, so they are reliable in the eyes of the people, have popular support, believe that they do not wish to overthrow the democratic government. However, considering that they are the occupants of the largest public positions, they are given a large power in their hands, which are at the head of the administration and impact on the formation of laws and executions, influencing the whole society and

<sup>42</sup> NOBRE; Edilson Pereira Júnior. Jurisdição constitucional e política. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017, p. 160.

<sup>43</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 341.

end up working in secret and acting upon them, according to its wishes<sup>44</sup>. Therefore, in the society in which jurists are in high positions, their spirit will be conservative and undemocratic, as they seek the life of order, of authority<sup>45</sup>.

Some constitutions set limits to what can be changed in their text, the provisions of “cláusulas pétreas” (stone clauses), which are enabling limitations of democracy; CF/88 is generally semirigid and rigid in relation to stone clauses. In this sense, a consensual constitutional democracy requires a system of constitutionality control dissociated from the political representation bodies to give credibility to constitutional rigidity, that is, it requires that diffuse control has an effective precedent system that conditions judges of lower courts to understand higher courts and the latter to their previous decisions (OLIVEIRA, 2018), which does not occur in the Brazilian system as seen in the decision that reformulated the understanding of criminal execution before the final judgment of Lava Jato. The concentrated control is supervised by a constitutional Court, which in Brazil is represented by the Supreme Court (STF).

The CF/88 allows the insurgency of changes in constitutional norms, which allowed the approval of 105 constitutional amendments in 30 years, as a form of judicialization of politics, including, there are several articles without proper regulation as the Impeachment institute itself. The role of the judiciary is broad due to the diffuse constitutionality control<sup>46</sup>.

In this sense, the CF/88 is extensive and gives a large margin to the constitutionality control over the ordinary legislation, giving protagonism to the judiciary, hence the judicialization as the search of the judiciary to be the final arbiter of institutional, political, this indicates that the institutional system does not fulfill this function, especially, the Parliament. The nature of constitutional control is juridical-political, the interpretation made by a body of magistrates who share political power and seek to define what the CF allows under given circumstances, and can have two consequences: reinforcing democratic values of equality and justice or accommodating to the culture of patrimonial privileges and prerogatives, being the last one lived in Brazil.

Constitutionalism’s response to protecting the democracy of the majority government was to recognize a set of fundamental rights, protecting them from the passions of circumstantial majorities which are endowed with uncontrolled powers and can be tyrannical in two ways: doing things with direct immoral and consensual consequences or permanently exclude the possibility of the minority influencing public

<sup>44</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Coleção folha: livros que mudaram o mundo, v.16. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 1º edição. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p.198.

<sup>45</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Coleção folha: livros que mudaram o mundo, v.16. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 1º edição. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 197.

<sup>46</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 363.



policy<sup>47</sup>, as is the case with the legislative system in Brazil that only incorporates the “new” parties and candidates selected by the oligarchic coalitions. The constitutional hostility of the 2018 elections imposes additional responsibility on the checks and balances mechanisms, especially the STF.

The role of the Supreme Court then goes beyond the role of surveillance, enforcement and counterweight controls as a balancing mechanism of powers, which should be a very restricted function, since ministers are not elected, they can act monocratically, leaving room for interpretative discretion to the STF, creating norms rather than judging the validity of the norms<sup>48</sup>. *Supremocracy* is represented here: they are magistrates who go beyond their role and become, in practice, opponents of CF/88. It is the unprecedented power conferred on the Supreme Court to give the last word on the decisions taken by the other powers regarding the extensive cast of political, economic, moral and social issues (VIEIRA, 2003), even when these decisions are conveyed by amendments to the Constitution. This situation is a consequence of mistrust in politics and hyperconstitutionalization and widespread discretion. Lava Jato Operation created disincentives to corruption that are at the mercy of judiciary alliances that neutralize investigations and politicized the STF<sup>49</sup>.

In the meantime, with the constitutionalization of law (everything is constitutional matter) the political field for making relevant political decisions has been reduced. The STF was originally assigned three functions: constitutional court, appeals court, and first and last instance court involving high authorities, such as Mensalão and Lava Jato Operation. The problem is aggravated when the Supreme becomes a chamber for the revision of majority decisions, based on the complaint of those who were defeated in the representative arena<sup>50</sup>, as was seen during the period of the former President Lula’s government regarding the progress made fundamental rights challenged in court by those defeated in parliament.

In Brazil, the consensual model of democracy adopted by CF/88, majority decisions cannot negatively impact the rules of the democratic game itself or fundamental rights. The Constitution has transferred many attributions to the Supreme, but the low degree of institutionalization of its decision-making process, the lack of transparency in setting the agenda or the fragility of its commitment to its own precedents endanger

<sup>47</sup> CUNNINGHAM, Fank. **Teorias da Democracia**: uma introdução crítica. Tradução Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 284.

<sup>48</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 367.

<sup>49</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 346.

<sup>50</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 170.

the Court's authority, added to the judicialization of politics and the *Supremocracy* point to the weakening of the representative system.

The battle of powers includes Parliament's relationship with the Judiciary and the Executive, so Tocqueville had already warned that legislative instability is an inherent evil of democratic government, as the omnipotence of the majority not only destabilize the law but also its execution and the action of the public administration<sup>51</sup>. In a presidential regime, with the pluralist party system, the president has to operate to maintain the coalition of parties that support him; when this does not happen, the government comes to a standstill as has been witnessed in Brazil, during reelection periods the relationship between the Executive and the Parliament.

Amid the system and the national political reality, the cost of elections is high<sup>52</sup>, because the electoral strategy is to commit to the interests of certain groups to gain space in the coalition, that means, extraction of privileges and benefits for the represented, collection of direct resources of the administration to support the following elections<sup>53</sup>. These clash with the presidential interest that is the majority will of the population, general interests referring to vulnerable sectors lacking the capacity for basic interests.

According to sociologist Sergio Abranches, coalition presidentialism moves according to the conveniences:

*O presidencialismo de coalizão é bastante afetado pela mudança nos humores dos partidos na coalizão. Isso pode acontecer em todo regime no qual o governo depende de uma aliança multipartidária majoritária. Mas o dano é muito maior onde a coalizão é um imperativo da governabilidade. A probabilidade de choques paralisantes entre Executivo e Legislativo aumenta quando é necessário um grande número de partidos para formar a maioria suficiente para garantir a governabilidade. Nesses casos, aumenta*

<sup>51</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Coleção folha: livros que mudaram o mundo, v.16. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 1ª edição. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 188.

<sup>52</sup> One of the problems of the current Brazilian system in this perspective is reelection. It is because of it that there is the cost management of macroeconomic policy to influence the elections, which reinforces the oligarchic tendencies that have the clientelist concessions machine and the need to coalitions. Dilma's second term began in crisis and ended in Impeachment, reelection only generates costs and crises for the country and reduces the popularity and strength of presidential attraction, as presidents manage to approve the essential measures for their government in the first year regardless of the content of the measures (neoliberal or redistributive). For example, former President Collor, who approved the stabilization program, the privatization program, the Rouanet Law; former president Lula approved the reform of the public sector social security, extended the CPMF and the DRU, changes in labor legislation, the General Law on Micro and Small Business and the Bankruptcy Law, in the Dilma government the Brazil program was approved "Brasil sem Miséria" (Brasil without Misery), the change in pension payments for young widows, "Água para todos" (Water for All), and Pro-atec, for vocational and technological education focused on the misery line. ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 344.

<sup>53</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 27.

*também a probabilidade de contrariedades entre governo e oposição no Congresso. O centro se esvazia e deixa de ser amortecedor de crise, permitindo ao presidente trocar alianças. Há, ainda, divergências entre as unidades federativas e a União, agravadas pela extrema concentração fiscal e regulatória na União. Ao contrário dos regimes parlamentaristas, nosso modelo não dispõe de mecanismos políticos ágeis para enfrentar impasses previsíveis entre o Executivo e o Legislativo, entre partidos governistas e oposicionistas ou entre a União e as unidades da federação. Essa falta de mecanismos propriamente políticos para a resolução de conflitos leva a impasses, crises políticas e paralisia decisória. O único recurso é a judicialização<sup>54</sup>.*

Within this context, party hyperfragmentation is a problem, because co-optation is the clientelist coalition method for any president to approve the qualified *quorum* of constitutional amendments, which generate material benefit distributions (bribes for parties and people), corruption, as example the monthly payment<sup>55</sup>.

As a requirement of the coalition is the popularity associated with macroeconomic performance; it is seen as a crucial factor for the effectiveness of the coalition, that means that the president elected by right vote is vulnerable to the approval of the electorate, so the anti-Dilma Plan was provoked by the frustration of the policy of artificially contained energy prices, with the resulting inflationary resurgence and long recession (frustrations of expectations of the promises of the bid). Dilma lost her term due to lack of popularity, with an Impeachment planned within her own coalition when her coalition's pivot<sup>56</sup> party changed sides<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Coalition presidentialism is greatly affected by the changing moods of coalition parties. This can happen in every regime where the government depends on a majority multiparty alliance. But the damage is far greater where the coalition is an imperative of governability. The likelihood of paralyzing executive-legislative clashes increases when large numbers of parties are needed to form a sufficient majority to ensure governance. In such cases, the likelihood of setbacks between government and opposition in Congress also increases. The center empties and ceases to be a shock absorber, allowing the president to exchange alliances. There are also divergences between the federal units and the Union, aggravated by the extreme fiscal and regulatory concentration in the Union. Unlike the parliamentary regimes, our model does not have agile political mechanisms to face foreseeable deadlines between the Executive and the Legislative, between parties oppositionists or between the Union and the units of the federation. This lack of properly political mechanisms for conflict resolution leads to impasses, political crises and decision paralysis. The only recourse is judicialization. ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 365.

<sup>55</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 363.

<sup>56</sup> The PMDB is the coalition's base, since it is the machine-holding party that has never won the government by elections, and the coalition partner has become the government's partner by introducing the virus of clientelist exchanges, making presidents who took over dependent on its support, this impacts the emptying of the programmatic content of the presidents' agenda. ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 344.

<sup>57</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 344.

One of the issues of the coalition is regarding the stability of the presidential term and the functioning of the institutions. A conflicting Executive and Legislative tend to destabilize the system. Example of this is the occurrence of two Impeachments in 30 years, out of four presidents in Brazil<sup>58</sup>.

The Impeachment process is a traumatic experience for the presidential system, because the presidential mandate is chosen by the direct vote of voters, which ensures stability and can only be interrupted under extreme conditions as constitutional expectation is thwarted. So, it is not coherent with the democratic system its application when the president loses parliamentary support<sup>59</sup>. In times of crisis it is unlikely that a large ruling coalition will have stability without broad political and social support involving all politically organized social segments<sup>60</sup>.

Accordingly, extraordinary remedies can only be used in predefined circumstances within the procedural and substantive limits established by the CF, as the removal of the President of the Republic who commits a crime of responsibility through the Impeachment process, which is an instrument with a high discretionary<sup>61</sup> burden to be employed in times of political and social conflict.

From the point of view of the Inter-American System of Human Rights Protection, the Impeachment figure is valid insofar as it protects procedural safeguards. According to the Inter-American Commission on Human Rights, every punitive proceeding must have the minimum guarantees of due process, especially when such proceedings may affect the human rights of a person as stipulated in arts. 8 and 25 of the ACHR<sup>62</sup>.

In the midst of the Impeachment process, Brazilian parliamentarians are vested in constitutional prerogatives to act independently as an instrument of impartiality, so the judicial function under the scrutiny of due process guarantees typical of a judicial process must be implemented by the Federal Senate, but that is not the case. Thus, the Senate's Impeachment performance, based on a fundamental failure of the process,

<sup>58</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 349.

<sup>59</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 355.

<sup>60</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 31.

<sup>61</sup> There are no clear rules for the Impeachment process. The processes occur based on an obsolete and partially unconstitutional law, without an exhaustive typification of the crime of responsibility that defines the specific procedural rites - it is a discretionary and questionable mechanism. So much so that the rite of the process before the former President Collor was completely different from the one performed for the former President Dilma, the first was a summary rite of 122 days, removed by 28, lost his mandate after 90 days of his removal. Already Dilma had long rite, lasted 273 days, away for 111 days, and then lost the mandate.

<sup>62</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016.

can be challenged in court, as well as any serious non-compliance with due process of law<sup>63</sup>.

The due legal process is based on the following guarantees: judges with legal training, but to be eligible for the office of Senator of the Republic, according to art. 14, § 3º of CF/ 88, there is no need for legal training, hence the question whether a judgment by lay judges on facts involving high controversy legal disputes on financial law and administrative law (criminal responsibility) is compatible with that principle, as occurred in the Dilma Rousseff case; impartial judges, who should be subject only to the law, but this logic is not seen in the legal-political process, because judges are subject to the law and external interests, including those of their representatives.

It turns out that, in the position of judges, parliamentarians should be impartial about the trial and, as a logical corollary, should be offered the right to challenge and prove the absence of impartiality of each of the judges, which did not happen in the case of Dilma in relation to Eduardo Cunha; in full jurisdiction, the Senate must be free to assess facts and value them legally by a motivated decision that responds to all the relevant arguments put forward by the defense. Otherwise, in light of the American Convention on Human Rights (1969), the Impeachment process takes place equivalent to an extrajudicial disciplinary procedure, subjecting itself to a full judicial review of Brazilian administrative law<sup>64</sup>.

Thus, with defects of form and factual and legal content, Dilma's Impeachment process would be subject to judicial review, however, with the actual judicial scenario marked by the game of political convenience, the guarantees of due process and human rights are mitigated.

As for the political economy of coalition presidentialism, it is sustained by the concentration of powers and resources in the Union and the Presidency of the Republic, so the budget, despite authorizing, does not impose expenses and investments on the president, who is not obliged to execute it. Then, such funds are used as a bargaining chip for voting on matters of interest to the presidency<sup>65</sup>, which generates inflation.

The formation of coalitions involves three typical moments: the constitution of the electoral alliance requires negotiation around minimum, usually broad, programmatic directives to be obeyed in the formation of the government, after the electoral victory; the constitution of the government, in which the dispute for positions and commitments related to a still generic minimum government program predominates;

<sup>63</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018, p. 159.

<sup>64</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018, p. 161.

<sup>65</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 357.

the transformation of the alliance into an effectively ruling coalition, when the problem of the formulation of the real agenda of substantive policies and the conditions of their implementation emerges<sup>66</sup>. Thus, it is between the second and third moments that the consolidation of the coalition and its continuity are determined.

The fact is that the period in Brazil is called “constitutional stress” (VIEIRA, 2018, p. 42), which is the legally controversial game by those who occupy political mandates, favoring the emergence of circles of political retaliation and increasing institutional instability.

In the constitutional “malaise” doubts the survival of the CF, as well as the validity of decisions aimed at restoring the ability of political and institutional actors to coordinate their conflicts according to the rules and procedures of the constitution. Therefore, the substitution of a democracy by an authoritarian system occurs from the gradual erosion of the procedures and rights of constitutional democracy. Thus, the limitation of rights, the change of electoral rules, the capture of the judiciary, corruption and co-optation as a political method for a group to perpetuate itself in power are examples of how such an authoritarian system emerges in contemporary Brazil, so the interpretative disputes of the validity of the acts of the different powers is routinely confronted in the midst of party hyperfragmentation, coalition presidentialism, and *Supremocracy*.

#### 4. CONCLUSION

Thus, the strategic battle of narratives between the powers demonstrates the weakening of Brazilian democracy in the political system. The battle of speeches in the Brazilian political context of the last elections presents the relationship between the Executive, the Parliament and the Judiciary, with a glimpse, particularly, of the attitude of the Supreme Court. Those facts are demonstrated on period of the governments Dilma, Temer and Bolsonaro, related to the institutional changes resulting from the Impeachment, Mensalão, Lava Jato Operation and the election of Jair Bolsonaro to the Presidency of the Republic, which consolidated the phenomena of coalition presidentialism, the judicialization politics and *Supremocracy* in the national routine.

In the system of separation of powers, the conflict between political and institutional agents is common. A Constitution must establish guarantees of political, civil and social rights, so constitutional supremacy is a political and legal fact. Through the control of constitutionality, the growing implementation of the fragmented party system was supported. But beyond the constitutional choices, there are other institutional causes

<sup>66</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 27.

of the crisis, since Brazil has no mechanisms for institutional mediation and conflict resolution between the powers, being a lack in the system of coalition presidentialism.

Against the backdrop of a hyperfragmented party system, the president has to operate to maintain the coalition of parties that support him, investing in co-optations to achieve the constitutional amendment's approval quorum, factor responsible for causing corruption. Coalitions affect the stability of the presidential term and the functioning of the institutions, since in Brazil, for example, there were two *Impeachments* out of four presidents, demonstrating the instability of the system.

Soon, there were many constitutional changes in the form of amendments resulting from the judicialization of policy, shifting the system of checks and balances to the Supreme Court. The position of the Supreme Court changed the law, consolidated the defense of a strategic position by the ministers. Hence there is the *Supremocracy*, where there is a wide discretion with magistrates who go beyond their functions to give the last word on political, economic, moral and social issues. The Supreme Being has become a majority decision-making chamber, as seen with Lava Jato Operation and Mensalão.

Finally, it is concluded that the current climate of the relationship between institutions is a real malaise after the 2018 elections, which is structured according to convenience and doubts the survival of the CF with acts of the governing bodies that brake system. With the factual events and the studies of democratic theories, we can see the possibility of the gradual emergence of an authoritarian system from within the Brazilian democracy, by the legally controversial game of the occupants of political mandates with political and legal retaliation, limitations of rights, changes in electoral rules, corruption and co-optation. The battle of narratives shows the growing partisan hyperfragmentation, the judicialization of politics and the supremocracy in Brazil, proving that the powers are volatile. There is no room for real political debate and the hope of changing this situation is only a slight breath amid the stress that foretells a constitutional crisis.

## 5. REFERENCES

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crise no Presidencialismo de Coalizão: apontamentos de campo 6.0: fim do ciclo no presidencialismo de coalizão. **Ensaio**: Ecolítica, 2019, pp. 1-9. Disponível em: < <http://independent.academia.edu/SergioAbranches>> acesso em 27 ago. de 2019, às 15:00.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Ensaio**, s.l, s.n. Disponível em: < [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)> acesso em 25 de agt. de 2019, às 15:00.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, set. 2019.

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, 2018, p.98-120.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 30 de julho de 2019, às 13:00.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2jAPPQy>> acesso em: 25 agt. 2019.

CUNNINGHAM, Fank. **Teorias da Democracia**: uma introdução crítica. Tradução Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 286.

FABRE, Simone Goyard. **O que é Democracia**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KATZ; Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LOBO, Edilene. O (des)controle judicial do impeachment. **Universitas jus**, Brasília, v. 27, n. 3, 2017 p. 7-16.

NOBRE; Edilson Pereira **Júnior**. Jurisdição constitucional e política. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018.



TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Coleção folha: livros que mudaram o mundo, v.16. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 1º ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VIEIRA, José Ribas; FERNANDES, Pedro de Araújo. Da Soberania Popular à Soberania da Toga: a judicialização da mega política como viabilização de uma agenda econômica impopular. **Revista Cultura jurídica** do Programa de Pós-Graduação Constitucional da UFF, vol. 5, n. 10, 2018, pp. 140- 162.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.





## Concentrated judicial review in Brazil and Colombia: which (or whose) rights are protected?

### *A concentração do controle judicial no Brasil e na Colômbia: quais direitos (ou de quem) são protegidos?*

MARCUS FLÁVIO HORTA CALDEIRA<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade de Brasília (Brasil)

marcuscaldeira@unb.br

<https://orcid.org/0000-0003-2466-1519>

Recebido/Received: 07.10.2019 / October 7<sup>th</sup>, 2019

Aprovado/Approved: 17.10.2020 / October 17<sup>th</sup>, 2020

#### Abstract

Over the last few decades, judicial power has expanded, especially in constitutional or supreme courts. Recently, scholars in comparative constitutional law have focused their attention on analyzing the causes and consequences of this expansion in different constitutional systems. There are still no studies that compare the role played by constitutional or supreme courts in the defense of individual and social rights, specifically with regard to the link between the protection of rights and the extent to which social actors are granted standing to assert constitutional claims. This paper intends to provide some thoughts on this issue. The text will analyze the relationship between the protection of rights and the extent to which plaintiffs are granted the right to file constitutional claims in Colombia and Brazil. We conclude that the comparison between Brazil and Colombia presents relevant insights into how the dimension of authority, specifically standing to access the main courts in each system, can make a large difference in the protection of social and individual rights.

#### Resumo

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem se expandido, especialmente nos tribunais constitucionais ou supremas cortes. Recentemente, estudiosos do direito constitucional comparado têm focado sua atenção na análise das causas e consequências dessa expansão em diferentes sistemas constitucionais. Ainda não há estudos que comparem o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais ou supremas cortes na defesa dos direitos individuais e sociais, especificamente no que se refere ao vínculo entre a proteção de direitos e o grau de legitimidade dos atores sociais para fazerem reivindicações constitucionais. Este artigo pretende fornecer algumas reflexões sobre este assunto. O texto analisará a relação entre a proteção de direitos e a extensão em que os reclamantes têm o direito de entrar com ações constitucionais na Colômbia e no Brasil. Concluímos que a comparação entre Brasil e Colômbia apresenta percepções relevantes sobre como a dimensão da autoridade, especificamente a legitimidade para acessar os principais tribunais de cada Sistema pode fazer uma grande diferença na proteção dos direitos sociais e individuais.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Concentrated judicial review in Brazil and Colombia: Which (or whose) rights are protected? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 161-187, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.69583.

\* Professor (voluntário) na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Mestre em direito pelo IDP. Bacharel em direito pela UnB. E-mail: marcuscaldeira@unb.br.

**Keywords:** protection of individual and social rights; Colombian Constitutional Court; Brazilian Federal Supreme Court; criteria of autonomy and authority; criteria for standing to access the courts.

**Palavras-chave:** proteção dos direitos individuais e sociais; Tribunal Constitucional da Colômbia; Supremo Tribunal Federal Brasileiro; critérios de autonomia e autoridade; critérios de legitimidade para aceder aos tribunais.

## CONTENTS

1. Introduction; 2. The main types of constitutional review systems; 3. The mixed judicial review systems in Latin America and the models applied in Brazil and Colombia; 4. The criteria of *autonomy and authority* of constitutional and supreme courts and the instruments used by the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court; 5. The effective protection of social and individual rights by the Brazilian Supreme Court and Colombian Constitutional Court and its relation to the standing to bring a constitutional lawsuit to these bodies; 6. Conclusion; 7. References.

### 1. INTRODUCTION

Over the last few decades, scholars have noticed the expansion of judicial power and the consequent judicialization of politics.<sup>1</sup> Some studies even consider that many constitutional systems are heading “towards juristocracy”.<sup>2</sup> As never before, countries are creating some form of judicial review or expanding the powers of the judicial branch (especially in constitutional or supreme courts) to pronounce what is (or is not) aligned with their Constitutions. The very definition of a constitutional question has been enlarged to embrace a wide variety of themes.

As the former proactive president of the Supreme Court of Israel once said, “nothing falls beyond the purview of judicial review; the world is filled with law, and anything and everything is justiciable”.<sup>3</sup>

The declared goal of this expansion, as Brinks and Blass point out, is “creating more independence, more rights protection, more rule of law, more democracy, or all of these combined”.<sup>4</sup>

Particularly in Latin America, since the 1970s, there have been constitutional, legal or jurisprudential reforms to insulate and strengthen the power of judges, making

<sup>1</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 296.

<sup>2</sup> HIRSCHL, Ran. ‘Juristocracy’ – Political, not Juridical. *The Good Society*, State College, vol. 13, n. 3, p. 6-11, nov. 2004; HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008.

<sup>3</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annual Review of Political Science*, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008. p. 95.

<sup>4</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 297.

the judicial power and, especially, the constitutional or supreme courts more independent and powerful than ever before.<sup>5</sup>

Recently, scholars in comparative constitutional law have focused their attention on analyzing the causes and consequences of the expansion of judicial power in different constitutional systems,<sup>6</sup> which is yielding interesting data to better compare and understand the phenomenon.<sup>7</sup> There are still very few studies that examine what types of rights are actually being protected by the constitutional and supreme courts in practice, particularly from a comparative perspective. Some good exceptions are the studies organized by Gretchen Helmke and Julio Ríos-Figueroa in “Courts in Latin America.”<sup>8</sup> However, as far as we know, there are no studies that compare the role played by constitutional or supreme courts in the defense of individual and social rights, specifically with regard to the link between the protection of rights and the extent to which social actors are granted standing to assert constitutional claims.

This paper intends to add some thoughts regarding this area by analyzing the relationship between the protection of rights and the extent to which plaintiffs are granted the right to file constitutional claims in Colombia and Brazil in the Colombian Constitutional Court (*Corte Constitucional de Colombia*) and to the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*), respectively.

The first section of this article we will briefly analyze the different main types of constitutional review systems. The second section, focusing in Latin America, will present the mixed system and characterize the Brazilian and the Colombian models. The third section will present the criteria of *autonomy* and *authority* for constitutional and supreme courts and the instruments used by the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court. The fourth section will present data on the effective protection of social and individual rights by the Brazilian Supreme Court and Colombian Constitutional Court and on the relationship between the standing to bring constitutional lawsuits to constitutional and supreme courts and the protection of rights and how this relationship is seen in Colombia and Brazil.

<sup>5</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 297.

<sup>6</sup> HIRSCHL, Ran. ‘Juristocracy’ – Political, not Juridical. **The Good Society**, State College, vol. 13, n. 3, p. 6-11, nov. 2004; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007; HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, **Annual Review of Political Science**, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008.

<sup>7</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

<sup>8</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

## 2. THE MAIN TYPES OF CONSTITUTIONAL REVIEW SYSTEMS

Judicial review or constitutional review, which can be defined as “the formal power of a local court or a court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution”,<sup>9</sup> which once was “an American peculiarity”, as described by Alexis de Tocqueville,<sup>10</sup> has spread throughout the globe. According to Ginsburg and Versteeg,<sup>11</sup> 83% of the world’s constitutions now include (explicitly or implicitly) some form of constitutional review.

The first system of constitutional review or judicial review was created in the United States of America and became famous after *Marbury v. Madison*, in 1803, when the Supreme Court of the US for the first time explicitly ruled that a federal law that is not in accordance with the constitution should be considered null and void.<sup>12</sup>

Although the US Constitution is not explicit about the power of federal courts to strike down statutes that are incompatible with it, many scholars<sup>13</sup> believe that the founding fathers assumed that this role would be within the judicial power. Hamilton dedicated much of Federalist 78 to expressing the ideas that were put in practice by Marshall and the US Supreme Court in *Marbury v. Madison*.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014. p. 4.

<sup>10</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Tradução de R. D. Heffner. New York: New American Library, 2001. p. 72.

<sup>11</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014. p. 4.

<sup>12</sup> NOWAK, John. E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 1-20; 22-114.

<sup>13</sup> SNOWISS, Sylvia. **Judicial review and the law of the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1990; TREANOR, William. Judicial Review before *Marbury*. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, n. 2, p. 455-562, 2005; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

<sup>14</sup> From the decision in *Marbury v. Madison*, we point out the main reasons for judicial review: “*It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So, if the law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case, conformable to the law, disregarding the constitution; or conformable to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case: this is of the very essence of judicial duty. If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle, that the constitution is to be considered, in court, as a Paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions.*” (UNITED STATES. United States Supreme Court. **Marbury v. Madison**. Justia.com: US Supreme Court Center. 19 p. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html> >. Acesso em: 18 set. 2013. p. 17)

The American system of judicial review is known to be decentralized, concrete and with *inter partes* and *ex tunc* effects.<sup>15</sup> Therefore, all judges and courts can declare a law unconstitutional (decentralized model); this declaration must occur in the judgment of a case or controversy (concrete review), and the ruling will affect only the parts (*inter partes* effect) with retroactive effects, which convey the idea of the invalidity of the law since its creation (*ex tunc* effects).<sup>16</sup>

Over the course of the development of the American system, some of its traditional characteristics have been altered or softened. *Stare decisis*, typical of common law systems, which states that judges should observe the rulings of higher courts, directly affects the *inter partes* effect and even the decentralization of the system. As judges and courts should observe the decisions of higher courts, the rulings of higher courts, especially those of the US Supreme Court affect the decisions of all judges and tribunals all over the country. Therefore, the decisions of the US Supreme Court affect all litigants, not only the parties of the particular case. The role played by this court is decisive in terms of pronouncing the last word on constitutional (and legal) interpretation, which does not change the power that all judges have to use judicial review but instills far greater importance in the rulings of the US Supreme Court as the center of the most binding and final decisions in the country.<sup>17</sup>

Over the course of its development, American judicial review has started to admit *nonretroactive* effects<sup>18</sup> and, as pointed out by Sweet and Shapiro (2006),<sup>19</sup> has begun to exercise some kind of “abstract review of legislation.”<sup>20</sup> While the American

<sup>15</sup> Based on the classification created by Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999).

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 64-65.

<sup>17</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo Americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. **Direito Público**, Brasília, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./dez. 2003.

<sup>18</sup> According to Laurence Tribe: “First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principal of law, either by overruling past precedent on which litigants may have relied, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed. Second, ... we must ... weight the merits and demerits in each case by looking to de prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. Finally, we [must] weigh [h] the inequity imposed by retrospective application, for where a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the injustice or hardship by a holding of nonretroactivity” (TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: Foundation Press, v. 1, p. 207-285; 302-385, 2000. p. 219). Good examples of nonretroactive effects cases are *Linkletter v. Walker* and *Chevron Oil Co. v. Huson* (p. 218-219).

<sup>19</sup> SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. Abstract and concrete review in the United States. In: SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. **On Law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2006.

<sup>20</sup> Sweet and Shapiro make the point of “abstract” judicial review in the U.S., by analyzing how the Courts behave in cases of “preliminar injunctions and declaratory judgments” and when it applies the criteria of “facial overbreadth and vagueness” (SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. Abstract and concrete review in the United

system does not have a special “constitutional claim” proceeding, the writ of certiorari is currently the main legal instrument through which to access the US Supreme Court.<sup>21</sup>

In contrast, with the “American” model, there is another system – called the “European” or “Austrian” system of judicial review – in which a specialized constitutional court has constitutional review power, while the rest of the judiciary cannot void legislation. Due to this characteristic, this system is also named the “centralized” model because judicial review is centralized in one organ.<sup>22</sup>

The centralized model, or “European” model, was created by Hans Kelsen and applied in the Austrian Constitution of 1920 (*Oktoberverfassung*), which conceived of the first constitutional court – the Austrian *Verfassungsgerichtshof*. The early Austrian system is described as centralized, abstract and with *erga omnes* and *ex nunc* or prospective effects,<sup>23</sup> which is the exact opposite of the American model in its early development.

In the original Austrian model, constitutional questions could only be addressed by the federal government or by the government of the “*Länder*” – equivalent to states in a federal system – through a specific action and would be analyzed, not in the context of a case or controversy but as an “abstract” question of constitutionality.<sup>24</sup> The court could void a law when it was considered unconstitutional, which affected all branches and organs in the federation and all the citizens (*erga omnes* effects), but the effects could be postponed to the future – six months<sup>25</sup> after the decision.<sup>26</sup>

Due to the great limitations of the early model, in 1929, Austrian centralized constitutional review was expanded through the *Verfassungsnovelle*<sup>27</sup> to create a “concrete” review system, in addition to the “abstract” review, through which constitutional questions could arrive at the Constitutional Court from the higher courts in the Austrian

---

States. In: SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. **On Law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2006).

<sup>21</sup> REHNQUIST, William. H. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002, p. 232.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>23</sup> ERMACORA, Felix. Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen. In: MERKL, Adolf; VERDROß, Alfred; MARCIC, René; WALTER, Robert (Eds.). **Festschrift Für Hans Kelsen Zum 90. Geburtstag**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1971; KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>24</sup> It is interesting to note that, according to Ginsburg and Versteeg (GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014. p. 5), the Austrian Constitutional Court was designed as an “explicitly political body” to “adjudicate constitutional disputes (chiefly those involving Austrian federalism)”.

<sup>25</sup> Six months in the early model (1920). Then, after 1929, there were great changes to the centralized model, which enlarged this period to up to a year.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>27</sup> A constitutional reform in Austria to enhance the centralized judicial review.



judicial system – e.g., the Administrative Supreme Court (*Verwaltungsgerichtshof*) and the Austrian Supreme Court (*Obstergerichtshof*).<sup>28</sup>

The centralized system was adopted by a great number of countries, starting with Czechoslovakia (Const. art. 54.13 (1920)), Liechtenstein (Const. art. 104 (1921)), Iraq (Const. art. 83 (1925) and then by countries such as and Italy (1947) and Germany (1949).<sup>29</sup> Ultimately, the system was adopted into the Basic Law of postwar Germany, which experimented with remarkable developments, especially the constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*), an instrument that allows individuals to directly address constitutional questions to the court<sup>30</sup>.<sup>31</sup> However, the German constitutional tradition was more closely connected to the *ex tunc* effects approach – which was a large difference from the Austrian model, which engaged in *ex nunc* (or prospective) effects<sup>32</sup>; German jurisdiction, in some cases, evolved to accept nonretroactive effects in its decisions.<sup>33</sup>

Later, “Kelsenian” type constitutional courts were adopted in many European countries such as Portugal (1976), Spain (1978) and the former Soviet bloc after the cold war.<sup>34</sup>

In addition to the “American” and the “European” (or “Austrian”) models of constitutional review there is another centralized model associated with the 1958

<sup>28</sup> ERMACORA, Felix. Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen. In: MERKL, Adolf; VERDROB, Alfred; MARCIC, René; WALTER, Robert (Eds.). **Festschrift Für Hans Kelsen Zum 90. Geburtstag**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1971; KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>29</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014. p. 6.

<sup>30</sup> In addition to the constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*), which corresponds to the largest number of cases, the German system includes “abstract” and “concrete” reviews as parts of the Federal Constitutional Court’s (Bundesverfassungsgericht) jurisdiction. (SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. Abstract and concrete review in the United States. In: SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. **On Law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2006, p. 24).

<sup>31</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>32</sup> There was a big debate between Heckmann (HECKMANN, Dirk. **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997) and Ipsen (IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980) on German constitutional law on *ex nunc* or *ex tunc* effects by the Constitutional Court case law. While HECKMANN defended *ex nunc* or prospective effects with arguments similar to the ones used by Kelsen, IPSEN, based on the German tradition, favored *ex tunc* effects. The traditional view has prevailed in the *Bundesverfassungsgericht* case law, but it has started to adopt prospective effects in some cases, according to § 79 of the Constitutional Court Act (*BVerfG - Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

<sup>33</sup> HEUN, Werner. Normenkontrolle. In: BAND, Erster. **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Herausgegeben von Peter Badura und Horst Dreier**: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 633.

<sup>34</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014, p. 6.

Constitution of France; this model was transported to many former French colonies that gained independence.<sup>35</sup> The French *Conseil Constitutionnel* was a specialized court that was known to exercise an “*a priori*” judicial review, which can be understood as a preventive constitutional review because it was designed to hear challenges to legislation from a limited number of governmental actors before legislation was promulgated.<sup>36</sup> Constitutional amendments in 2008 transformed the French system to include postpromulgation review, making it much more similar to the German model.<sup>37</sup>

### 3. THE MIXED JUDICIAL REVIEW SYSTEMS IN LATIN AMERICA AND THE MODELS APPLIED IN BRAZIL AND COLOMBIA

Inspired by the American experience, many countries in Latin America created constitutions, such as Brazil (Imperial Constitution of 1824), Mexico (1824) and Gran Colombia<sup>38</sup> (1821, also called Cúcuta Constitution), etc. It was no surprise that the first model of judicial review adopted in certain countries in the region was the American model.<sup>39</sup>

After the emergence of the European model in 1920, some constitutions in Latin America started to practice “abstract” review in addition to the concrete review that continued to be used.<sup>40</sup> There were countries that created specialized constitutional courts, such as Colombia. Others created special bodies inside their supreme courts to function as a “constitutional court”, such as “Sala Cuarta” in Costa Rica. Others countries enlarged the jurisdiction of their supreme court to include the exercise of “abstract” review, which occurs in the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> FAVOREU, Louis. **Constitutional courts**. Baton Rouge: Center of Civil Law Studies - LSU Law Center, 2001. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=CVxQAQAIAAJ&q=louis+favoreu+2001&dq=louis+favoreu+2001&hl=en&sa=X&ei=tUnIU9OVBo7ksATqI4CoBQ&ved=0CBsQ6AEWAA>>. Acesso em: 3 abr. 2014; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

<sup>36</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014; FAVOREU, Louis. **Constitutional courts**. Baton Rouge: Center of Civil Law Studies - LSU Law Center, 2001. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=C-VxQAQAIAAJ&q=louis+favoreu+2001&dq=louis+favoreu+2001&hl=en&sa=X&ei=tUnIU9OVBo7ksATqI4CoBQ&ved=0CBsQ6AEWAA>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

<sup>37</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

<sup>38</sup> Corresponding to countries like Colombia, Venezuela, Ecuador and Panama.

<sup>39</sup> SCHOR, Miguel. Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 41, n. 1, p. 1-35, 2005. p. 15-20; JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

<sup>40</sup> JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

<sup>41</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

This Latin American blend of centralized and decentralized systems created what many scholars call hybrid or mixed judicial review systems.<sup>42</sup>

Jackson and Tushnet affirm that hybrid systems also exist, where all judgments and courts can refuse to apply unconstitutional laws, but there is also a special court with the specific function of exercising judicial review.<sup>43</sup> Brewer-Carias gave special emphasis to the mixed model, calling it a “Latin American contribution” to judicial review and stating that Latin America “deserves the credit for having originated hybrid systems in the 19th century.”<sup>44</sup> Louis Favoreu also understands that, in addition to the American and European models, there is a Latin American<sup>45</sup> model of judicial review.<sup>46</sup>

In Brazil, judicial review of legislation started diffusely and, especially under the 1988 Constitution, amplified the role of *Supremo Tribunal Federal* of the Constitutional Court. However, the large volume of “*recursos extraordinários*” led the Brazilian Supreme Court into a serious crisis due to the risk of not only being unable to fulfill its constitutional role but also its failure as institution.<sup>47</sup> With the “*repercussão geral*”<sup>48</sup> requirement, the Brazilian Supreme Court attempted to deal with its enormous volume of cases, trying to diminish its dysfunctional character.

Regarding the types of constitutional adjudication, the Brazilian system can be considered a mixed or hybrid model. Judicial review can be exercised by all judges and tribunals along the entire judicial hierarchy of the nation, mainly in concrete review cases. The Federal Supreme Court plays a very special role, not only as the last court of appeal in the hierarchy of the nation but also as a constitutional court. Both concrete and abstract review are within the jurisdiction of the Supreme Court; however, abstract review is not open to everyone but only to few political actors, such as the federal and state governments, the prosecutor general, the heads of the senate and the house of

<sup>42</sup> BREWER-CÁRIAS, Allan-Randolph. **Reflexiones sobre el constitucionalismo en América**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2001; JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

<sup>43</sup> JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006. p. 466.

<sup>44</sup> BREWER-CÁRIAS, Allan-Randolph. **Reflexiones sobre el constitucionalismo en América**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2001. p. 33.

<sup>45</sup> Scholars (RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 32) usually consider Latin America a group of eighteen countries, which excludes Cuba. This group includes Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Colombia, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela.

<sup>46</sup> FAVOREU, Louis. **Constitutional courts**. Baton Rouge: Center of Civil Law Studies - LSU Law Center, 2001. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=CVxQAQAIAAJ&q=louis+favoreu+2001&dq=louis+favoreu+2001&hl=en&sa=X&ei=tUnIU9OVBo7ksATqI4CoBQ&ved=0CBsQ6AEwAA>>. Acesso em: 3 abr. 2014. p. 125.

<sup>47</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.

<sup>48</sup> Created by constitutional amendment n. 45/2004.

representatives, represented political parties, the Brazilian Bar Association and confederations or national unions. Brazilian constitutional review can be characterized as an *a posteriori* system, as adjudication is conducted after the legislation is implemented.<sup>49</sup>

Colombia is a good example of “the mosaic”<sup>50</sup> of constitutional adjudication that characterizes Latin America.

On one hand, similar to the Brazilian model, Colombia practices concrete, diffused, *a posteriori* review when an individual files a petition (for example, *recurso de amparo* or *acción de tutela*) at a lower level of the judicial hierarchy when he or she considers the law (or other decree) unconstitutional because it violates his or her constitutional rights.<sup>51</sup> However, unlike what occurs in Brazil, in Colombia, as noted by Juan Carlos Rodríguez-Raga, “the Colombian Constitutional Court may choose to review any lower-court decision on a petition, having therefore, the ability to discretionally grant certiorari to a case and settings its own agenda”<sup>52</sup>

On the other hand, the Colombian Constitutional Court practices abstract constitutional review. Such a review can be *a priori* or *a posteriori*,<sup>53</sup> including the analysis of laws before or after promulgation. Such a review can address not only to laws but also international treaties, executive emergency decrees, and statutes. Unlike the Brazilian system, the Colombian Constitutional Court can act *ex officio*, without provocation, especially with regard to *a priori* reviews.

Regarding *a posteriori* abstract reviews in Colombia, the main procedural instrument is the *API – Acción Pública de Inconstitucionalidad*, which is Spanish for “public action of unconstitutionality”; this can be a claim against ordinary bills, executive ordinary (delegated) decrees, and constitutional amendments. However, again, unlike the Brazilian system, where standing to address abstract constitutional questions to the Supreme Court (STF) is closed to a specific list of political actors, the Colombian *API* can be filed by any citizen and with very few formalities.<sup>54</sup> In fact, as noted by Cepeda,

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1125; BARROSO, Luíz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

<sup>50</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

<sup>51</sup> RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 83.

<sup>52</sup> RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 82.

<sup>53</sup> A *a posteriori* abstract review is mainly exercised through APIs, which stands for *Acción Pública de Inconstitucionalidad*, Spanish for “public action of unconstitutionality”.

<sup>54</sup> RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 82.

Colombia is famous as “the most open and accessible constitutional review system in the Western World”<sup>55</sup>

Although abstract review plays a large role in the Colombian Constitutional Court system, a great number of cases in the court’s dockets are based on concrete review, especially the “*tutelas*”, which have become a major instrument for protecting citizen’s constitutional rights.

According to the information found in the Constitutional Court’s website,<sup>56</sup> from 1992 to 2018, the court judged 25,182 cases, including 18,843 sentences on the procedure of *acción de tutela* (80.5%) and 6,339 decisions in abstract reviews (*acción pública de inconstitucionalidad*) (25%).

The numbers in Brazil are dramatically higher than those in Colombia. The Federal Supreme Court of Brazil, in 2018 alone (until sept. 2<sup>nd</sup>), decided 84,950 cases, including 64,681 “*recursos extraordinários*” (extraordinary appeals) or related “*agravos*”.<sup>57</sup> In less than one year, the Brazilian Supreme Court decided over three times the number of cases as the Colombian Constitutional Court in 26 years. The alarming number of cases that reach and are decided by the Supreme Court explains a large part of the dysfunctional character of the court.<sup>58</sup>

After this view of the Brazilian and Colombian jurisdictional systems, we will analyze the criteria of “autonomy” and “authority”, specifically with regard to the actual protection of rights and the role played by the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court through their jurisdictional procedures.

#### 4. THE CRITERIA OF AUTONOMY AND AUTHORITY OF CONSTITUTIONAL AND SUPREME COURTS AND THE INSTRUMENTS USED BY THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Why can some supreme or constitutional courts protect social and individual rights in a more effective way than others?

<sup>55</sup> CEPEDA Apud RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 82.

<sup>56</sup> COLOMBIA. Colombian Constitutional Court. Available at: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>>. Last accessed: 30 aug. 2018.

<sup>57</sup> BRAZIL. Supreme Federal Court. Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio>>. Last accessed: 30 aug. 2018.

<sup>58</sup> As an attempt to solve this problem, most of the judgements by the STF are not decided by the full court. The majority of the decisions are constructed by the Justice-Rapporteur (assigned Justice). This problem is pointed out by Juliano Benvindo in BENVINDO, Juliano Zaiden. Do solipsismo supremo à deliberação racional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan./jun. 2017. p. 174. According to Benvindo, in 2015, the STF produced a total of 116,669 decisions but only 17,752 as a full body (p. 175).

There have been some institutional explanations from scholars in comparative constitutional law that are starting to be tested by empirical studies.<sup>59</sup> Although there are still a small number of papers that examine the protection of rights by constitutional or supreme courts from a comparative perspective, such works are beginning to emerge, including studies on Latin America.<sup>60</sup> These studies take into account two broad dimensions in measuring the role played by the court: autonomy (or independence) and authority (or power).<sup>61</sup>

The criterion of autonomy or independence can be understood as the “judge’s freedom to decide according to his or her own sense of what the law requires”<sup>62</sup> or, in other words, “the ability and willingness of courts to decide cases in light of the law without undue regard to the views of other government actors”<sup>63</sup>

Daniel Brinks and Abby Blass divide the criteria of autonomy into two different dimensions: *ex ante* and *ex post* autonomy. *Ex ante* autonomy “is concerned with pluralism in the process of appointing justices, and with the ability of a single outside actor to control appointments”. *Ex post* autonomy “measures the extent to which a single actor can shape and manipulate the incentives of sitting justices”.<sup>64</sup>

The criteria of *ex ante* and *ex post* autonomy are very important for the role played by the constitutional or supreme court (as an institution) and its members (individually), but the present article will focus specifically on another important aspect of the criterion of authority: the standing to file constitutional claims with the court.

As pointed out by Brinks and Blass, even “the most autonomous and unaccountable court in the world will not be an influential political force if it is difficult to access or lacks the tools to act decisively on a wide range of issues”.<sup>65</sup> This perspective is the reason for the importance of the dimension of authority.

<sup>59</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

<sup>60</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

<sup>61</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017; HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; RIOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

<sup>62</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 306.

<sup>63</sup> STATON, Jeffrey; MOORE, Will. Judicial Power in Domestic and International Politics, *International Organization*, Cambridge, v. 65, n. 3, 2011, p. 553-587.

<sup>64</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 296.

<sup>65</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 311.

Authority or power is a dimension that “evaluates the court’s ability to intervene decisively on a broad range of politically relevant issues, on behalf of a broad range of actors.”<sup>66</sup>

This dimension can be seen in three domains: a court’s formal toolkit, its accessibility, and its decisive capacity.<sup>67</sup>

The first includes all the main elements that define the scope of the court’s jurisdiction, such as the nature and number of rights it adjudicates and other powers it might have beyond deciding cases (like impeaching presidents or supervising elections). The second involves the nature and number of actors that are entitled to bring cases before the court and the procedural instruments (mechanisms) used to access the court. The third and final aspect relates to the effect of the court’s judgments: whether the decisions have general binding effects (*erga omnes*) or just *inter partes* effects.<sup>68</sup>

The present article aims to examine the second abovementioned aspect of authority: the different types of procedural instruments used to access the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Supreme Court and, in particular, the accessibility in each system (who can bring constitutional claims to the courts). The main purpose is to discuss the accessibility of the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court and how this accessibility might affect the role performed by each court in terms of the protection of social and individual rights.

Thus, based on the classification proposed by Cappelletti<sup>69</sup> and taking the range of models and institutions created throughout the development of constitutionality control<sup>70</sup> we can distinguish four basic revision tools: (1) concrete and concentrated, *a posteriori*; (2) concrete and diffuse (decentralized), *a posteriori*; (3) abstract and concentrated (centralized), *a priori*; and (4) abstract and concentrated (centralized), *a posteriori*.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 296.

<sup>67</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 311.

<sup>68</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 311.

<sup>69</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>70</sup> SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 107-112.

<sup>71</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 41.



(1) concrete-centralized-*a posteriori*

In concrete instruments of centralized *a posteriori* review, such as the Spanish *amparo*, the German *Verfassungsbeschwerde* or the Mexican *controversia constitucional*, decisions can have either *erga omnes* or *inter partes* effects, or the instruments can be open to all citizens or restricted to public authorities.<sup>72</sup> We do not see very clear procedural instruments of concrete-centralized-*a posteriori* review either in the Brazilian<sup>73</sup> or the Colombian systems.

(2) concrete-decentralized-*a posteriori*

The second instrument, concrete-decentralized-*a posteriori*, corresponds to the Mexican *amparo*, the Colombian *tutela*, the Brazilian *mandado de segurança*, or the Anglo-Saxon *habeas corpus*. As a decentralized procedure, it can be heard by any judge, and the decisions, generally, have *inter partes* effects. Usually, instruments of this kind are open to every citizen. If the decisions are appealed and reach the supreme court or the instrument is presented directly to the supreme or constitutional court the judgments may acquire general effects.<sup>74</sup>

The Colombian *tutela* is an instrument that is open to all citizens, and despite the fact that it has *inter partes* effects, the *ratio decidendi* from the decision of the Constitutional Court is binding, affecting the whole society.<sup>75</sup> Specifically, when the Court declares an “unconstitutional state of affairs” through the *tutela*, it gives “general validity to its rulings”.

Diffuse-concrete-*a posteriori* instruments under the jurisdiction of the Brazilian Supreme Court, such as *mandado de segurança* or *habeas corpus*, have *inter partes* effects. On the other hand, *recursos extraordinários* with recognized *repercussão geral* (general repercussion) have general effects. *Recursos extraordinários* (extraordinary appeals) and related *Agravos* constitute the greatest number of cases on the court’s

<sup>72</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42.

<sup>73</sup> Initially, we may consider the Brazilian “reclamação” a concrete-centralized-*a posteriori* instrument. It is indeed a concrete instrument through which the court can analyze the facts of a case or controversy (it is not an abstract instrument). It can be also considered an *a posteriori* mechanism because it is not dedicated to analyzing laws that have not already been promulgated. However, the “reclamação” is not an exclusive instrument of the Supreme Court’s jurisdiction; in Brazil, “reclamações” can be addressed to various courts. Therefore, it cannot be considered a centralized instrument.

<sup>74</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42.

<sup>75</sup> COLOMBIA. Colombian Constitutional Court, Judgement T-233, 04/20/17. Available at: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/aunque-fallos-de-revision-de-tutela-tengan>>. Last accessed: 15 aug. 2018.



docket, which led Justice Moreira Alves to pronounce that “the crisis of the Federal Supreme Court is the crisis of the extraordinary appeals”<sup>76</sup>

### (3) abstract-centralized-*a priori*

The classic decisions of the French *Conseil Constitutionnel* are the prototypical example of abstract-centralized-*a priori* instruments. These instruments must have *erga omnes* effects because the procedure focuses on quality control for the lawmaking process. Generally, instruments of this kind are not open to every citizen.<sup>77</sup>

However, it is interesting to point out that the Colombian *API – Acción Pública* can be “automatic”, functioning as an instrument to control the constitutionality of a law without the need for an action by a plaintiff.<sup>78</sup> Therefore, this instrument plays a very similar role as the typical *a priori* French review system in this case.

In Brazil, there are no instruments of this kind.

### (4) abstract- centralized-*a posteriori*

The fourth type of instrument, abstract-centralized-*a posteriori*, such as the Mexican *acción de inconstitucionalidad*, the Colombian *acción pública de inconstitucionalidad*, or the German *abstraktes Normkontrollverfahren*, is based on the Kelsenian classic<sup>79</sup> model of judicial review.

The Brazilian system, currently, has several instruments of this kind: *ação direta de inconstitucionalidade* (direct action of unconstitutionality), *ação declaratória de constitucionalidade* (declaratory action of constitutionality), *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (action of noncompliance with basic precept) and *ação de inconstitucionalidade por omissão* (action of unconstitutionality for omission).

However, unlike the Colombian *acción pública de inconstitucionalidad*, which is open to all citizens, Brazilian abstract instruments of centralized constitutional review are only available to a few political or associated actors.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Poder judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.

<sup>77</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42.

<sup>78</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 42.

<sup>79</sup> The model established by the Austrian Constitution of 1920 uses abstract review, which is different from the model of the *Verfassungsnovelle* (1929) that added concrete review to the abstract review. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007)

<sup>80</sup> The federal and state governments, the general prosecutor, the heads of the senate and of the house of representatives, represented political parties, the Brazilian Bar Association and confederations or national unions.

## 5. THE EFFECTIVE PROTECTION OF SOCIAL AND INDIVIDUAL RIGHTS BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT AND ITS RELATION TO THE STANDING TO BRING A CONSTITUTIONAL LAWSUIT TO THESE BODIES

Recent studies are beginning to provide data on the effective role played by constitutional or supreme courts around the world. In particular, in Latin America, there are amazing empirical studies that locally or regionally disclose which or whose rights are being protected.

Our paper aims to analyze the protection of social and individual rights in Brazil and Colombia by the Colombian Constitutional Court and Brazilian *Supremo Tribunal Federal*.

According to Adam Clinton and Mila Versteeg, “social rights are also individual rights. They are individual entitlements that are not typically enjoyed in groups”. The authors exemplify this statement using the right to education, which “entitles individuals to have access to schooling”, or the right to healthcare, which “grants individuals a right to access basic types of healthcare”.<sup>81</sup>

A very broad study involving all *Direct Actions of Unconstitutionality*, decided by the Brazilian *Supremo Tribunal Federal* from 1988 to 2012, demonstrated that “more than protecting basic rights and guarantees, the centralized system of judicial review is an instrument for the protection of corporative interests, showing thereby a clear dissonance between the mainstream literature and the judicial practice”.<sup>82</sup>

Another study conducted by Juliano Benvindo of the University of Brasilia concluded that “acting as a Constitutional Court, the Court has done little in terms of guarding the Constitution or defending minorities, as proven here empirically”.<sup>83</sup>

Diana Kapiszewski, in her paper on the Brazilian Supreme Court, is emphatic that “case evidence suggests that the STF played a less active role in the rights realm: the sample under study contains a few important cases regarding emerging SE rights” and “the Court did not consistently enforce rights”.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> CLINTON, Adam; VERSTEEG, Mila. Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. **Law and Economics Research Paper Series**, Charlottesville, out. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2857731>>. Acesso em 30 ago. 2018. p. 11.

<sup>82</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em 14 ago. 2018. p. 1.

<sup>83</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘última palavra’, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. p. 92)

<sup>84</sup> Kapiszewski presents some hypotheses to explain the weak protection of social rights by the STF: “Though the lack of mechanisms to file rights claims directly with the high court and weak support structures for

Daniel M. Brinks, analyzing the role played by the Brazilian STF, takes a more optimistic view of the court in terms of the protection of rights. The scholar thinks that the Brazilian Supreme Court is “moderately able” to protect rights and police the separation of powers (“ventilate separation of power disputes”). Brinks states that STF justices are “protective of settled constitutional structures and understandings, including notions of due process and basic first-generation rights” but “cautious in embracing positive rights claims”<sup>85</sup>

Gretchen Helmke and Julio Ríos-Figueroa, comparing all 18 countries in Latin America, concludes that Colombian judges and, increasingly, Brazil’s magistrates “are among the major political players, capable of shaping the most important political issues of the day”.<sup>86</sup> The main difference is that, unlike Colombia, Brazil’s judiciary, especially its Supreme Court, is much more willing to solve interbranch or federal disputes and protect corporate interests than it is to adjudicate social and individual rights.<sup>87</sup>

The Colombian Constitutional Court and Costa Rica’s Sala Cuarta, “have been willing and able to both to enforce rights and to arbitrate interbranch relations”.<sup>88</sup>

In a different way, the Brazilian STF and other courts, such as the Chilean and Mexican Supreme Courts, “staked their reputations on arbitrating interbranch disputes but have largely eschewed the role of rights protector”.<sup>89</sup>

Focusing specifically on the analyzes of the Colombian Constitutional Court, Juan Carlos Rodríguez-Raga concludes that “overall, from a comparative perspective, the Colombian Constitutional Court has earned a well-deserved reputation for its

---

constitutional rights adjudication help to explain why the STF did not receive more rights cases, those factors do not account for the STF’s meek rulings on the rights cases it did decide. (...) In combination, pragmatism (“economic and political realities”) and remnant conservatism likely dampened enthusiasm for rights protection on the few broad-based rights cases the STF received and decided in the early post transition period.” (KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 170-174).

<sup>85</sup> BRINKS, Daniel. “Faithful Servants of the Regime”. The Brazilian Constitutional Court’s Role under 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 147.

<sup>86</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 21.

<sup>87</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais**. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em 14 ago. 2018; KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

<sup>88</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

<sup>89</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

autonomy” and “occupies a central position in the Colombian political arena and plays a vital role for the protection of citizen rights”<sup>90</sup>

In “Rethinking judicial empowerment: The new foundations of constitutional justice”, Daniel Brinks and Abby Blass apply the criteria of autonomy (*ex ante* and *ex post*) and authority to evaluate all the constitutional models in Latin America from 1975 to 2009.<sup>91</sup>

Regarding authority and, more specifically, the criteria of standing to present constitutional claims before the courts, the collected data review a particularly special role played by the Colombian Constitutional Court.

The research states that “Colombia, by most accounts the country with the most active and consequential court in the entire region, has the court with the highest degree of authority among the group, coupled with high levels of autonomy”.<sup>92</sup>

Brazil’s STF, in more recent years, has also been considered a “significant player” in the major policy disputes in the country,<sup>93</sup> but as mentioned previously, it is better at resolving interbranch disputes than it is at enforcing social rights.

The Colombian Constitutional Court, like the Supreme Court of Costa Rica, “exhibits independence vis-à-vis the executive” and “tried to compensate for the predominance of the President and the deficit of political control by the Parliament, with a strong review of economic and social policies and programs”.<sup>94</sup>

According to Carlos Bernal-Pulido, the Colombian Constitutional Court began to play this role specifically “due to the existence of public standing of individuals to take

<sup>90</sup> RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 96.

<sup>91</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017.

<sup>92</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 319.

<sup>93</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 319.

<sup>94</sup> Carlos Bernal-Pulido also includes “the current Brazilian Supreme Court” as an example of a court that is independent from the executive and has “a Strong review of economic and social policies and programs”. (BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 16) Although we agree that the current STF shows a relatively strong level of independence, other studies (BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘última palavra’, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014; HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011) show that Brazilian Supreme Court has been strong in deciding interbranch and political disputes but not in enforcing social and individual rights.

economic and social rights cases to jurisdiction by means of writs, such as the Colombian *Acción de Tutela*.<sup>95</sup>

There is a large contrast between the many procedures of abstract review in Brazil and the sole abstract action available in the Colombian system. The difference in the number of instruments may give the initial idea that rights are better protected by the various Brazilian instruments.

However, when we observe that the access to using these procedures in Brazil is limited to political authorities,<sup>96</sup> the national Bar Association and confederations or national unions and compare this situation to the open access to every Colombian citizen to file an *acción pública de inconstitucionalidad* with the Colombian Constitutional Court,<sup>97</sup> it becomes clear why we believe there is greater access to social and individual rights through the Colombian Constitutional Court and why these same rights are more effectively protected in Colombia.

As pointed out before in this paper, recent empirical research developed by the University of Brasilia Law School, which examined all the ADIs (*ações diretas de inconstitucionalidade*) decided by the Brazilian Supreme Court (STF) until 2012, came to the conclusion that the court, through abstract review, does not effectively protect individual or social rights.<sup>98</sup>

We do not yet have data on the protection of rights by the STF through concrete review procedures, but studies that do not distinguish between modes of constitutional review have stated that the Brazilian Supreme Court does not effectively protect social or individual rights.<sup>99</sup>

Costa and Benvindo's research comes to a similar conclusions as those in other comparative constitutional law studies: abstract control of constitutionality is a good way to resolve political disputes but not to protect rights.<sup>100</sup> On the other hand, accor-

<sup>95</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 16.

<sup>96</sup> Abstract review of constitutionality before the Supremo Tribunal Federal can only be requested by the federal and state governments, the prosecutor general, the heads of the senate and of the house of representatives, represented political parties, the Brazilian Bar Association and confederations or national unions.

<sup>97</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 49.

<sup>98</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em 14 ago. 2018. p. 74-80.

<sup>99</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017; KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

<sup>100</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 43.

ding to these studies, instruments of concrete review are better suited to the defense of rights.<sup>101</sup>

Of course, this finding does not mean that all concrete procedures of judicial review, centralized or uncentralized, lead to good levels of protection of social and individual rights or that abstract procedures of judicial review are not able to protect rights. The issue is much more complex than that. However, the studies show a tendency, which has been observed in the various judicial review mechanisms – that concrete procedures tend to protect rights in a more effective way than abstract ones.

The explanation for this phenomenon may lie in the access to constitutional or the supreme courts. Concrete procedures could be seen as better instruments to protect individual or social rights because they allow individuals – as long as the mechanism is open to general citizens – to bring constitutional claims related to violations of their own rights.

The mixed system of instruments in the Colombian Constitutional Court, especially the *tutelas* (concrete instrument) and the *acción pública de inconstitucionalidad* (abstract instrument), makes the court capable of effectively protecting social and individual rights.

The Colombian Constitutional Court is known as one of the strongest tribunals in terms of the protection of fundamental rights, especially those related to individual and social rights. According to the court, there is an absolute minimum “below which each citizen has a constitutional right to enjoy the necessary means for a basic level of subsistence.”<sup>102</sup>

As observed by Carlos Bernal, “the minimum core is different from reasonableness”<sup>103</sup>. While reasonableness is based on the idea that only the executive and legislature are empowered to establish the minimum amount and judges should be deferential to this determination unless it is unreasonable, the minimum core doctrine states that

<sup>101</sup> RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 43; RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**: Can Courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 18; SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: Constitutional Politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000. p. 107-112.

<sup>102</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 11.

<sup>103</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 11.

courts can “determine the minimum amount and quality of goods and services that political authorities should deliver to the individuals”.<sup>104</sup>

The Colombian Constitutional Court’s case law offers a great number of examples of the use of the minimum core doctrine (see, the judgments: SU-559/1997, T-068/1998, T-153/1998, SU-090/2000, T-068/2010, T-025/2004 and T-760/2008). For example, concerning the right to water, the court decided that every citizen should receive a minimum amount of clean water daily (see, the judgment T-740/2011). In the same sense, when applied to the right to health, the court determined that the government must guarantee a minimum schedule of products and services (medical services and medicines) to all individuals, regardless of their income level (T-760/2008).

The Colombian Constitutional Court has also has an important role as protector of social rights in structural cases concerning a variety of themes, such as the lack of compliance with the state’s duty to link public officials to the social security system (judgments SU-559/97, T-068/98, T-535/99, and SU-090/2000), prison overcrowding (Judgment T-153/98), too little protection granted to human rights advocates (judgment T-590/98), constitutional rights of internally displaced people (judgment T-025/2004) and the right to health care (judgment T-760/2008).

In some of these structural cases, the Colombian court declared the existence of an “unconstitutional state of affairs”, which means “a massive violation of human rights, which is cause buy a significant institutional blockage that must be overcome with the engagement of various state agencies”.<sup>105</sup>

In other cases, in addition to the declaration of “unconstitutional state of affairs”, the court delivered “orders to the legislative and the executive related to the design and performance of specific policies and programs” and “empowered itself with the competence to supervise the fulfilment of those orders in yearly public hearings”.<sup>106</sup>

Colombian justices of the Constitutional Court are considered defenders and expansionists of the welfare state, especially through decisions extending the benefits of social and economic rights to previously excluded groups.<sup>107</sup>

The Brazilian Supreme Court, *Supremo Tribunal Federal* (Federal Supreme Court), has also dealt with structural cases. In a decision on the violation of the constitutional

<sup>104</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 11.

<sup>105</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 12.

<sup>106</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 12-13.

<sup>107</sup> BRINKS, Daniel.; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017. p. 302.

rights of the inmates due to overcrowded prisons (judgment of 27 September 2015), the Brazilian Supreme Court, like its Colombian counterpart, declared the existence of “an unconstitutional state of affairs”.<sup>108</sup>

This declaration of the existence of an “unconstitutional state of affairs” means there is “a massive violation of human rights, which is caused by a significant institutional blockage that must be overcome with the engagement of various state agencies”.<sup>109</sup>

However, from a comparative perspective, the Brazilian STF does not protect rights as effectively as the Colombian Constitutional Court. Based on Ran Hirschl’s theory on the “juristocracy”,<sup>110</sup> we may construct explanations for this conclusion involving the social and political structures in Brazil and the interrelations between political and economic actors. According to Hirschl, “no theory of judicial review (...) is complete if it does not consider the political determinants of judicial empowerment and behavior, and the interplay between the political and judicial spheres”.<sup>111</sup>

To make this analysis even more challenging and more complete, there are some studies that demonstrated that the poorest members of societies face greater difficulty in having their rights protected by their main courts. One study on Brazil “notes that most judicial decisions enforcing social welfare rights involve the direct provision of goods towards litigants who can afford the court system, instead of broad distributional change for the poorest”.<sup>112</sup> Even the well-regarded Constitutional Court of Colombia has had some difficulty with this matter. A study conducted by David Landau (2012) “shows (...) that judicial enforcement of social rights tends to direct resources towards higher income groups that can afford to go to court, while failing to improve the lives of the poorest citizens”.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 12.

<sup>109</sup> BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 12.

<sup>110</sup> HIRSCHL, Ran. ‘Juristocracy’ – Political, not Juridical. **The Good Society**, State College, vol. 13, n. 3, p. 6-11, nov. 2004; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>111</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, **Annual Review of Political Science**, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008. p. 113.

<sup>112</sup> CLINTON, Adam; VERSTEEG, Mila. Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. **Law and Economics Research Paper Series**, Charlottesville, out. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2857731>>. Acesso em 30 ago. 2018. p. 8.

<sup>113</sup> CLINTON, Adam; VERSTEEG, Mila. Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. **Law and Economics Research Paper Series**, Charlottesville, out. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2857731>>. Acesso em 30 ago. 2018. p. 8.



## 6. CONCLUSION

Although there are many factors that influence the role of a court with regard to the protection of rights (such as *ex ante* and *ex post* autonomy), one of the main aspects is the criterion of authority and, specifically, its second dimension (openness to access the court).

Based on the research of the scholars of the University of Brasilia Law School,<sup>114</sup> Justice Luiz Roberto Barroso of the Brazilian Supreme Court, in a very recent decision, verified the “restrictiveness” of the Brazilian abstract judicial review system before the STF and interpreted the law to enlarge the criterion of “thematic relevance” (“*pertinência temática*,” in Portuguese) to grant access (standing) to a national gay association to defend its ideas in an abstract constitutional review procedure (ADPF n. 527).<sup>115</sup>

The express declaration of one of the justices of the STF regarding the restrictive aspect of the Brazilian constitutional review system shows that it is one of the points that need to be considered to improve the system. A more open system that controls the number and subjects of cases that reach the court and that focuses on effective social and individual rights protection can change Brazil’s “eschewed role”<sup>116</sup> in rights adjudication.

After examining the data on the Colombian Constitutional Court’s case law, Rodríguez-Raga concluded that the court plays its “vital role for the protection of citizen rights, especially because of the openness of the country’s constitutional justice system”. In Colombia, “not only can any citizen present in front of a lower court but also, with very few formalities, any citizen can file a constitutional challenge to legislation (i.e., an abstract review case).”<sup>117</sup>

The comparison between Brazil and Colombia presents relevant insights into how the dimension of authority and, specifically, standing to access the main courts in each system can make a large difference in the protection of social and individual rights.

<sup>114</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em 14 ago. 2018.

<sup>115</sup> BRAZIL. Supreme Federal Court. ADPF 527 MC. Min. Roberto Barroso. Decision of July 2, 2018, published in August 31, 2018. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Last accessed: 30 aug. 2018.

<sup>116</sup> HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

<sup>117</sup> RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 96.

## 7. REFERENCES

- ALVES, José Carlos Moreira. Poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.
- BARROSO, Luíz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A 'última palavra', o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Do solipsismo supremo à deliberação racional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 149-178, jan./jun. 2017.
- BERNAL-PULIDO, Carlos. The constitutional protection of economic and social rights in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Eds.). **Comparative constitutional law in Latin America**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.
- BRAZIL. Supreme Federal Court. ADPF 527 MC. Min. Roberto Barroso. Decision of July 2, 2018, published in August 31, 2018. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Last accessed: 30 aug. 2018.
- BRAZIL. Supreme Federal Court. Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessinicio>>. Last accessed: 30 aug. 2018.
- BREWER-CÁRIAS, Allan-Randolph. **Reflexiones sobre el constitucionalismo en América**. Caracas: Jurídica Venezoelana, 2001.
- BRINKS, Daniel. "Faithful Servants of the Regime". The Brazilian Constitutional Court's Role under 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 296-331, apr. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CLINTON, Adam; VERSTEEG, Mila. Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending. **Law and Economics Research Paper Series**, Charlottesville, out. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2857731>>. Acesso em 30 ago. 2018.

COLOMBIA. Colombian Constitutional Court, Judgement T-233, 04/20/17. Available at: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/aunque-fallos-de-revision-de-tutela-tengan>>. Last accessed: 15 aug. 2018.

COLOMBIA. Colombian Constitutional Court. Available at: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>>. Last accessed: 30 aug. 2018

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em 14 ago. 2018.

ERMACORA, Felix. Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen. In: MERKL, Adolf; VERDROß, Alfred; MARCIC, René; WALTER, Robert (Eds.). **Festschrift Für Hans Kelsen Zum 90. Geburtstag**. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1971.

FAVOREU, Louis. **Constitutional courts**. Baton Rouge: Center of Civil Law Studies - LSU Law Center, 2001. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=CVxQAQAAIAAJ&q=louis+favoreu+2001&dq=louis+favoreu+2001&hl=en&sa=X&ei=tUnIU9OVBo7ksATq14CoBQ&ved=0CBs-Q6AEwAA>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587, 2014.

HECKMANN, Dirk. **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HEUN, Werner. Normenkontrolle. In: BAND, Erster. **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Herausgegeben von Peter Badura und Horst Dreier**: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

HIRSCHL, Ran. 'Juristocracy' – Political, not Juridical. **The Good Society**, State College, vol. 13, n. 3, p. 6-11, nov. 2004.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, **Annual Review of Political Science**, Palo Alto, v.11, p. 93.118, 2008.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law**. 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector: The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOWAK, John. E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 1-20; 22-114.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

REHNQUIST, William. H. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for Constitutional Justice in Latin America. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

RODRIGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press. 1991.

SCHOR, Miguel. Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 41, n. 1, p. 1-35, 2005.

SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo Americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. **Direito Público**, Brasília, ano 1, n. 2, p. 55-82, out./dez. 2003.

SNOWISS, Sylvia. **Judicial review and the law of the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1990.

STATON, Jeffrey; MOORE, Will. Judicial Power in Domestic and International Politics, **International Organization**, Cambridge, v. 65, n. 3, 2011, p. 553-587.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: Constitutional Politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000.

SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. Abstract and concrete review in the United States. In: SWEET, Alec Stone; SHAPIRO, Martin. **On Law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford Scholarship Online. 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Tradução de R. D. Heffner. New York: New American Library, 2001.

TREANOR, William. Judicial Review before Marbury. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, n. 2, p. 455-562, 2005.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: Foundation Press, v. 1, p. 207-285; 302-385, 2000.

UNITED STATES. United States Supreme Court. **Marbury v. Madison**. Justia.com: US Supreme Court Center. 19 p. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 18 set. 2013.





## Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”

### *Direito Constitucional ao redor do globo: o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e o “writ of certiorari”*

**LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAÚJO** <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Faculdade Boa Viagem/Devry (Recife, Pernambuco, Brasil)

luizdinizaraujo@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-7682-0038>

**Recebido/Received:** 20.05.2020 / May 20<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 28.08.2020 / August 28<sup>th</sup>, 2020

#### Abstract

This paper exploring the writ of certiorari in the United States Constitutional Law is the second of the series “Constitutional Law Around the Globe”. This section of the series focuses on “Judicial Review and the Filters to Access Supreme and Constitutional Courts”. The first paper in the row, published in the year 2019, analyzed the Constitutionality Priority Question (Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC) in France. In this second paper, we analyze how the U.S. Supreme Court picks cases from thousands that reach it every year and the strategies that the Court adopts to filter these cases. The paper focuses specifically on Rule 10, the “writ of certiorari” and their operation in practice.

**Keywords:** judicial review; U.S. Supreme Court; access filters; Rule 10; writ of certiorari.

#### Resumo

*Este artigo, analisando o “writ of certiorari” no Direito Constitucional dos Estados Unidos, é o segundo da série “Direito Constitucional ao Redor do Globo”. Esta parte da série tem por foco “O Controle Judicial de Constitucionalidade e Filtragem de Acesso a Cortes Constitucionais e Supremas”. O primeiro trabalho, publicado no ano de 2019, tratou da Questão Prioritária de Constitucionalidade na França (Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC). Neste segundo trabalho, analisa-se como a Suprema Corte dos Estados Unidos seleciona casos entre os milhares que lhe chegam todos os anos, bem como as estratégias que a Corte adota para filtrar esses casos. O artigo tem por foco específico a Rule 10, o “writ of certiorari” e a sua utilização na prática constitucional norte-americana.*

**Palavras-chave:** controle judicial de constitucionalidade; Suprema Corte dos Estados Unidos; filtros de acesso; Rule 10; writ of certiorari.

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.73893.

\* 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.

## CONTENTS

1. Introduction; 2. Judicial review and the Supreme Court in the United States Constitutional Law; 3. The writ of certiorari; 3.1. A brief History; 3.2. Certiorari and Rule 10; 3.3. Some pros and cons of the certiorari; 4. The criteria/strategies for the selection of cases in practice; 5. Proposals for reform; 6. Conclusion; 7. References.

### 1. INTRODUCTION

This paper exploring the writ of certiorari in the United States Constitutional Law is the second of a series named “Constitutional Law Around the Globe”. This section of the series focuses on Judicial Review and the Filters to Access Supreme and Constitutional Courts. The first paper in the row, published in the year 2019, analyzed the Constitutionality Priority Question (Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC) in France.<sup>1</sup>

The intention of this chapter on filters to Constitutional and Supreme Courts is shed light on specifics of the systems under scrutiny, as well as their apex courts and how a case can be granted permission to be decided, in a time when judicial review is an important feature within many contemporary democracies.

This research is particularly fascinating in our times because the ways and filters to a case up to a Supreme or Constitutional Court can define the extent and shape of constitutional and fundamental rights in a specific jurisdiction. If in one hand the existence of filters is necessary in order to keep away from supreme courts trivial cases, on the other hand they cannot be so restrictive that keep relevant constitutional cases away from the courts of last resort.

From the 20<sup>th</sup> century on, courts (specially Supreme and Constitutional Courts) have gained power in deciding constitutional and even political cases, such as in South Korea, South Africa, New Zealand, U. S., the European Court of Justice and the European Court of Human Rights.<sup>2</sup>

In recent decades, also Latin America has experienced the empowerment of courts. Within this broader context, Constitutional Courts have been adopted (Chile in 1981; Colombia in 1991; Peru in 1993; Ecuador in 1996; Bolívia in 1998) or have gained power (Brazil in 1988; Costa Rica in 1989). As a consequence, judicialization of constitutional fundamental rights and judicial review have been in rise.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. **Consequential Courts**. Judicial Roles in Global Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1.

<sup>3</sup> COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality**. Judicialization and Political Activism in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 142.



In Brazil, there is a certain consensus among scholars, attorneys, justices, judges and lawyers in general that the growth in importance and number of cases in Brazilian Supreme Court demands reforms in order to block “unimportant” or trivial constitutional matters from reaching the High Court. One of these proposals is to rebuild the filters to access the Highest Court in the diffuse model of Brazilian judicial review<sup>4</sup>.

In this broad context, Brazilian Supreme Court (and also the lower courts and judges) has been playing a very important role in the democratic process. This has led to many important decisions involving gay marriage,<sup>5</sup> abortion,<sup>6</sup> assisted suicide, the reform of the social security system, the reform of the political system, all sorts of environmental cases, tax matters, educational matters,<sup>7</sup> criminal law matters, among others.

In this series, our aim is to proceed with coming papers exploring filters in other constitutional systems, culminating with the analysis of the filters in Brazilian Constitutional Law in comparative perspective with the other systems composing the series.

In this specific paper, we will be analyzing how the U.S. Supreme Court picks cases from thousands that reach it every year and the strategies that the Court adopts to filter these cases. It will be demonstrated how the relation “number of cases chosen/number of cases filed” has historically decreased over the decades as a result of several reforms that culminated with Rule 10 in 1988. This Rule sets some standards but in practical grounds gives broad discretion for Supreme Court Justices to decide which cases they consider worth a decision or not. In this context the writ of certiorari, major focus of this paper, is a central device.

The *problem* under scrutiny is the issue of filters to access Supreme and Constitutional Courts. In one hand scholars argue that these filters should not be so strict that block or make too difficult a decision in a case; on the other hand, they cannot be excessively loose in order to vulgarize the decisions of apex courts or even allow the size of their docket to an almost unmanageable point.

<sup>4</sup> The model of Brazilian judicial review adopted by the Constitution-1988 combines the United States model (diffuse model) and the European model (abstract model). As a result, in Brazilian system, every judge is entitled to declare a statute unconstitutional in the case to be decided. These decisions are appealable to lower courts and in last resort to the Supreme Court. In addition to that, there are direct actions (or direct constitutional lawsuits) that are decided exclusively by the Supreme Court in an abstract fashion (with general effects). A wide range of public and private actors is entitled to file these lawsuits directly into the Supreme Court on the influences of Brazilian judicial review system, see: JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 23-31, jul./set. 2017.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018.

<sup>7</sup> LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 145-165, set./dez. 2017.

The *aim* of the section Judicial Review of the Series Constitutional Law Around the Globe is to analyse filters in different constitutional systems in order to identify some of its vices and virtues and, in the end, produce a final paper approaching the theme of the filters to Supreme and Constitutional courts in a comparative perspective.

The *hypothesis* of the series is that the filters of access are important devices to be used aiming to balance the access to courts of last resort with the goal of permitting constitutional and supreme courts to decide on constitutionally important matters in a number that allows a manageable docket size, in order to preserve the quality of decisions and the system integrity.

The *methodology* used is consultation of references.

## 2. JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT IN THE UNITED STATES CONSTITUTIONAL LAW

Differently from many other north american legal traditions, that were strongly influenced by the British Law, judicial review in the United States was a creation with little antecedents in Britain. It is broadly known that judicial review is not present in the U.S. constitutional text and it is commonplace that it was created by Chief Justice John Marshall of the United States Supreme Court (or simply SCOTUS) in the year 1803, in *Marbury v. Madison*.<sup>8</sup> Nevertheless, judicial review has a much more remote origin. In the U.S., Courts exercised judicial review even before the enactment of the U.S. Constitution in the end of the XVIII Century.

In well-known cases and others already forgotten, over the last two centuries courts in the US have declared federal and state statutes constitutional, agencies acts, Presidential acts, as well as competences of state and local governments. Thus, over the centuries, judicial review has deferred to the U.S. Constitution a more practical than merely rethorical force.<sup>9</sup>

In the U.S. Constitutional Law, there were four potential candidates to the title of final arbiter of the U.S. Constitution: Congress, the President, States and Courts. Due to historical reasons, each of the three first options was rejected, making courts final interpreters of the Constitution.<sup>10</sup>

In U.S. Law, every state or federal court has the authority to decide on constitutional matters. However, all those decisions are subject to ultimate review by the

<sup>8</sup> CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

<sup>9</sup> FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 12.

<sup>10</sup> FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 13.

Supreme Court of the United States, composed by nine justices. The President, Congress, state legislatures, governors, state courts, state and federal administrative agencies,<sup>11</sup> public officials, and all ordinary citizens are subject to the authority of the Supreme Court’s decisions.<sup>12</sup>

Almost all cases the Supreme Court is to decide must first of all be granted a writ of certiorari by four of the nine justices, as it will be explained next.

### 3. THE WRIT OF CERTIORARI

Explained shortly, the way for a case up to the United States Supreme Court starts after it is decided in a Court of Appeals, a State Supreme court or other court of last resort. The losing party has to file a petition for a writ of certiorari to the Supreme Court (“cert petition”).

The respondent, then, has the right to file a brief in opposition to the writ, but she may simply waive her right to file a brief and wait to see if the Court requests one by means of a “call for response” or simply “CFR”. If the respondent files an opposition brief, the petitioner has the right to file a reply brief before the Court considers whether or not to grant certiorari.<sup>13</sup>

The Court may also invite the Department of Justice, through the Solicitor General of the United States (the “SG”), to file a brief analyzing the petition, a process named as a “call for the views of the SG,” or “CVSG.”<sup>14</sup>

This is a short explanation of the procedure that can open the Supreme Court doors to decide a case. It has not always been like this, though.

#### 3.1. A brief History

During the first century since its foundation, the United States Supreme Court did not have the power to choose the cases it would decide. Actually, the Judiciary Act (1789) enacted by Congress established that the Supreme Court would have appellate jurisdiction on several decisions from the federal circuit courts and state courts

<sup>11</sup> ALBERT, Richard; NIKOLAYEVA, Anna. Judicial review of administrative action in the United States. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 13-23, out./dez. 2017.

<sup>12</sup> FEINMAN, Jay M. **Law 101**. 5<sup>th</sup> edition. New York: Oxford University Press, 2018, p. 24-25

<sup>13</sup> THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General, **Geo. Mason L. Rev.**, Arlington, vol. 16, p. 237-302, 2009, p. 242-243.

<sup>14</sup> THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General, **Geo. Mason L. Rev.**, Arlington, vol. 16, p. 237-302, 2009, p. 242-243.

decisions that defeated rights set up by the appellant under the Constitution, laws or treaties of the United States<sup>15</sup>.

In 1891, Congress passed the Circuit Courts of Appeals Act, a response to an unmanageable increase of the Court's caseload. At the beginning of the 1890 Term, the justices had a rollup of 1,800 cases. According to the Circuit Courts of Appeals Act, a new set of federal courts of appeals was created (the circuit courts of appeals). These circuit courts had appellate jurisdiction on various classes of decisions previously directly appealable to the Supreme Court.<sup>16</sup>

Some of the circuit courts' decisions were, in turn, appealable to the Supreme Court. However, other classes of cases were decided by the circuit courts of appeals in a definitive way, except if the Supreme Court required by certiorari or otherwise the power for its review. This was the beginning for a deep shift in the Supreme Court's role.

In the decades to come, there was a trend towards reducing the Courts's mandatory jurisdiction. The justices themselves demanded and some even lobbied in favor of greater discretionary power.

In 1925, with the passage of the "Judges' Bill", an old dream of then Chief Justice Taft, became true. All decisions by the federal appellate courts would from then on be final and only reviewable by certiorari. The Court's power to discretionarily set its own agenda turned it from a neutral arbiter and interpreter of policy into an active participant in policy making. Finally, the Judiciary Act enacted by Congress in 1988 virtually eliminated the Court's mandatory appellate jurisdiction.<sup>17</sup>

Nowadays, the Supreme Court's appellate jurisdiction is almost completely discretionary through the writ of certiorari. The Court's mandatory appellate jurisdiction is established only on final judgments by three-judge district courts, required by statute for a few classes of cases, and final judgments by single-judge district courts in certain antitrust decisions.

The vast majority of the cases the Court hears come from its certiorari docket and the Court only hears a tiny minority of them. From approximately 7,000–8,000 certiorari petitions filed every year, the Court grants review to as much as about 80-90 each year.<sup>18</sup> How come? What are the rules and criteria regulating the grant of a certiorari?

---

<sup>15</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 710.

<sup>16</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 710.

<sup>17</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 712.

<sup>18</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 713.

### 3.2. Certiorari and Rule 10

Today, Rule 10 of the U.S. Supreme Court establishes broad parameters for granting a writ of certiorari. It states that

*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:*

*(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power;*

*(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;*

*(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.*

*A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.*<sup>19</sup>

Scholars have argued that these rules are insufficiently precise. In the end, the broad discretion of the Supreme Court power in granting certiorari strikes one’s attention.<sup>20</sup> The result is that while the number of cases decided by the federal courts and coming before the Supreme Court grew steadily since 1925, the number of cases the Court decides has gone in the opposite direction.

Actually, the Supreme Court’s plenary docket in 2004 was half the size it was in 1986 whereas the dockets of the federal circuit courts have increased by 82.4% during

<sup>19</sup> Available at <https://law.justia.com/codes/us/1997/title28/app/rulesofth/rule10/>. Retrieved May 4, 2020.

<sup>20</sup> MORAWA, Alexander H. E. Certiorari and the Political Judge: Discretionary Case Selection by the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Compared. **The University of Tasmania Law Review**, Hobart, Tasmania, vol. 33, n. 2, p. 222-234, 2014, p. 228.

the same period. During the 1947 Term, the Supreme Court decided 143 cases by written, signed opinion (about 11 percent of its docket); in 1967, it decided 155 cases by written, signed opinion (about 4 percent of its docket); in 1987, the Court decided 151 cases by written, signed opinion (about 3 percent of its docket); in 2007, the Court decided only 72 cases by written, signed opinion (less than 1 percent of its docket).<sup>21</sup>

Arguing a case before the Supreme Court of the US ends up being one of the most prestigious accomplishments in the American Bar. The chance to argue before the SCOTUS opens doors to high-paying opportunities and litigating issues of national importance<sup>22</sup>, so difficult it is to get a case accepted to be decided.

### 3.3. Some pros and cons of the certiorari

Quite controversial among scholars and lawyers, the certiorari has its defendants and contenders.

Its defendants list as advantages of the certiorari: (i) it is easier for the Supreme Court to change its interpretation of the Constitution; (ii) the Court can spend time on matters that are supposedly very important in order to receive a decision; (iii) the Supreme Court is allowed to intervene selectively. As a clear result, certiorari has a decisive role in shaping U.S. substantive constitutional law<sup>23</sup>. Some scholars argue that the Supreme Court's power to set its agenda may be even more important the substance of its decisions.<sup>24</sup>

On the other hand, important scholars and lawyers disagree from the core argument that certiorari allows the court to pick only important cases.<sup>25</sup> This is based on the idea that the legal system would be better off if the Supreme Court decided some ordinary legal questions resolved by lower courts routinely. This would have the advantages of (i) keeping justices informed about statutes, regulations and even how the courts of appeal and state courts' decisions operate on practical grounds; (ii) constraining lower courts on these "unimportant matters", because a Supreme Court review

<sup>21</sup> GEORGE, Tracey E.; GUTHRIE, Chris. Remaking the United States Supreme Court in the Courts' of Appeals Image. **Duke Law Journal**, Durham/NC, vol. 58, n. 7, Special Symposium Issue: Measuring Judges and Justice, p. 1439-1475, april 2009, p. 1440-1441.

<sup>22</sup> TANG, Aaron. The Ethics of Opposing Certiorari Before the Supreme Court. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge/MA, vol. 35, n. 3, p. 933-990, summer 2012, p. 940.

<sup>23</sup> HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill Source. **Columbia Law Review**, New York, vol. 100, n. 7, p. 1643-1738, nov. 2000, p. 1730-1731.

<sup>24</sup> HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill Source. **Columbia Law Review**, New York, vol. 100, n. 7, p. 1643, nov. 2000, 1738.

<sup>25</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 707.

would be possible at least theoretically. It would as a consequence make lower courts more accountable for their own decisions.<sup>26</sup>

There are some other questions raised critically: how can cert power be reconciled with the classic justification for judicial review? How can a court with such power claim to be exercising judgment rather than will, and is such a power consistent with the rule of law? Can this power be justified as a form of administrative rather than judicial power?<sup>27</sup>

#### 4. THE CRITERIA/STRATEGIES FOR THE SELECTION OF CASES IN PRACTICE

It has been mentioned that today the Supreme Court of the United States has nearly boundless power to decide which cases it will hear. Since 1988, the Court has almost a limitless power to set its own agenda and a decrease in number of cases granted certiorari is verified, despite promises by the time of the enactment of Rule 10 that certiorari in constitutional cases only would be denied when the decision aimed to be reviewed was clearly correct.

Certainly, the Court has the discretion of selecting the cases it considers worth deciding. But, in practice, can be found in the SCOTUS case-load patterns that drive the grant of certiorari?

In order to reduce the thousands of certiorari petitions to the small number of granted cases the Court has developed various internal mechanisms. One of them is institutional. Since 1972, many justices have combined the efforts of their chambers in the “cert pool”. Petitions divided among the chambers of participating justices are distributed to law clerks in order to prepare a memorandum for each petition with a recommendation to be shared with the other justices and their clerks. Created at the suggestion of Justice Powell, today seven of the nine judges participate in the “cert pool”.

Another mechanism is substantive. Instead of an argument of all-things-considered about a case, criteria have been identified in order to justify a grant of certiorari and they are summarized on Rule 10.<sup>28</sup> However, how do that Rule’s broad terms operate in practical grounds?

Following the initial review processes in the cert pool, petitions are set for discussion in conference. A first step after that is the creation by the Chief Justice of a “discuss list” that is complemented by a so-called “dead list”. Both lists form the basis for the

<sup>26</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 707.

<sup>27</sup> HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges’ Bill Source. *Columbia Law Review*, New York, vol. 100, n. 7, p. 1643-1738, nov. 2000, p. 1713.

<sup>28</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 713-4.

“Friday Conference”, when all justices will discuss matters submitted for review. Cases that are not part of the lists are not voted on.

Justices then present their views on the “cert-worthiness” in order of seniority. The “vote of four” allows a minority of four justices out of the nine to select cases to be further decided by the Supreme Court. The vote is generally not publicized. Because of that, reasons why cert is denied are not available to the public.<sup>29</sup>

Although it is not usual, justices are allowed to dissent from the denial of certiorari or to make statements respecting it. The dissenting opinions are a kind of dicta. They show that the denial was hard fought, besides playing the role of an invitation for litigants that are thus aware that if circumstances materially change, petitioners can try to bring the issue again to the Supreme Court.<sup>30</sup>

It is no easy task to predict which cases will be granted certiorari. The court’s procedure for petition selection is not clearly understood. Litigants and analysts try to find signals that can shed some light on the matter, for instance: (i) if the Court calls for a response, does it mean that the case is more likely to be heard? (ii) what if the Court asks for the Solicitor General’s views?<sup>31</sup>

Actually, it can be said that the major criteria for selection of cases is divide in lower courts<sup>32</sup>. Thus, if two courts of appeals decided the same issue differently, the grant of certiorari is more likely. In these cases, the Supreme Court aims geographic uniformity in federal law.<sup>33</sup> It is a quest for universality in law that seems central to the Supreme Court.

The Court’s emphasis on splits is often attributed to the important role of law clerks. Clerks are normally inexperienced young lawyers who are usually only a year or two out of law school and, as such, need objective criteria. Circuit splits is quite a verifiable one. The creation of the cert pool has caused an increase in the importance of circuit conflict, a tendency that spread to nonpool clerks.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> MORAWA, Alexander H. E. Certiorari and the Political Judge: Discretionary Case Selection by the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Compared. **The University of Tasmania Law Review**, Hobart, Tasmania, vol. 33, n. 2, p. 222-234, 2014, P 226-227.

<sup>30</sup> MORAWA, Alexander H. E. Certiorari and the Political Judge: Discretionary Case Selection by the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Compared. **The University of Tasmania Law Review**, Hobart, Tasmania, vol. 33, n. 2, p. 222-234, 2014, p. 227-228.

<sup>31</sup> THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General, **Geo. Mason L. Rev.**, Arlington, vol. 16, p. 237-302, 2009, p 240.

<sup>32</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 708.

<sup>33</sup> NARECHENIA, Tejas N. Certiorari, Universality, and a Patent Puzzle. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 116, p. 1345-1407, june 2018, p. 1348.

<sup>34</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 715.



The presence of the United States government as petitioner or amicus seem to play a relevant role, too.<sup>35</sup> Another important factor is the compliance by the federal courts to the Supreme Court decisions.<sup>36</sup> Other scholars argue that the outcome-prediction also plays an important role. They mean that justices follow an outcome-prediction strategy, voting to grant certiorari for cases they expect to win and denying cert for cases they expect to lose in the merits.<sup>37</sup> On the other hand, the Court will almost never grant plenary review in a case without a response on file.<sup>38</sup>

The participation of the Solicitor General or other amicus briefs is also relevant. SCOTUS grants more than half of the petitions filed by the solicitor general, whereas only 3% for other petitions in paid cases. The presence (and quantity) of amicus briefs can indicate that an issue is important.<sup>39</sup>

In contrast, petitions seeking merely “error correction” seldom receive a cert grant, despite Rule 10 states that the Supreme Court should take into consideration when evaluating certiorari petition if the lower court decision contradicts a Supreme Court precedent.<sup>40</sup> Thus, such use of certiorari is really rare and only granted when the Court considers the need to correct egregious errors.<sup>41</sup> According to Rule 10, a “[a] petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law”.

This big picture, however, oversees the fact that certiorari standards vary considerably depending on the justice. Records show that different justices may consider relevant different aspects to take into consideration when voting on certiorari issues. This variation may depend on the conception the justice has on the Court and/or underlying judicial philosophy.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> SCOTT, Kevin M. Shaping the Supreme Court’s Federal Certiorari Docket. *Justice System Journal*, Williamsburg, vol. 27:2, p. 191-207, 2006, p. 192.

<sup>36</sup> SCOTT, Kevin M. Shaping the Supreme Court’s Federal Certiorari Docket. *Justice System Journal*, Williamsburg, vol. 27:2, p. 191-207, 2006, p. 194.

<sup>37</sup> BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M.; Harold J. Spaeth. The Outcome-Prediction Strategy in Cases Denied Certiorari by the U.S. Supreme Court. *Public Choice*, Berlin, vol. 130, n. 1/2, p. 225-237, jan. 2007, p. 225-226.

<sup>38</sup> THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General, *Geo. Mason L. Rev.*, Arlington, vol. 16, p. 237-302, 2009, p. 240.

<sup>39</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 715.

<sup>40</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716.

<sup>41</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716-717.

<sup>42</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716-717.

Some scholars argue that the considerable variation in the certiorari docket is not influenced by the ideological distance between the Supreme Court and the lower courts, nor by the internal division within the lower courts. They argue that the justices' preferences appear to play the crucial role in determining the size of the Court's docket.<sup>43</sup>

From each individual justice standpoint, scholars have identified two strategies: (i) the "error correction strategy" – a justice who intends to reverse the decision of the lower court probably will vote to grant certiorari, whereas a justice who is satisfied with the lower court decision will probably vote to deny certiorari; (ii) the "outcome prediction strategy" – arguing that justices who want to affirm the decision of the lower court are more likely to vote to grant certiorari when they will likely win at the final vote.<sup>44</sup>

Certainly, Rule 10 terms are broad and this gives justices a good share of discretion when evaluating certiorari matters. However, there has been a growing perception among justices over time that many cases decided by the Supreme Court actually did not deserve to be heard. They should just end at the appeal level. Over time, there has been a claim that a decision by the Supreme Court should happen when an overarching motive is present, stressing its power to rule on issues of large legal or political significance and to supervise the federal courts. This would assert it as an actual constitutional court.

## 5. PROPOSALS FOR REFORM

Proposals to reform the certiorari have proliferated in recent years, such as: (i) the creation of a "certiorari division" composed of non-Supreme Court judges to select cases for the Court's docket; (ii) bring back the "certification" process, whereby federal circuit courts could certify legal questions to the Supreme Court; (iii) some urge Congress to redesign the Supreme Court to make it work more like the U.S. courts of appeals, with more justices, decisions heard by panels, and an "en banc" procedure<sup>45</sup>; (iv) add senior lawyers to the Court's staff to assist the justices and their clerks in selecting cases<sup>46</sup>.

There is also another suggestion of reform that goes in a direction other than improving the process of selecting "important" cases. This proposal, named "the lottery

<sup>43</sup> SCOTT, Kevin M. Shaping the Supreme Court's Federal Certiorari Docket. *Justice System Journal*, Williamsburg, vol. 27:2, p. 191-207, 2006, p. 191.

<sup>44</sup> BRENNER, Saul. Granting certiorari by the united states supreme court: An overview of the social science studies. *Law Library Journal*, Chicago, vol. 92, n. 2, p. 193-202, 2000, p. 196-197.

<sup>45</sup> GEORGE, Tracey E.; GUTHRIE, Chris. Remaking the United States Supreme Court in the Courts' of Appeals Image. *Duke Law Journal*, Durham/NC, vol. 58, n. 7, Special Symposium Issue: Measuring Judges and Justice, p. 1439-1475, april 2009, p. 1442.

<sup>46</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 729-730.

docket”, intends to supplement the Supreme Court’s docket by giving it jurisdiction over a new set of cases to be selected from the final decisions of circuit courts and entered into the court. The appellant and appellees would have the opportunity to file their briefs and the Supreme Court would be obliged to rule, just like a circuit court<sup>47</sup>.

The benefit of the supplementation of the Court’s certiorari with a lottery docket would be, according to the proposal: (i) informational – the Supreme Court would be exposed to cases that would never pass the certiorari; (ii) greater accountability – in theory, every case decided by circuit courts would be candidates to be reviewed by the Supreme Court; (iii) bring important cases before the Court that never would pass the certiorari<sup>48</sup>.

## 6. CONCLUSION

As it was asserted in the introduction of this paper, this text is part of a series of papers that analyzes Constitutional and Supreme courts around the globe specially focusing on the filters and procedures raised in order to allow (or rather impede) a case to reach the apex courts of a legal system.

Following this path, this is the second paper of the series and sheds light on the writ of certiorari of the United States of America. This paper was preceded by another work that explores the filters to the Constitutionality Priority Question in the French Constitutional System. The next paper in the row will focus on the Canadian System for selecting cases to be decided by Canada Supreme Court. A final paper will compare most important issues among the systems under scrutiny.

In this perspective, this paper has demonstrated that the number of cases that receive a decision by the Supreme Court of the United States has decreased over the decades due to a set of reforms over time that culminated on Rule 10 of the Supreme Court.

According to this Rule, the vast majority of cases that will be decided by the SCOTUS must necessarily receive a grant of certiorari following some broad directives. It turns out that in practice a tiny small number of cases ends up receiving a decision after a quite discretionary and tight selection.

There appears to be a relative agreement as to what factors influence the justices’ votes to grant or deny certiorari to each case.<sup>49</sup> In practice, Rule 10 gives the Court a broad discretion in selecting cases to a point that scholars and lawyers permanently

<sup>47</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 731-732.

<sup>48</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. *Michigan Law Review*. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 735-736.

<sup>49</sup> SCOTT, Kevin M. Shaping the Supreme Court’s Federal Certiorari Docket. *Justice System Journal*, Williamsburg, vol. 27:2, p. 191-207, 2006, p. 201.

struggle to find out what criteria are really important for the court in order to give a positive opinion in granting certiorari, such as: the “cert pool”; the “vote of four”; divide in lower courts; the presence of the United States government as petitioner or amicus; the participation of the Solicitor General or other amicus briefs.

In contrast, petitions seeking merely “error correction” seldom receive a cert grant, despite Rule 10 states that the Supreme Court should take into consideration when evaluating certiorari petition if the lower court decision contradicts a Supreme Court precedent.<sup>50</sup> Thus, such use of certiorari is really rare and only granted when the Court considers the need to correct egregious errors.<sup>51</sup>

This big picture, however, overlooks the fact that certiorari standards vary considerably depending on the justice. Records show that different justices may consider relevant different aspects when voting on certiorari issues. This variation may depend on the conception the justice has on the Court and/or underlying judicial philosophy.<sup>52</sup>

Certainly, Rule 10 terms are broad and this gives justices a good share of discretion when evaluating certiorari matters. However, there has been a growing perception among justices over time that many cases decided by the Supreme Court actually did not deserve to be heard. They should just end at the appeal level.

Over time, there has been a claim that a decision by the Supreme Court should be given when an overarching motive is present, stressing its power to rule on issues of large legal or political significance and to supervise the federal courts. This would assert it as an actual Constitutional Court.

## 7. REFERENCES

ALBERT, Richard; NIKOLAYEVA, Anna. Judicial review of administrative action in the United States. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 13-23, out./dez. 2017.

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.

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.

<sup>50</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716.

<sup>51</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716-717.

<sup>52</sup> EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018, p. 716-717

BRENNER, Saul. Granting certiorari by the united states supreme court: An overview of the social science studies. **Law Library Journal**, Chicago, vol. 92, n. 2, p. 193-202, 2000.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M.; Harold J. Spaeth. The Outcome-Prediction Strategy in Cases Denied Certiorari by the U.S. Supreme Court. **Public Choice**, Berlin, vol. 130, n. 1/2, p. 225-237, jan. 2007.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality**. Judicialization and Political Activism in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

EPPS, Daniel; ORTMAN, William. The Lottery Docket. **Michigan Law Review**. Ann Arbor/MI, vol. 116, p. 705-757, march 2018.

FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

FEINMAN, Jay M. **Law 101**. 5<sup>th</sup> edition. New York: Oxford University Press, 2018.

GEORGE, Tracey E.; GUTHRIE, Chris. Remaking the United States Supreme Court in the Courts' of Appeals Image. **Duke Law Journal**, Durham/NC, vol. 58, n. 7, Special Symposium Issue: Measuring Judges and Justice, p. 1439-1475, april 2009.

HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill Source. **Columbia Law Review**, New York, vol. 100, n. 7, p. 1643-1738, nov. 2000.

JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 23-31, jul./set. 2017.

KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. **Consequential Courts**. Judicial Roles in Global Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves; GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 145-165, set./dez. 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018.

MORAWA, Alexander H. E. Ceriorari and the Political Judge: Discretionary Case Selection by the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Compared. **The University of Tasmania Law Review**, Hobart, Tasmania, vol. 33, n. 2, p. 222-234, 2014.

NARECHENIA, Tejas N. Certiorari, Universality, and a Patent Puzzle. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 116, p. 1345-1407, June 2018.

SCOTT, Kevin M. Shaping the Supreme Court's Federal Certiorari Docket. **Justice System Journal**, Williamsburg, vol. 27:2, p. 191-207, 2006.

TANG, Aaron. The Ethics of Opposing Certiorari Before the Supreme Court. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge/MA, vol. 35, n. 3, p. 933-990, summer 2012.

THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General, **Geo. Mason L. Rev.**, Arlington, vol. 16, p. 237-302, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 10 - Considerations Governing Review on Certiorari. Available at <https://law.justia.com/codes/us/1997/title28/app/rulesofth/rule10/>. Retrieved May 4, 2020



## Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?\*

### *Authoritative force, persuasive influence or anything: what counts as a legal precedent for the Brazilian Federal Supreme Court?*

FERNANDO LEAL<sup>1, \*\*</sup>

<sup>1</sup>Fundação Getúlio Vargas – FGV (Brasil)

fernando.leal@fgv.br

<https://orcid.org/0000-0001-9004-5904>

Recebido/Received: 19.12.2019 / December 19<sup>th</sup>, 2019

Aprovado/Approved: 30.04.2020 / April 30<sup>th</sup>, 2020

#### Resumo

O presente trabalho oferece respostas possíveis para a pergunta “o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?”. Para além dos debates teóricos a respeito das razões que sustentam a vinculação da solução de casos atuais a casos precedentes, o artigo apresenta sete diferentes possibilidades de resposta para a questão posta, todas elas consideradas, em alguma medida, problemáticas para o estabelecimento de uma prática adequada de precedentes na corte.

**Palavras-chave:** Precedentes; Supremo Tribunal Federal; Razões autoritativas; Obiter dicta; Ratio decidendi; Ministrocrazia.

#### Abstract

*This paper aims to propose possible answers to the question “What is a precedent for the Brazilian Federal Supreme Court?”. Beyond theoretical debates regarding the reasons that support the binding of the solutions of current cases to previous cases (precedents), the text presents seven different possibilities for answering that question. All of which might be considered, to some extent, problematic for establishing an adequate implementation of precedents in court.*

**Keywords:** Precedents; Brazilian Federal Supreme Court; Authoritative reasons; Obiter dicta; Ratio decidendi; Ministrocrazia.

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LEAL, Fernando. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 205-236, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.70888.

\* Por comentários a versões anteriores deste trabalho, agradeço a Ana Paula de Barcellos, Fábio Perin Shecaira e a todos os participantes do seminário PósDebate, da Universidade de São Paulo, realizado no dia 23/4/2020.

\*\* Professor Pesquisador Adjunto da Fundação Getúlio Vargas Direito Rio - FGV (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - FGV (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Kiel-SH, Alemanha). Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). E-mail: fernando.leal@fgv.br.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A transcrição de ementas e a transferência dos ônus de prova e de argumentação para os destinatários da decisão. 3. O apelo a obiter dicta. 4. A aproximação meramente temática. 5. O recurso a teses gerais desvinculadas do caso decidido. 6. Toda decisão é um precedente “do Supremo”? 7. Um precedente impossível. 8. Quando a corte acerta: acaso ou uso estratégico? 9. Conclusão. 10. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

“O que define um precedente?” é uma pergunta de resposta não evidente. Se a sua força de vinculação se dá por razões substantivas ou autoritativas; se um precedente se estrutura como uma regra e exige, assim, raciocínio prioritariamente subsuntivo em seus processos de aplicação ou se funciona como referência para o desenvolvimento de raciocínio analógico<sup>1</sup>; e se a *ratio decidendi* deveria estar incluída no que se considera vinculante em um precedente são exemplos de controvertidas questões que podem afetar decisivamente a resposta da pergunta inicial<sup>2</sup>. Por isso, qualquer esforço conceitual voltado à identificação das propriedades definidoras de um precedente envolve um empreendimento intelectual exigente.

Consciente desses desafios, este trabalho possui objetivo mais modesto. Por meio de exemplos da prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF), busca-se apresentar características que podem sugerir, a partir do modo como o tribunal dialoga com o seu estoque de decisões na fundamentação de decisões atuais, uma definição muito ampla – e, talvez por isso, problemática – de precedente para a mais alta corte brasileira.

Esse pode ser um caminho promissor em pelo menos três sentidos. Em primeiro lugar, esse esforço, ao mesmo tempo analítico e ilustrativo, pode sugerir como hipótese para novas agendas de pesquisa – como parece ser o caso brasileiro – a existência de uma longa distância entre, de um lado, refinamento teórico e aprofundamento estrutural e, de outro, os resultados de uma prática de justificação desparametrizada. Em segundo lugar, os insumos da prática decisória da corte podem reforçar a importância tanto do enfrentamento de discussões teórico-conceituais relacionadas à definição e à proposição de métodos adequados de trabalho com precedentes como da busca por soluções institucionais destinadas a lidar com problemas de identificação, construção e aplicação dessas decisões no país. Finalmente, em terceiro lugar, os insumos da realidade decisória do tribunal podem ser úteis para aprendizado institucional em outras jurisdições que

<sup>1</sup> V. SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 71-72; e DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008, p. 7. Como terceira possibilidade, há também quem conceba precedentes como concretizações e bases para a afirmação de algum princípio jurídico, que pode ser relevante para a solução de casos futuros. V. a respeito BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 497. Como, porém, princípios podem informar o desenvolvimento de raciocínios analógicos e constituem a justificação subjacente de regras, opta-se neste trabalho por limitar os modelos básicos de trabalho com precedentes aos dois apresentados.

<sup>2</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36-60.



vivenciam ou podem vivenciar problemas semelhantes. Se é verdadeiro que as fronteiras entre *civil law* e *common law* estão cada vez mais difusas<sup>3</sup>, conhecer diferentes propostas de organização institucional, de desenho do processo decisório para a construção de decisões e os desafios e disfuncionalidades que afetam o trabalho com precedentes em certa jurisdição se revela rica fonte para a busca de soluções para problemas que erroneamente podem ser considerados exclusivamente locais.

Diante, portanto, dessas três utilidades, este texto apresenta um inventário de possibilidades de, no geral, mau uso de decisões anteriores como se fossem precedentes para a justificação de decisões no STF. Nesse cenário, “o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?” se apresenta, mais precisamente, como uma pergunta que pode ser respondida de pelo menos *sete* maneiras diferentes, todas elas, à luz de certos pressupostos normativos, problemáticas para que se possa afirmar possuir a mais alta corte brasileira uma prática saudável de precedentes<sup>4</sup>. Para o Supremo, um precedente pode se deixar apreender (i) pela ementa de um julgado, (ii) por passagens de decisões desvinculadas da questão central enfrentada no julgamento, (iii) por simples proximidade temática com o caso a ser decidido, (iv) por teses gerais apresentadas no processo de construção da *ratio decidendi* da decisão desvinculadas do caso decidido, (v) por uma decisão do pleno, de uma turma ou de um dos seus ministros, mesmo quando o que esteja em jogo seja a decisão de um caso atual pelo plenário, (vi) por decisões que não foram tomadas e (vii) pela possível utilidade de decisões passadas para o atingimento de finalidades que transcendem a solução do caso sob julgamento. É em torno dessas possibilidades que este trabalho se desenvolverá até a sua conclusão. Durante o desenvolvimento dos tópicos propostos, o trabalho adentrará em debates a respeito da definição, da fonte da força de vinculação de precedentes e de como variáveis institucionais podem afetar a construção e a aplicação de potenciais precedentes para a solução de casos específicos.

## 2. A TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS E A TRANSFERÊNCIA DOS ÔNUS DE PROVA E DE ARGUMENTAÇÃO PARA OS DESTINATÁRIOS DA DECISÃO

Ementas são comumente utilizadas na prática forense para comunicar posições consolidadas em tribunais brasileiros. Elas estão, por isso, mais associadas à apresentação

<sup>3</sup> MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 531 ss. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76. Para uma crítica à possibilidade de sustentação da própria diferenciação v. PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of legal families. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 60, n. 4, p. 1043-1074, out. 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41721695>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>4</sup> O desenvolvimento de uma prática saudável de precedentes pressupõe a superação dos ônus de justificação atrelados aos modos de trabalho com decisões passadas (aplicação, distinção e revogação) nos limites das concepções endossadas por decisores a respeito de suas relações com regras, exemplos ou princípios. Em qualquer caso, assume-se, ainda, que essa prática saudável também pressupõe o reconhecimento de força de vinculação aos precedentes decorrente do caráter autoritativo das razões que fornecem para a decisão.

de *jurisprudências*, i.e. do produto da prática decisória reiterada de um órgão jurisdicional em um determinado sentido, do que precedentes. Independentemente desse fato, que passa por discussões conceituais sobre a distinção entre os dois, é possível dizer, como fazem Ferreira, Langenegger e Silva, que, no funcionamento rotineiro do direito, “[p]raticamente todas as petições, pareceres jurídicos, sentenças e votos contêm citações jurisprudenciais, em sua grande maioria em trechos de ementas, utilizadas como se fossem um resumo fiel do julgamento”<sup>5</sup>. Nesse quadro geral, é frequente encontrar decisões do Supremo Tribunal Federal, seguindo a tendência de juízos e tribunais no país, que fazem referência a precedentes da corte por meio da simples transcrição das ementas de julgados passados. Adriana Vojvodic, por exemplo, ao analisar a aplicação de precedentes na argumentação do STF, afirma que “o modo mais comum de se referir a precedentes é fazendo uso unicamente da numeração das decisões e, em segundo lugar, por meio da transcrição da ementa dos casos. Nas circunstâncias mais frequentes o que é usado é algum dos comandos presentes na ementa, ainda que ela como um todo não seja transcrita no texto do voto dos ministros”<sup>6</sup>. Na ADPF 378/MC, por exemplo, em que se discutia a constitucionalidade do processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, o ministro Edson Fachin reproduziu em seu voto simplesmente a ementa da ADPF-QO 1 para afirmar, por meio de suposto precedente representativo da “jurisprudência firme” do STF, a competência da corte para “realizar o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”<sup>7</sup>.

É esperado, por um lado, que a ementa deva funcionar como um resumo dos debates e argumentos apresentados no julgamento que a gerou<sup>8</sup>. Quando isso ocorre, o seu emprego pode não ser problemático para a identificação e a aplicação do precedente que ela pretende sintetizar, especialmente quando, do seu texto, for fácil depreender o *que* foi decidido e *por que* a decisão anterior foi tomada<sup>9</sup>. Se se aceita, por exemplo,

<sup>5</sup> FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da. Construção de ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal. *FGV Direito SP Research Paper Series*, São Paulo, n. 125, jun. 2015, p. 4. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2623294](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623294). Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>6</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 181.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 378/ DF**. ADPF 378 MC. Processo de Impeachment. Definição da legitimidade Constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950. Adoção, como linha geral, das mesmas regras seguidas em 1992. Cabimento da ação e concessão parcial de medidas cautelares. Conversão em julgamento definitivo. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Am. Curiae: Partido da Social Democracia Brasileira- PSDB e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2015, p. 44. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>8</sup> FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da. Construção de ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal. *FGV Direito SP Research Paper Series*, São Paulo, n. 125, jun. 2015, p. 4-5. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2623294](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623294). Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>9</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 50.

que um precedente guarda relações estruturais semelhantes às de uma *regra*<sup>10</sup>, a ementa pode cumprir um papel central para a identificação e a aplicação de um precedente quando ela explicita o padrão decisório que pode ser aplicado dedutivamente a fatos semelhantes para fins de solução do caso atual. Se se concebe, porém, um precedente como um exemplo<sup>11</sup>, a ementa pode ser útil ao identificar claramente as características centrais do caso fonte cuja presença no caso alvo são capazes de justificar a extração, para este, do mesmo resultado do julgado anterior. Nesses casos, assim como a menção apenas ao dispositivo de decisões passadas, o apelo frequente a ementas contribuiria para a manutenção de coerência, no tempo, entre decisões e, com isso, a percepção de que o decisor não descarta ou instrumentaliza o passado<sup>12</sup>.

Apesar dessa possibilidade de justificar o apelo genérico a ementas para a localização de precedentes, há, contudo, fortes razões para desconfiar da real utilidade dessa prática em si para o trabalho adequado com precedentes no STF. Essas razões estão basicamente relacionadas ao processo de construção das ementas no tribunal. Diante da ausência de qualquer padrão para a sua elaboração<sup>13</sup>, é possível identificar traços problemáticos naqueles que deveriam funcionar como resumos organizados e claros das decisões da corte. No fundo, dado que os gabinetes dos ministros adotam os seus próprios critérios para a redação das ementas, o produto desse trabalho precisa ser utilizado com cuidado.

Como revela pesquisa feita por Ferreira, Langenegger e Silva em 54 julgados da corte<sup>14</sup>, as ementas podem (i) tanto não guardar nenhuma relação com o acórdão (ii) como passar exaustivamente por todas as questões discutidas nos demais votos do julgado. Além disso, as ementas podem (iii) até evidenciar as conclusões a que chegam os ministros, mas não apresentar os seus fundamentos<sup>15</sup>. Em complemento a esses diagnósticos, é possível, ainda, encontrar ementas com informações (iv) em excesso<sup>16</sup> e ementas

<sup>10</sup> Sobre semelhanças estruturais entre regras e precedentes. V. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 50.

<sup>11</sup> LEVENBOOK, Barbara. The meaning of a precedent. **Legal Theory**, vol. 6, n. 2, jun. 2000, p. 185-240.

<sup>12</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 174. Para a autora, o recurso a precedentes “com base unicamente no dispositivo decisório parece ser regra nos votos dos ministros”.

<sup>13</sup> FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da. Construção de ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal, **FGV Direito SP Research Paper Series**, São Paulo, n. 125, jun. 2015, p. 7-8. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2623294](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623294). Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>14</sup> FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da. Construção de ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal, **FGV Direito SP Research Paper Series**, São Paulo, n. 125, jun. 2015, p. 9 ss. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2623294](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623294). Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>16</sup> V. MS 31.697/DF, em que a menção ao princípio constitucional da moralidade aparece apenas na ementa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Mandado De Segurança 31.697/ DF**. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Competência reconhecida para fiscalizar os princípios que regem a administração pública, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal. Cessão de servidor público. Ausência dos pressupostos legais objetivos. Prevalência de interesse público sobre o privado. Impropriedade do debate. Impossibilidade de dilação probatória. Segurança indeferida Impetrante: Gustavo Henrique Cantenhe de Morgado e Outros.

(v) que não incorporam posições concorrentes ou dissidentes relativamente à do ministro designado para redigi-la, restringindo-se ao voto do relator para o acórdão<sup>17</sup>.

Esses achados evidenciam, como *causa*, um problema do processo decisório do Supremo e criam uma *consequência* negativa para a aplicação de decisões passadas como precedentes para a solução de casos futuros. No primeiro aspecto, a baixa colegialidade entre os ministros<sup>18</sup> aliada à adoção de um modelo *seriatim* (ou por agregação de manifestações individuais<sup>19</sup>) para a formação da vontade da corte criam as condições para que os acórdãos, “[e]m vez de manifestarem um caráter binário de perda ou ganho”, tornem-se “uma coleção de argumentos favoráveis e contrários. [Nesse cenário,] para determinar quem perde ou ganha o caso, e, mais importante, qual a regra do caso e o quão forte é o precedente utilizado, é necessário contar ‘por cabeça’<sup>20</sup>. Transpostas essas características do processo decisório para a confecção das ementas, a dificuldade de se captar em certos casos o que, de fato, foi decidido e com base em quais argumentos a decisão foi tomada acaba funcionando, na prática, como desincentivo para que o responsável pela redação dos resumos dos julgados expresse neles toda a complexidade dos votos dos demais integrantes da corte e dos debates por eles eventualmente gerados. Por isso, como consequência perversa, a mera transcrição de uma ementa se limita, no máximo<sup>21</sup>, a simplesmente transferir para os destinatários da decisão os ônus (i) de identificação dos fatos e fundamentos jurídicos relevantes do caso precedente, (ii) de aproximação do caso precedente ao caso atual e (iii) de aplicação neste da resposta atribuída àquele. Como se nota, aspectos do desenho institucional também interferem na qualidade da

---

Impetrado: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568219>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>17</sup> V. reportagem no site Consultor Jurídico sobre as reações dos ministros após a publicação da ementa da ADPF 130, em que se discutiu a recepção pela nova ordem constitucional da chamada “lei de imprensa”, publicada durante o regime anterior. Na notícia, lê-se que: “alguns ministros entenderam que Carlos Ayres Britto foi além do que teria sido julgado na derrubada da lei de imprensa. (...) A ementa é um libelo a favor da liberdade de expressão e de imprensa. Ayres Britto escreveu, por exemplo, que deve ser ‘respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja’. Em seguida: ‘Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas’. (...) Publicada a ementa no dia 6.nov.2009, alguns magistrados começaram a torcer o nariz em privado. Em vez de encarar o problema publicamente, questionar o que foi publicado (a redação do ministro Carlos Ayres Britto), esse grupo de magistrados passou resmungar pelos cantos, aspergindo maledicências uns contra os outros”. CENSURA a jornal se deve a discórdia entre ministros. **Revista Consultor Jurídico**, 16 dez. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-16/censura-estadao-discordia-lei-imprensa>. Acesso em: 12 nov. 2019.

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>19</sup> V. HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: A theory of dissent. **The Supreme Court Review**, vol. 2007, n. 1, p. 283-344, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/655172>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>20</sup> HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: A theory of dissent. **The Supreme Court Review**, vol. 2007, n. 1, 2007, p. 298-299. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/655172>. Acesso em: 22 nov. 2019. Tradução Livre.

<sup>21</sup> Esse melhor papel desempenhado pela mera referência a uma ementa como precedente ocorre quando existe, de fato, relação entre o caso atual e o caso precedente, e não mera referência *aleatória* ou mesmo *estratégica* de uma decisão passada que se pretende aplicar como se precedente fosse para a solução de um caso atual.

justificação e podem contribuir para explicar problemas no trabalho com precedentes no Supremo.

Diante desse quadro, a evocação de uma ementa, apesar da frequência com que ocorre, torna-se quase sempre insuficiente para a identificação e a aplicação de precedentes. Há, na verdade, um uso argumentativamente limitado do julgado passado para a justificação da decisão atual<sup>22</sup>, que só se torna útil quando as semelhanças entre os casos são evidentes e a reiteração de um posicionamento preexistente se revela suficiente para a justificação. Nesses casos, ainda que a justificação possa ser, à luz de um referencial normativo, insuficiente, a clareza da aplicabilidade do precedente tornaria essa limitação menos danosa para se aferir a adequação da menção ao passado para orientar o julgamento do caso atual. Independentemente, no entanto, do acerto decorrente da citação ao precedente aplicável, seja ela meramente nominal ou pelo recurso à ementa ou parte dela, persiste um problema na qualidade da justificação da decisão.

### 3. O APELO A *OBITER DICTA*

O emprego de *obiter dicta* abusivos no Supremo é um problema já mapeado<sup>23</sup>. De maneira simples, a expressão "*obiter dictum*" poderia ser traduzida como "algo dito de passagem"<sup>24</sup>. As *dicta* expressam manifestações não vinculantes da decisão tomada, uma vez que não guardam relação direta nem com o resultado do julgado nem com a sua fundamentação. Por essa razão, elas não poderiam ser evocadas no futuro como mecanismos de constrangimento das decisões da própria corte que as pronunciou (numa hipótese típica de vinculação horizontal) ou de tribunais inferiores a ela vinculados (caso de vinculação vertical), ainda que a realidade evidencie o contrário<sup>25</sup>.

Sem embargo dessa visão tradicional, é possível, pragmaticamente, atribuir aos *dicta* papéis importantes no processo decisório de uma corte suprema, como o STF. Como indica Bustamante, eles podem ser usados "para alertar à comunidade jurídica uma possível modificação futura que se pretende fazer no direito judicial, ou para requerer ao legislador que mude uma determinada lei, ou para realizar uma promessa em relação a uma decisão futura, caso determinada matéria venha a ser apreciada pela corte em um caso posterior, ou para interpretar proposições jurídicas mais abstratas, que apenas indiretamente se relacionam com o caso em juízo; ou ainda, em exemplos menos honrados,

<sup>22</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adrina\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adrina_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 182.

<sup>23</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 14, n. 2, p.707-745, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201827>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>24</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 55-56.

<sup>25</sup> V. no plano internacional MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 515.

para oferecer apoio a um determinado grupo político particular, ou constranger uma determinada autoridade a decidir um caso ou matéria que ainda não está sob a jurisdição da corte que prolatou o *obiter dictum*<sup>26</sup>. O último exemplo, para o autor, evidenciaria o seu uso abusivo. Para além desses casos, porém, seria também possível afirmar que eles poderiam ser usados como se compusessem partes de precedentes. E a prática decisória do Supremo Tribunal Federal parece dar pistas de que essa forma de emprego de *dicta* não é desconhecida na corte.

Um exemplo pode ser esclarecedor. No julgamento dos embargos infringentes da ação penal 470 – conhecida como “caso Mensalão” –, o ministro Luís Roberto Barroso, ao defender que o artigo 333 do Regimento Interno da corte não havia sido revogado pela lei 8.038/90, evocou em certo momento “inúmeros precedentes” para justificar a sua posição<sup>27</sup>. Para Barroso, decisões anteriores de ministros do Supremo reconheciam a validade do dispositivo do regimento que previa o cabimento dos embargos na hipótese sob discussão, em que houve condenação de réus em ação penal julgada procedente na corte por maioria, mas com, pelo menos, quatro votos dissidentes<sup>28</sup>.

Durante a leitura dos alegados precedentes, o ministro Barroso foi questionado pelos ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio sobre o real caráter de “precedentes” dessas manifestações. Em meio a uma série de razões para descaracterizar a força de vinculação dos trechos citados pelo ministro, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio questionaram se as passagens citadas “constavam da ementa [dos julgados]”, “se estavam na fundamentação”, se eles estavam em “acórdãos da lavra do plenário” ou se, no fundo, não passavam de “frases esparsas” lançadas no meio de votos, mas que não guardavam nenhuma relação com o que estava sendo discutido nos casos anteriores<sup>29</sup>. Decisiva para a presente discussão é a fala do ministro Barroso que reconhece haver um possível problema na suposta estratégia de vincular o plenário do tribunal aos seus próprios precedentes. Ao ser questionado por Joaquim Barbosa se os trechos citados não seriam “meros *obiter dicta*”, diz Barroso em determinado momento: “[e]u refleti sobre essa questão, Presidente, e, verdadeiramente, as referências, no mais das vezes, foram feitas, sim, em

<sup>26</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, op. cit., p. 719.

<sup>27</sup> V. PLENO - STF inicia julgamento de cabimento de embargos infringentes na AP 470 (1/2). [S.l.: s.n.], 2013. 1 Vídeo (1hr59min38s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://youtu.be/TWY9wd18mfM>. Acesso em: 12 nov. 2019. A partir do minuto 31:25.

<sup>28</sup> Confira-se o dispositivo: “Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal; II – que julgar improcedente a revisão criminal; III – que julgar a ação rescisória; IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade; V – que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado. Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234, 235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356, e 357 do Regimento Interno. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, p. 22717, 09 dez. 1985).

<sup>29</sup> PLENO - STF inicia julgamento de cabimento de embargos infringentes na AP 470 (1/2). [S.l.: s.n.], 2013. 1 Vídeo (1hr59min38s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://youtu.be/TWY9wd18mfM>. Acesso em: 12 nov. 2019.

*obiter dicta* ou na motivação da decisão. Mas claramente na construção do seu argumento, todos esses ministros consideraram que o artigo 333 estava em vigor<sup>30</sup>.

O exemplo revela, na justificação criada pelo próprio ministro, a tentativa de articular argumentos em torno de precedentes a partir da costura de passagens de decisões anteriores que expressam tanto partes da *ratio decidendi* como trechos de *obiter dicta*. No entanto, se é correto que *dicta* não guardam nenhum caráter autoritativo – e, portanto, não vinculante –, existe um possível erro conceitual ao vinculá-las com autênticos precedentes da corte. Em reforço da tese de Bustamante, tal conclusão não precisa ser ampliada a ponto de sustentar a irrelevância absoluta do *obiter dictum*. Ele pode desempenhar papel *persuasivo* para a sustentação de argumentos, especialmente quando se relaciona, de alguma forma, com o desfecho do caso julgado. Se a hipótese mais clara de *dictum* é a manifestação judicial irrelevante para o enfrentamento do caso ou de qualquer questão jurídica importante para o desfecho do problema, é possível também encontrar situações em que a separação entre opiniões aparentemente laterais e a solução do próprio caso não é evidente. Para dizer com Cardozo, *obiter dicta* “não são sempre etiquetados como tais e não são sempre reconhecíveis com um piscar de olhos”<sup>31</sup>. Essa sobreposição pode ocorrer quando o trecho de uma manifestação judicial é relevante (i) para a composição do caso, mas não necessária para sustentar a regra de decisão, (ii) para lidar com alguma controvérsia acessória do caso atual ou (iii) para o enfrentamento de outras questões importantes que podem surgir em outros casos<sup>32</sup>. Desvinculados do caso decidido e de seus fundamentos, porém, ainda que se possa discutir a existência de “precedentes persuasivos”<sup>33</sup>, i.e. de decisões passadas cuja força de vinculação se extrai das razões substantivas que fornece para a solução de casos atuais, e não de razões autoritativas, segue sendo difícil relacionar conceitualmente *dicta* com precedentes.

O debate coloca sobre a mesa um problema teórico que interfere diretamente na resposta da pergunta “o que é um precedente para o Supremo?”. O apelo a *dicta*, ementas e a outras partes de decisões parece indicar que o tribunal encara seu estoque de julgados como fontes de razões *persuasivas* para a justificação de casos atuais. Sendo correto o diagnóstico, isso significa que a corte tende a tratar, em diversos casos, como substantiva a natureza da obrigação de observar suas próprias manifestações anteriores, o que torna os seus precedentes fontes mais fracas de razões para decidir. Nessa visão, a corte usa as suas decisões passadas para se *convencer* da adequação da resposta constitucional que desenvolve para o caso atual. Julgados passados ou partes deles são, no fundo, peças articuladas a cada novo caso para a fundamentação da solução jurídica

<sup>30</sup> PLENO - STF inicia julgamento de cabimento de embargos infringentes na AP 470 (1/2). [S.l.: s.n.], 2013. 1 Vídeo (1hr59min38s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://youtu.be/TWY9wd18mfM>. Acesso em: 12 nov. 2019. A partir do minuto 31:47.

<sup>31</sup> CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 30 *apud* DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008, p. 69.

<sup>32</sup> MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 515.

<sup>33</sup> LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 12, n. 3, p. 810-845, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201633>. Acesso em: 21 nov. 2019.



mais adequada para o problema levado à corte. Nesse papel, eles não vinculam pelo seu status de manifestação institucional anterior, mas apenas fornecem argumentos que podem, ou não, ser usados para a construção da decisão presente. Com isso, o passado é referência para o *aprendizado* institucional, e não, com base no seu *status autoritativo*, para a sustentação de deveres de coerência.

Por trás dessa constatação está uma central disputa conceitual: afinal, um *precedente persuasivo* pode ser um precedente? As respostas afirmativas parecem comumente se fundamentar mais sobre descrições de como alegados precedentes funcionam na prática<sup>34</sup> do que em construções teórico-conceituais preocupadas com a identificação das propriedades definidoras de um precedente. De fato, cortes em diversas jurisdições recorrem às suas próprias decisões e a decisões de outros tribunais aos quais não estão formalmente vinculados para o desenvolvimento das suas próprias cadeias de argumentação ou para simplesmente mostrar que o resultado que sugerem em um caso específico se harmoniza com outros julgados<sup>35</sup>. Ainda que não se reconheça força de vinculação em decisões anteriores ou que tribunais atuem como se essa força não existisse, julgados chamados de precedentes são considerados referenciais influentes quando em torno deles se constroem diálogos entre o passado e o presente no enfrentamento de problemas específicos. E isso ocorre “seja para aplicar essas decisões passadas [em um caso atual], seja para explicitar o porquê de sua não aplicação”<sup>36</sup>.

Por isso, precedentes persuasivos são uma realidade na prática decisória de provavelmente qualquer juízo ou tribunal, especialmente de tribunais de cúpula. A sua existência revela como *respeitar* precedentes na prática decisória de um tribunal pode estar desvinculado de caracterizá-los como vinculantes<sup>37</sup>. Reconhecê-lo, contudo, não é necessariamente suficiente para se chegar a uma caracterização compreensiva do que

<sup>34</sup> V. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, vol. 15, n. 3, jul./set. 2016, p. 19. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854>. Acesso em: 20 nov. 2019. Para os autores “[h]á, primeiramente, os precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esta eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito”.

<sup>35</sup> SUMERS, Robert. S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 368. O autor organiza a força de vinculação de precedentes em 4 grandes categorias: a vinculação formal; decisões não formalmente vinculantes, mas que exercem pressão sobre casos futuros; precedentes não formalmente vinculantes e sem força; decisões que desempenham papéis meramente ilustrativos ou tenham outro valor. V. também LEGALE, Siddharta. Superprecedentes, **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 12, n. 3, set./dez. 2016, p. 823. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201633>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>36</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 85.

<sup>37</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 86.



define um precedente e de onde provém a sua força de vinculação. Mesmo defensores de precedentes persuasivos reconhecem “que a inexistência de efeitos vinculantes tornaria o caso um mero exemplo, e não um precedente no sentido próprio do termo”<sup>38</sup>. O ponto, portanto, é saber se uma caracterização mais precisa da ideia de precedente pressupõe, ou não, alguma força de vinculação decorrente do seu próprio status de manifestação institucional.

Para Schauer, a ideia básica por trás de uma “lógica” de trabalho com precedentes seria: o passado deve ser observado apenas pelo fato de ser passado, na medida em que a manifestação de uma autoridade decisória é, em um Estado de Direito, encarada como fonte para o estabelecimento de expectativas legítimas sobre o seu comportamento esperado no futuro. Isso porque precedentes, por trás da decisão que enunciam para um caso específico, comunicariam para os seus destinatários atuais e potenciais *promessas* feitas pelo decisor de manutenção do mesmo resultado para futuros problemas semelhantes. E isso sem considerações específicas sobre o conteúdo do próprio julgado. Em conclusão que deve soar contraintuitiva para participantes de práticas propriamente jurídicas (especialmente juízes), afirma o autor que, se um tribunal “estiver genuinamente convencido do mérito daquele raciocínio [o raciocínio de outro tribunal], não estará de forma alguma se pautando por – *obedecendo* – precedentes”<sup>39</sup>. Aprender com o passado ou ser persuadido por ele não é o mesmo que atribuir a ele o *status* de precedente. Definir uma decisão passada como precedente, ao contrário, pressupõe observância não porque se concorda com ela, mas, na verdade, inclusive quando se acha que ela foi um erro<sup>40</sup>. “É a fonte ou status do precedente que lhe dá a sua força, e não a solidez do seu raciocínio, nem a convicção, por parte do tribunal atual, de que o resultado indicado pelo precedente estava certo”<sup>41</sup>. Precedente, portanto, é uma decisão que, por si só, exerce algum tipo de pressão do passado sobre processos decisórios presentes pelo fato de derivar de uma manifestação de uma autoridade oficial do direito. A força de vinculação de um precedente, decorre, assim, do reconhecimento de que ele produz razões *autoritativas* para os seus destinatários, o que quer dizer que ele fornece razões para agir independentes de considerações sobre o próprio conteúdo da prescrição que recomenda e que exigem a superação de ônus especiais de argumentação para a sua superabilidade.

Essa não é certamente a única maneira de explicar como precedentes vinculam decisores. A relação entre precedentes e razões autoritativas como as apresentadas aproxima o trabalho com decisões passadas do trabalho com regras – essa, aliás, é a visão de

<sup>38</sup> LEGALE, Siddharta. Superprecedentes, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 12, n. 3, set./dez. 2016, p. 823. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201633>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>39</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38.

<sup>40</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41.

<sup>41</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41.

Schauer<sup>42</sup> – e, assim, torna-o menos passível de alteração e adaptação<sup>43</sup>. Mas, como já dito, precedentes podem vincular também pelos exemplos que sugerem para a solução de casos futuros<sup>44</sup> ou pelos princípios que estabelecem<sup>4546</sup>.

Em qualquer das diferentes concepções, contudo, isso não significa que precedentes exigem sempre a sua observância. Para além das possibilidades de interpretação e construção frequente dos sentidos de precedentes que as concepções que os aproximam de casos exemplares e expressões de princípios possibilitam, é possível, mesmo na concepção de precedentes como padrões de justificação próximos a regras, *distinguir* casos – e, assim, resolvê-los substantivamente como se estivessem sendo julgados pela primeira vez – ou mesmo *superar* precedentes que se mostrem inadequados para o órgão jurisdicional que os estabeleceu<sup>47</sup>. Vincular precedentes a razões autorizativas não significa que eles não sejam derrotáveis, mas que a constatação da sua incidência os torna mais resistentes a argumentos substantivos que pretendem afastá-los. Assim, em qualquer contexto, relacionar à definição de precedentes um caráter autoritativo significa torná-los um referencial de justificação que não se encontra simplesmente à disposição do tomador de decisão. Eles não podem ser lembrados ou esquecidos segundo a conveniência ou o grau de concordância, por parte do decisor, com o que eles estabelecem como resposta jurídica adequada para determinado problema. Mesmo quem pretenda não utilizar o precedente aplicável precisa considerá-lo e com ele dialogar<sup>48</sup>. E é desse simples fato que se extrai, da maneira mais básica, a pressão que julgados passados deveriam necessariamente exercer sobre processos decisórios atuais que enfrentam casos em alguma medida semelhantes a outros já enfrentados pelo mesmo tribunal ou por outro que se possa considerar – institucional e/ou legalmente<sup>49</sup> – por ele vinculado<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 62.

<sup>43</sup> DUXBURY, Neil. DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008, p. 108. V. também VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 231.

<sup>44</sup> LEVENBOOK, Barbara. The meaning of a precedent. **Legal Theory**, vol. 6, n. 2, jun. 2000, p. 188 ss.

<sup>45</sup> DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008, p. 62.

<sup>46</sup> V. sobre o assunto MAUÉS, Antônio M.. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, vol. 16, n. 2, 2012, p. 587-623.

<sup>47</sup> Para Daniel Mitidiero, “*distinguishing* e *overruling* são técnicas que justamente *pressupõem* a força vinculante do precedente” (ênfases no original). V. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 95.

<sup>48</sup> DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008, p. 127.

<sup>49</sup> V., por exemplo, o artigo 927 do CPC, consoante o qual “os juízes e os tribunais observarão (...) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 nov. 2019).

<sup>50</sup> Antes que se afirme que esse caráter autoritativo decorre apenas da aproximação de precedentes com regras, ele também é defendido por concepções que caracterizam precedentes como exemplos. Para Levenbook, por exemplo, “*exemplar force is independent of background justifications*”. V. LEVENBOOK, Barbara. The meaning of a precedent. **Legal Theory**, vol. 6, n. 2, jun. 2000, p. 192.

Por conseguinte, enquanto a expressão “precedente autoritativo” seria uma redundância, o rótulo “precedente persuasivo” seria uma contradição. Como afirma Wasserstrom “se decisões anteriores podem guiar o comportamento em um sistema jurídico se e somente se essas decisões anteriores forem ‘corretas’, então se torna relevante perguntar ‘de que forma faz sentido falar em seguir um precedente?’. Isso porque, se a doutrina de precedentes possui algum significado expressivo, este indicaria que precedentes podem ser seguidos porque são precedentes, e não porque são resultados ‘corretos.’”<sup>51</sup>.

Se essa caracterização pode soar à primeira vista estranha, ela passa a fazer mais sentido quando (i) o próprio direito positivo estabelece o cabimento de recursos que podem ser baseados apenas na inobservância de decisões anteriores (i.e. independentemente de argumentos materiais sobre a correção do que foi decidido)<sup>52</sup> e (ii) se espera a superação de ônus especiais de argumentação nos casos de revogação de precedentes, como estabelece o Código de Processo Civil no parágrafo quarto do artigo 927<sup>53</sup>. O ônus qualificado, neste último caso, só se faz justificado quando são vinculadas ao precedente razões para a sua observância que, mais uma vez, não estão relacionadas à sua correção. Fosse o contrário, não seria necessário que o tribunal “dialogasse com a sua história” de maneira profunda<sup>54</sup>, mas simplesmente que mostrasse por que a decisão anterior poderia ser considerada errada e por que a decisão que se propõe em substituição a ela é substantivamente melhor. E se esse raciocínio faz sentido, então a ideia de precedentes persuasivos soa conceitualmente problemática, ainda que a construção de uma teoria compreensiva sobre precedentes no país precise acomodar – explicando, justificando ou mesmo criticando – o uso doutrinário ou sugestivo de julgados anteriores pelo Supremo e pelas instâncias a ele vinculadas.

É claro que a impossibilidade de defesa de “precedentes persuasivos” traz diversas implicações para a definição e aplicação de precedentes. Mas, em muitos casos, aquilo que pode ser considerado inadequado no trabalho com precedentes autoritativos também vale para o manejo de decisões sugestivas. O apelo à ementa e o emprego de *obiter dicta* no Supremo Tribunal Federal são dois problemas já enfrentados compartilhados

<sup>51</sup> WASSERSTROM, Richard. **The Judicial Decision**. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 52, *apud* LEVENBOOK, Barbara. The meaning of a precedent. **Legal Theory**, vol. 6, n. 2, jun. 2000, p. 191 (tradução livre).

<sup>52</sup> No caso do Supremo, a reclamação seria o remédio por excelência para preservar a autoridade das decisões da corte. V. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, vol. 15, n. 3, jul./set. 2016, p. 19-20. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854>. Acesso em: 20 nov. 2019. No artigo os autores defendem que o cabimento de reclamação é que caracteriza decisões do Supremo como “*precedentes normativos em sentido forte*”. Para as decisões para as quais “*a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada*”, resta, na tipologia dos autores, o papel de precedentes com *eficácia intermediária*.

<sup>53</sup> Segundo o dispositivo “[a] modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/1313105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/1313105.htm). Acesso em: 22 nov. 2019).

<sup>54</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, jan./jun. 2009, p. 36. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1>. Acesso em: 21 nov. 2019.

pelos dois tipos de precedentes. Como se verá, porém, eles não são os únicos. E, quanto mais problemas relacionados à identificação do que a corte considera como precedente puderem ser mapeados, mais tenderá a ficar claro que, para além das aludidas discussões conceituais envolvendo autoridade e substância, praticamente qualquer coisa, do ponto de vista da própria prática decisória da corte, tem o potencial para representar um precedente do Supremo.

#### 4. A APROXIMAÇÃO MERAMENTE TEMÁTICA

A evocação de supostos precedentes para a solução de problemas jurídicos no Supremo pode se dar a partir de relações muito gerais entre a questão fática já decidida e a que exige uma decisão no presente. Essas relações chegam ao limite quando o que é capaz de aproximar os casos é meramente o *tema*, ou assunto geral, neles tratado. Aqui, assim como nos casos anteriores, há mais espaço para disfuncionalidades no processo de justificação de decisões.

O ônus básico de trabalho com precedentes envolve considerações sobre semelhanças entre os fatos do caso atual e do caso precedente. Se se concebe um precedente como a fonte de uma *regra* de decisão, os fatos do caso decidido são importantes para a identificação do suporte fático ou âmbito de incidência da norma que se extrai do julgado. Nesse cenário, a extração da consequência aplicada no caso precedente ao caso atual depende da aferição das propriedades factuais previamente selecionadas pela decisão tomada na questão que se decide agora. Estando elas presentes, a consequência se extrai dedutivamente. Pensando, por outro lado, em precedentes como referências para o desenvolvimento de raciocínios analógicos, sobretudo a partir dos *exemplos* que fornecem para o enfrentamento de problemas futuros<sup>55</sup>, da mesma forma o ponto de partida para a aplicação está na justificação de que o caso atual é semelhante, nas propriedades relevantes, ao caso precedente<sup>56</sup>. Não sendo esse o caso, é possível distinguir. Independentemente da concepção de que se parta para justificar o tipo de raciocínio exigido pela aplicação de precedentes, portanto, parece claro que o trabalho com decisões passadas requer algum tipo de análise minuciosa sobre as situações fáticas que parecem aproximar problemas concretos. Essa é a interpretação mais adequada, a meu

<sup>55</sup> Para uma crítica à concepção de precedentes como regras e uma defesa de sua caracterização como exemplos, v. LEVENBOOK, Barbara, The meaning of a precedent. *Legal Theory*, vol. 6, n. 2, jun. 2000, especialmente p. 201 ss. Para a autora, a aproximação entre regras e precedentes é problemática sugere erros metafísicos e empíricos. Além disso, essa visão exclui verdades importantes sobre precedentes e o seu funcionamento. Isso ocorre, por exemplo, quando se pressupõe que regras possuem um âmbito de incidência fixado antecipadamente. Imaginar precedentes da mesma maneira retira deles a flexibilidade e a adaptabilidade para a solução de casos futuros próximos ao julgado anterior, mas não idênticos a ele.

<sup>56</sup> Para Sunstein, em argumento que parece mais descritivo do que estrutural, a referência a um precedente como uma regra está geralmente associada à clareza com que ele se aplica a um caso atual. As semelhanças são tão evidentes e as diferenças inexistentes a ponto de se afirmar que o precedente vincula imediatamente. A referência a um precedente como analogia, porém, está mais associada a situações atuais que guardam semelhanças e diferenças com o caso precedente e que, exatamente por isso, exigem esforços de justificação baseadas na relevância das propriedades consideradas mais salientes para a aplicação ou para a distinção. V. SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 72.

ver, do que estatui o artigo 489, §1º, V, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual não se considera fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”<sup>57</sup>. O que pretende e verbaliza o legislador é que a aplicação de um precedente passe por considerações sobre o caso atual e os fundamentos que levaram à decisão do caso precedente, considerado em sua semelhança com o caso que se julga agora.

Fixadas essas premissas, a mera constatação de que casos se aproximam por envolverem debates sobre um mesmo tema ou assunto geral, captado geralmente por um conceito ou categoria jurídica abrangente, não parece suficiente para a justificação adequada da aplicabilidade de um precedente. Um exemplo, mais uma vez, pode ser útil.

No julgamento da ADPF 186, o Supremo apreciou a constitucionalidade de atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas dessa natureza, para ser mais preciso) no processo de seleção de candidatos para ingresso na universidade de Brasília. Em seu voto favorável à constitucionalidade das medidas, o ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, indica alegados precedentes por meio dos quais a corte já teria reconhecido a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa. Em meio a diversas decisões, cita também o RMS 26.071<sup>58</sup>. Ocorre, no entanto, que o suposto precedente se mostra problemático no caso em pelo menos dois aspectos.

Em primeiro lugar, é questionável se a decisão poderia ser considerada autoritativamente vinculante. Isso porque, enquanto o recurso em mandado de segurança foi julgado pela primeira turma do Supremo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi (e é) julgada e processada originalmente pelo plenário da corte. Por esse motivo, não haveria como se alegar força de vinculação horizontal (já que o alegado precedente não é produto de uma decisão do mesmo órgão jurisdicional que precisa decidir o caso atual) nem vertical (já que, se a vinculação nessa hipótese decorre de relações de hierarquia, parece difícil sustentar que o pleno do Supremo estaria vinculado por uma das suas turmas) da decisão. Restaria, assim, considerar o RMS 26.071, no máximo, como uma decisão pretérita da corte que poderia exercer função *persuasiva* para o reforço da argumentação substantiva desenvolvida pelo plenário na ADPF 186.

Em segundo lugar, contudo, é também problemático o caráter de precedente – mesmo persuasivo – do RMS 26.071 para a solução da ADPF 186 por razões metodológicas. Isso porque, excluída a hipótese de se considerar *qualquer* decisão anterior da corte

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 22 nov. 2019

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/DF**. Concurso Público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de Vaga. Inciso VIII do art.37 da Constituição Federal. §2º do art. 5º da Lei nº 8.11/90. Lei nº7.853/89. Decretos n.ºs 3.298/99 e 5.296/2004. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto, 13 de novembro de 2007, p. 56. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 21 nov. 2019.

rigorosamente como um de seus “precedentes” aplicáveis para a fundamentação de decisões em *quaisquer* casos presentes, a caracterização de um julgado como precedente aplicável do Supremo dependeria, como dito, de aproximações *factuais* entre o caso atual e o caso pretérito. Sem isso, qualquer decisão poderia ser considerada, no limite, precedente para a decisão de qualquer caso. À luz dessa premissa, observada a questão de fato sob discussão no RMS, a sua aplicação à ADPF 186 se torna de difícil justificação. Isso porque o suposto precedente tratava da possibilidade de candidato portador de ambliopia “concorrer, na condição de portador de deficiência, a uma das vagas abertas pelo edital de concurso público para provimento de cargo de Técnico Judiciário no (...) Tribunal Superior do Trabalho”<sup>59</sup>. Como se nota, tais fatos são muito distantes daqueles apreciados na ADPF 186, que cuidava de políticas de cotas étnico-raciais para ingresso em uma universidade.

É certo que existe um ponto de contato entre os casos. Ambos se aproximam tematicamente ao tratarem de políticas de *ação afirmativa*. Esse, na verdade, é exatamente o ponto de interseção entre os julgados na construção do ministro Lewandowski, que, em seu voto, reconhece que “o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa”<sup>60</sup>. Seria tal afirmação, porém, suficiente para a aplicação de um precedente? O tema geral, de fato, parece ser o único ponto de contato entre o julgado passado e o caso atual. Para além dos problemas já levantados relacionados à vinculação autoritativa ou substantiva, enquanto na ADPF 186 o que estava em jogo era a constitucionalidade de uma política específica de ação afirmativa, o que se discutia no RMS 26.071 era a operacionalização de outra. Os casos, portanto, parecem suficientemente diferentes para que se possa afirmar haver um elevado ônus de argumentação não superado para que a aplicabilidade do precedente para a solução do debate jurídico a respeito da constitucionalidade da política de cotas estabelecida pela UnB pudesse ser considerada justificada à luz do raciocínio do ministro.

## 5. O RECURSO A TESES GERAIS DESVINCULADAS DO CASO DECIDIDO

Outro tipo de aplicação aparentemente comum de um alegado precedente no Supremo Tribunal Federal se limita à menção de uma passagem que faz parte do raciocínio

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/DF**. Concurso Público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de Vaga. Inciso VIII do art.37 da Constituição Federal. §2º do art. 5º da Lei nº 8.11/90. Lei nº7.853/89. Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/2004. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto, 13 de novembro de 2007, p. 1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/DF**. Concurso Público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de Vaga. Inciso VIII do art.37 da Constituição Federal. §2º do art. 5º da Lei nº 8.11/90. Lei nº7.853/89. Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/2004. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto, 13 de novembro de 2007, p. 1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 21 nov. 2019.

desenvolvido na solução do caso decidido (uma parte da sua *ratio decidendi*, portanto) como parte da construção da fundamentação da decisão do caso atual. Neste contexto, a utilidade do precedente decorre da sua aptidão para fornecer razões para embasar o desfecho do novo caso, no que se exprime, mais uma vez, o seu uso persuasivo. O raciocínio de fundo parece ser: se for possível atribuir à solução do caso atual as mesmas razões que sustentaram a decisão do caso anterior, ou mesmo parte delas, justifica-se a aplicação do precedente. Se é esse o fundamento, parece, portanto, questionável dizer que a vinculação se dá por razões autoritativas nessa hipótese. Em vez de o precedente exercer pressão para a solução do caso atual pelo fato de ser uma manifestação de uma autoridade judicial, ele se torna, na verdade, fonte de fundamentos – talvez mais fortes, admite-se, do que o recurso, por exemplo, a um texto doutrinário, porque atrelados a uma decisão institucional – para a solução de problemas futuros. Com isso, o que existe é o apelo ao precedente para a justificação *substantiva* do caso atual. E, mais uma vez, volta-se ao dilema sobre os motivos que justificam a observância de precedentes: a autoridade ou a correção da decisão.

O problema da pretensa vinculação apenas por fragmentos das razões de decidir está no pressuposto de que a aplicação de um precedente exige o enfrentamento de todas as circunstâncias do caso atual. Um olhar particularista para o problema do presente cria um cenário em que o decisor estabelece uma interlocução com o precedente com o objetivo de decidir cada caso como se ele estivesse sendo julgado pela primeira vez. Um juízo menos complexo orientado na aplicação de uma regra que já previamente seleciona os aspectos relevantes do mundo para fins de extração da resposta jurídica para um caso atual ou na busca pela justificação das relações de semelhança entre os fatos dos casos em típico raciocínio analógico passa a ser insuficiente nesse modelo, que parece exigir como complemento permanente a aferição da adequação das mesmas razões de fundo do precedente para a sustentação do resultado para o caso atual. A solução do precedente não é tratada, após a sua identificação, como um *dado*, mas como o *produto* de um processo construtivo permanentemente aberto que incentiva diálogos do decisor presente com os fundamentos da decisão passada até a justificação da convergência entre os julgados. Se o precedente, por exemplo, foi construído em torno de uma ponderação de princípios, o recurso no presente aos fundamentos da decisão passada requer a confirmação de que, no caso atual, a mesma relação de prioridade afirmada no caso precedente se justifica – o que é, teoricamente, bastante questionável<sup>61</sup>. Nesse universo, os raciocínios de aplicação, distinção e superação de precedentes parecem se confundir, porque todos parecem pressupor o mesmo tipo de apreciação holística das características do caso atual até a sua decisão.

<sup>61</sup> Essa é uma decorrência, para Alexy, da lei de colisão. De acordo com ela, o resultado de uma colisão de princípios leva ao estabelecimento de uma regra de preferência condicionada entre as normas, que fixa o resultado a ser aplicado para casos futuros que (i) envolvam os mesmos princípios em relação de tensão e (ii) compartilhem com o caso inicial características semelhantes. Na teoria dos princípios, a lei de colisão é a base para se sustentar a compatibilidade entre o trabalho com princípios jurídicos e a observância de precedentes. Por sua causa, trabalhar com princípios não significa ponderar sempre. V. a respeito da lei de colisão, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 84.



O principal efeito dessa sobreposição de raciocínios está na dificuldade de identificação do papel efetivamente desempenhado pelo precedente para a solução de um caso. Se um julgado se limita a funcionar como fonte de argumentos para a solução de novos problemas, como é possível falar em força de vinculação? Em um caminho possível, a sustentação dessa força vinculante dependeria do reconhecimento de um caráter autoritativo qualificado das razões apresentadas em julgados passados relativamente a outras fontes disponíveis de justificação, como a dogmática jurídica, para a sustentação de soluções para casos futuros. E isso poderia ser feito a partir de empreendimentos intelectuais bastante distintos. Tanto uma teoria normativa da argumentação jurídica<sup>62</sup> como uma teoria descritiva sobre a identificação de fontes do direito e de sua força em uma específica ordem jurídica<sup>63</sup> se apresentariam como promissores candidatos. Mas, mesmo assim, qualquer investida ainda teria que passar pela importância, ou não, da aproximação factual entre os casos para a aplicação adequada de trechos das razões de decidir do caso precedente.

A prática decisória do Supremo, porém, não parece exigir esse esforço. Uma das consequências de se vincular a aplicação de precedentes a trechos da fundamentação da decisão passada está no aumento da dificuldade para se restringir o uso meramente estratégico ou aleatório de passagens esparsas de decisões como razões contextuais plenamente disponíveis para a sustentação de qualquer argumento. Sob essa perspectiva, se qualquer trecho de fundamentação pode ser um “precedente”, o Supremo possui uma infinidade de fontes de justificação. Com isso, em vez de precedentes constrangerem o processo decisório, *limitando* as possibilidades de justificação – ou criando ônus especiais de argumentação para fundamentar a sua revisão –, eles terminam, na prática, funcionando como *oportunidades* para a sustentação de qualquer resultado<sup>64</sup>.

Como exemplo, é possível citar o recurso a precedentes no julgamento do HC 127.186/PR. Na verdade, o recurso a uma única decisão anterior. Como já tive a oportunidade de apontar, frases soltas do HC 95.290/SP foram evocadas por ministros diferentes para embasarem decisões em sentidos opostos<sup>65</sup>. Descontextualizadas, as teses gerais evocadas foram usadas na costura de argumentos favoráveis e contrários ao deferimento do HC 127.186/PR. Para o ministro Celso de Mello, a parte relevante do precedente era a que reconhecia que “a prisão cautelar (...) não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978, p. 399 ss.

<sup>63</sup> Essa, a partir da proposta de Hart desenvolvida em “O Conceito de Direito”, pode ser uma teoria que atribui a um parâmetro de justificação o caráter de fonte do direito e define a sua importância para o processo de justificação de decisões em função do que as autoridades oficiais responsáveis por dizer o que é o direito em certa comunidade dizem sobre as fontes de justificação e a sua relevância. A construção é feita a partir do papel desempenhado pela regra de reconhecimento para a identificação dos critérios de validade definidos em uma determinada sociedade. V. a respeito HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994, p. 100 ss.

<sup>64</sup> LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. **Jota**, em 12 mai 2015. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015). Acesso em: 21 nov 2019.

<sup>65</sup> LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. **Jota**, em 12 mai 2015. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015). Acesso em: 21 nov 2019.



em benefício da atividade estatal no processo penal”<sup>66</sup>. Com base nesse trecho da *ratio decidendi* do HC 95.290/SP, o ministro votou pela denegação da ordem. Para o ministro Teori Zavascki, contudo, foram consideradas partes cruciais do precedente as que assentavam teses como: “a prisão preventiva – enquanto medida de natureza cautelar – não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu” e “a prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais”<sup>67</sup>. Essas razões gerais, que, assim como as mencionadas pelo ministro Celso de Mello, poderiam estar nas páginas de qualquer livro de processo penal, foram articuladas, desta vez, para sustentar o deferimento do pedido.

Como se nota, os fatos relevantes de cada um dos casos são irrelevantes para a aplicação do alegado precedente. Não há qualquer tentativa de aproximação dos casos e tampouco se leva a sério que os problemas concretos poderiam envolver pedidos de *habeas corpus* relacionados ao suposto cometimento de crimes diferentes<sup>68</sup>. Ficam apenas passagens soltas de argumentos jurídicos que permanecem úteis para a construção de diversas outras fundamentações – e, com elas, o esvaziamento da própria ideia de precedente, cuja utilidade ou irrelevância passa a depender, no limite, apenas das preferências de quem a eles recorre. Nessa caracterização, todas as palavras de qualquer decisão importam. Isso torna qualquer passagem de julgados pretéritos um precedente *aplicável* ao desfecho de qualquer caso. Ao mesmo tempo – e ironicamente –, porém, a dificuldade de se determinar o que é, de fato, relevante em uma decisão passada para fins de vinculação torna qualquer caso atual facilmente *distinguível* de um precedente potencialmente aplicável. Para tanto, basta que se localize uma tese geral em qualquer julgado capaz de criar, durante o processo de justificação, uma exceção aos fundamentos do suposto precedente aplicável. Se é certo que nenhum caso é idêntico ao outro e que, para o direito, nem toda semelhança, assim como nem toda diferença, é relevante<sup>69</sup> (incluindo as semelhanças *naturais* entre objetos), a perda de referência, pela desconsideração dos fatos, sobre o que conta efetivamente como central para fins de aplicação de um precedente cria um ambiente em que a apreciação de relevância passa a depender exclusivamente da habilidade do decisor de construir a sua justificativa a partir de retalhos disponíveis no estoque de decisões pretéritas da corte.

Do ponto de vista dinâmico, essa maleabilidade dos precedentes é um diagnóstico especialmente perigoso em um tribunal que consagra aos ministros ampla liberdade para, por meio de seus votos, justificarem as suas decisões como parte das posições passadas da corte, enovelando-as dentro de uma narrativa cuja construção se encontra plenamente sob o seu controle. Em outras palavras, o uso das razões de decidir como

<sup>66</sup> DE MELLO FILHO, José Celso, 2015 *apud* LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo, *op. cit.*

<sup>67</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, 2015 *apud* LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo, *op. cit.*

<sup>68</sup> Enquanto o que estava em jogo no HC 95.290/SP – o “precedente” evocado – eram os crimes de concussão e associação criminosa, no caso atual se apreciava o possível cometimento dos crimes de organização criminosa, corrupção ativa e lavagem de dinheiro.

<sup>69</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 45 e 48.

precedentes amplia ainda mais o espaço da corte e de seus ministros para a institucionalização da sua própria versão da história do processo decisório do tribunal. Com isso, o que o recurso a precedentes deveria significar em termos de estabilidade, dilui-se em contingência e variabilidade.

## 6. TODA DECISÃO É UM PRECEDENTE “DO SUPREMO”?

Até este momento foram explorados problemas prioritariamente conceituais e metodológicos relacionados à identificação e à operacionalização de decisões passadas como precedentes da corte. Se as ementas são capazes de comunicar o que foi decidido, se todo e qualquer trecho da decisão (seja *dictum*, seja parte da *ratio decidendi*) pode ser considerado um precedente do Supremo ou se a aproximação meramente temática é suficiente para justificar a aplicação de precedentes são questões complexas cujos efeitos práticos sobre o processo decisório do tribunal tanto (i) facilitam o encontro de “precedentes” para justificar praticamente qualquer decisão, quanto (ii) dificultam a compreensão de “precedentes” como limites.

Ao lado desse conjunto de problemas há, porém, também desafios *institucionais* para a compreensão do que significa para os ministros um precedente da corte. O tipo de dificuldade que se pretende explorar já foi anteriormente antecipado quando foram apresentados os efeitos negativos do modelo *seriatim* para a construção de ementas e, especialmente, problematizou-se se a decisão da primeira turma no RMS 26.071/DF poderia ser considerada um precedente para a decisão da ADPF 186, julgada pelo plenário. Afinal, uma decisão de uma turma pode exercer força de vinculação sobre o plenário? Se se considera que o STF é uma corte que se organiza em torno do pleno, das turmas e dos excepcionais poderes que os ministros individualmente possuem para decidir, seria possível ainda perguntar (i) se a decisão de uma turma pode vincular outra turma ou o plenário e, ainda, se (ii) uma decisão monocrática pode ser considerada um precedente do Supremo. Se o que se pretende saber para fins de funcionamento da prática judicial é *quem* está vinculado no Supremo (para fins de vinculação horizontal) e por ele (quando se fala em vinculação vertical), uma questão prejudicial para a sua devida resposta é o *que* conta como um precedente da corte.

A prática do tribunal, mais uma vez, pouco ajuda, na medida em que é possível encontrar exemplos de todas as dificuldades que desafiam construções teóricas sobre a definição e a força de vinculação de precedentes. O caso mencionado sobre as relações entre o RMS 26.071/DF e a ADPF 186 é uma instanciação do que se poderia chamar de uma tentativa de *vinculação vertical às avessas*: evoca-se a decisão do órgão jurisdicional “inferior” para exercer pressão sobre o órgão jurisdicional “superior”<sup>70</sup>. A decisão no RE

<sup>70</sup> Ainda que se possa discutir se a relação superior/inferior faz sentido em um tribunal marcado por competências bem demarcadas, a possibilidade de recurso de decisões das turmas para o plenário, quando juridicamente autorizada, e até o fato de a turma ser composta apenas por apenas *parte* de todo o pleno sugerem uma ascendência do plenário sobre a turma, ou a inexistência de relações de subordinação – mas nunca o contrário. De qualquer forma, ainda que não se considere existir relação hierárquica, o simples fato de serem órgãos

717.290/Agr, julgado pela primeira turma, exprime, por sua vez, o esforço de aplicação de uma decisão de uma turma como precedente aplicável à decisão da outra. No caso atual, discutia-se a possibilidade de ajuizamento em face de qualquer ente da Federação de ação cujo objeto era tratamento custoso de saúde. Na decisão, o ministro Fux reconhece a solidariedade entre os entes federativos na matéria e cita, como precedente aplicável, o RE 716.777-Agr/RS, julgado pela segunda turma. Nos dois exemplos, como já adiantado, permanece discutível se as decisões passadas mencionadas pelos ministros podem ser consideradas *precedentes* aplicáveis com alguma força de vinculação para a solução dos casos atuais, na medida em que não foram tomadas pelo mesmo órgão decisor. Além disso, é igualmente questionável até que ponto é possível considerar essas decisões como “precedentes do Supremo Tribunal Federal”.

A ilustração mais contraintuitiva dessas dificuldades, porém, está no emprego de uma decisão de um único ministro como representativa de um precedente da corte. Esse é um fenômeno especialmente possível em um tribunal cuja dinâmica interna garante espaços muito amplos para o exercício de poderes individuais “sem a participação do plenário ou até mesmo contra ele”<sup>71</sup>. Referenciada como “ministrocracia”<sup>72</sup>, essa realidade coloca em xeque a suficiência de certas categorias usadas tradicionalmente para a compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. Como complemento de empreendimentos intelectuais destinados ao conhecimento da atuação coletiva da corte e de estudos sobre a sua expansão como instituição<sup>73</sup>, o conceito e as construções teóricas que dele se seguem pretendem captar uma realidade mais complexa de funcionamento da corte, em que o “STF aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal”<sup>74</sup>, sobretudo quando o tribunal é chamado a se pronunciar sobre conflitos políticos. Nesse universo, é possível que manifestações individuais dirimam definitivamente problemas jurídicos complexos e não antes enfrentados pelo tribunal, funcionando na prática, em consequência desse fato, como precedentes da instituição.

---

jurisdicionais diferentes, com competências e composições distintas seria suficiente para tornar difícil a tese de existência de qualquer relação de autoridade de um sobre o outro.

<sup>71</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, jan./abr. 2018, p. 14. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>72</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, jan./abr. 2018, p. 30. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>73</sup> V. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 4, n 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>74</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, jan./abr. 2018, p. 27. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000100013&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 21 nov. 2019.

Esse também é um problema já mapeado. Segundo Arguelhes e Molhano, “é possível observar no STF a utilização de decisões monocráticas como estratégia individual de construção de ‘jurisprudência’ ou ‘precedentes’ sem a mediação do colegiado”<sup>75</sup>. E o exemplo por excelência desse problema está na ADPF 45. Evocado no próprio Supremo, segundo dados da plataforma de referências do projeto “Supremo em Números” da FGV Direito Rio, em 241 decisões<sup>76</sup>, o suposto precedente é um problema porque se limita a uma *ementa* construída por um único ministro – no caso, o relator, ministro Celso de Mello. Os autores citam diversos exemplos que evidenciam a incorporação da ADPF 45 no inventário de precedentes da corte. No mais claro deles, a ministra Ellen Gracie, no RE 559.646-AgR, afirmou que “o plenário [sic] do STF havia reconhecido, na ADPF 45, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas previstas na Constituição”<sup>77</sup>. Considerando especificamente a vinculação vertical, não é igualmente difícil encontrar referências ao suposto precedente em decisões de outras cortes. No Recurso Especial 1.367.549/MG, por exemplo, o ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, antes de transcrever um trecho da ementa cunhada pelo ministro Celso de Mello sustentou: “[e]m decisão recente, e que pode ser considerada como um marco para a nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 (...)”<sup>78</sup>, o que evidencia o reconhecimento da decisão como resultante do processo decisório do Supremo, e não de apenas um dos seus integrantes.

A ADPF 45 e os demais exemplos mencionados adicionam à cesta de possibilidades de caracterização de decisões como “precedente do Supremo” novos elementos. Até este momento, a conclusão a que se chega é simples e impressionante: dentro e fora do Supremo, parece que *qualquer* pedaço de *qualquer* decisão de *qualquer* das suas competentes instâncias decisórias pode ser aplicado como precedente do tribunal.

## 7. UM PRECEDENTE IMPOSSÍVEL

A utilidade da ADPF 45 para denunciar o apelo pouco criterioso a manifestações da corte ou de seus ministros como “precedentes” não se esgota, porém, no fato de ela não significar mais do que uma ementa elaborada por um único ministro. Um olhar mais atento para as palavras do ministro Celso de Mello permite facilmente concluir que a

<sup>75</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, jan./jun. 2015, p. 141. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5\\_46.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>76</sup> A pesquisa foi realizada em 14 nov. 2019.

<sup>77</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, jan./jun. 2015, p. 144. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5\\_46.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.367.549/MG**. Processo Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Dano Ambiental. Implementação de Obra Pública. Usina de Reciclagem de Resíduos Sólidos. Ingerência do Poder Judiciário. Violação do princípio da separação e poderes. Inexistência. Violação ao art. 333, I, do CPC caracterizada. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Relator: Min. Humberto Martins, 02 de setembro de 2014, p. 13. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1299335&tipo=0&nreg=201101325135&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20140908&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 21 nov. 2019.

tradição criada na prática decisória de juízos e tribunais brasileiros pelo uso recorrente da ADPF 45 é baseada em um precedente *impossível*.

Independentemente das discussões a respeito (i) do caráter autoritativo ou persuasivo de um precedente, (ii) do papel desempenhado pelas suas partes fundamentais para fins de aplicação e (iii) de como se deve justificar a extração, para um caso atual, da solução dada para um caso anterior, parecem inexistir dúvidas em torno de uma característica de que deve gozar uma manifestação pretérita de uma autoridade oficial do direito para que possa ser considerada como um de seus precedentes: é preciso que haja uma *decisão*. Em curtos meios, sem decisão, não há precedente. Se isso pode ser considerado verdadeiro, a impossibilidade de definir a ementa da ADPF 45 como um precedente (do Supremo ou do ministro, persuasivo ou autoritativo) decorre do simples fato de o pedido da ação jamais ter sido julgado. Para quem chega até o final da longa ementa, é fácil perceber que a última manifestação do ministro Celso de Mello encerra a ação, considerada prejudicada “em virtude da perda superveniente de seu objeto”<sup>79</sup>. Assim, o que a menção à ementa da ADPF 45 significa para a construção de uma decisão não se diferencia substancialmente da transcrição de palavras que poderiam estar publicadas em um trabalho acadêmico assinado pelo próprio ministro. O que se pretende com o seu uso deveria se limitar, no máximo, a tentar constrangê-lo a partir de demandas por consistência com as suas próprias ideias. E isso está bem distante de reconhecer o texto como um precedente válido da corte.

## 8. QUANDO A CORTE ACERTA: ACASO OU USO ESTRATÉGICO?

Os problemas apontados até este momento são capazes de sustentar a hipótese de que o trabalho com precedentes no Supremo é contestável. Os exemplos, muitos deles de tom até anedótico, sequer podem, sem um exame mais rigoroso, ser considerados *necessariamente* representativos da jurisprudência do STF<sup>80</sup>. A conclusão de que o tribunal tende a cometer frequentemente os equívocos apresentados nas seções anteriores informa, na verdade, intuições que poderiam funcionar como *hipóteses* a serem testadas empiricamente em um universo representativo de decisões da corte. E não há nada de excepcional em reconhecê-lo. O ponto, nada obstante, é que, assim como é possível identificar recursos controversos a supostos precedentes do Supremo, é também possível encontrar decisões do tribunal justificadas com base no recurso adequado a julgados passados. Em curtos meios, o Supremo também acerta quando operacionaliza seus precedentes. Corroborando essa conclusão, em seu estudo sobre o uso de decisões

<sup>79</sup> V. PICININ, Graziela Maria. **Informativo STF nº 345**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 26-30 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019

<sup>80</sup> A análise de Vojvodic, na verdade, indica que os problemas apontados são pouco comuns na jurisprudência do Supremo. Para a autora “(...) a analogia estrita é o modo de utilização de precedentes que mais se observou na aplicação de precedentes, afastando argumentos como os que afirmam ser o juiz brasileiro completamente obtuso na aplicação de precedentes”. V. VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 200.

passadas pelo STF, Vojvodic menciona como em sua análise qualitativa a reiteração de posicionamentos passados condensados em precedentes está vinculada, com alguma frequência, a casos muito próximos. Isso ocorre, por exemplo, “quando estão estabelecidas algumas premissas dos casos em julgamento – como questões processuais, matérias formais”; situações em que “a aplicação de precedentes é feita com base exclusivamente no que ficou decidido neles, não havendo a necessidade de uma construção interpretativa de seus elementos argumentativos”<sup>81</sup>. A autora chega a caracterizar essa “forma de aplicar precedentes” como “fortemente vinculada”<sup>82</sup>, o que sugere o recurso autoritativo – e não meramente persuasivo – a julgados passados.

Um exemplo aparentemente inquestionável de aplicação consistente de um precedente se extrai da apreciação da constitucionalidade das chamadas “brigas de galo”. A autorização estadual dessa prática, em pelo menos duas oportunidades (ADIs 1.856/RJ e 2.514/SC), foi declarada inconstitucional a partir basicamente da sua semelhança com a prática cultural conhecida como “farra do boi”, julgada, pela segunda turma da corte, incompatível com a Constituição Federal no RE 153.351/SC. Se, recorrendo à síntese de Conrado Hübner Mendes, a regra de decisão que se pode extrair do acórdão é “prática cultural que exponha, sistematicamente, animais à crueldade, é inconstitucional”<sup>83</sup>, o trabalho da corte no julgamento das brigas de galo deveria se limitar basicamente a aferir se os termos que definem o âmbito de incidência do precedente estavam presentes no caso. E, no geral, assim se comportaram os ministros. O raciocínio exigido para tanto era tão pouco complexo que o voto do ministro Eros Grau, relator da ADI 2.514/SC, endossado sem argumentos concorrentes pelos demais ministros do Supremo, possui suficientes duas páginas. Assim, ainda que, do ponto de vista formal, seja possível questionar se uma decisão de turma é capaz de vincular o plenário, metodológica e substantivamente a aplicação do alegado precedente, dada a semelhança entre os casos, é precisa.

Entre tantas categorias diferentes de problemas relacionados ao manejo de decisões passadas da corte, fica, porém, a possibilidade de se questionar se os eventuais acertos não são (i) meramente circunstanciais ou (ii) mesmo produtos de agir estratégico dos ministros<sup>84</sup>. Na primeira hipótese, o acerto pode ser fruto do acaso ou, em uma leitu-

<sup>81</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 174.

<sup>82</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 181.

<sup>83</sup> MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, 2010, p. 8. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19\\_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf). Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>84</sup> O uso estratégico de precedentes é problema comumente denunciado na prática advocatícia e mesmo na construção de trabalhos acadêmicos, que selecionam decisões de maneira enviesada para a sustentação de pontos de vista específicos. V. DIAS NETO, Theodomiro; BUENO, Cassio Scarpinella; FORGIONI, Paula. As áreas do direito e especificidades em matéria de pesquisa. In: NOBRE, Marcos et al. **O que é pesquisa em Direito?**, São

ra mais otimista, apenas produto da inexistência de dúvidas sobre o compartilhamento de claras propriedades relevantes entre o caso atual e o precedente desacompanhadas de alegação de qualquer diferença significativa entre os dois. Nessa última leitura, a aplicação correta é produto do reconhecimento de que as situações de fato são praticamente idênticas a partir de um julgado (o precedente) que possibilita a identificação precisa da resposta a ser dada e das circunstâncias de fato consideradas necessárias para a sua aplicação<sup>85</sup>. Nessas situações, em que, nos EUA, “advogados e juízes costumam dizer que o precedente ‘está firme no chão’<sup>86</sup>, precedentes parecem funcionar como boas fontes de razões para a justificação de decisões da corte em casos que poderiam ser considerados fáceis<sup>87</sup>.

Na segunda hipótese, por sua vez, a observância de precedentes poderia se dar pela conveniência dos seus benefícios pontuais para evitar indisposições político-institucionais na própria corte ou fora dela. Isso vale tanto para a instituição em si como para os seus ministros. Possíveis motivos para esse comportamento poderiam, por exemplo, estar na percepção de que o contexto não é favorável para a reversão do precedente (por receio de reação imediata do Legislativo capaz de derrotar substantivamente a decisão ou, por meio de alterações no desenho, de redução de competências da corte) ou na falta de interesse de assumir o ônus de apresentar manifestação dissidente em caso em que já se sabe, ou é bastante plausível, que os demais integrantes do colegiado irão aderir ao que já foi julgado. No primeiro caso, a corte age estrategicamente tentando evitar um esperado efeito *backlash* de sua manifestação se socorrendo da própria jurisprudência para se declarar atada a um dever de consistência no tempo para não ter que tomar decisões politicamente polêmicas<sup>88</sup>. No segundo, o agir estratégico pode ser

---

Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 184. V. também a alegação de uso inadequado de precedente pelo Procurador Geral da República em: CANÁRIO, Pedro. Precedente usado por Janot em caso de impedimento contraria sua tese. **Revista Consultor Jurídico**, 09 mai. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/alegar-suspeicao-gilmar-janot-usa-precedente-contraria>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>85</sup> Não se descarta que a dificuldade de se encontrar casos atuais que se amoldem facilmente a um precedente pode também decorrer de características apontadas anteriormente do modelo *seriatim* em torno do qual se organiza o próprio processo decisório da corte. Nesse particular, a adoção de um modelo decisório em que a manifestação da corte é o resultado da soma de manifestações individuais possibilita que, na prática, nem sempre seja simples identificar o *que* a corte decidiu e/ou *por que* a decisão foi tomada. Quando a própria decisão ou os seus fundamentos não são claros, a dificuldade de aplicar um precedente a um caso atual ou distinguir este último do precedente se torna tarefa complexa. Sobre esse problema com exemplos extraídos da prática decisória do Supremo v. VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lucsi Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1>. Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>86</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 45.

<sup>87</sup> O julgamento da ADI 4893/CE, porém, pode tanto ratificar a tese como colocá-la em xeque. Isso porque na ação, em que se discutia a constitucionalidade da prática cultural denominada “vaquejada”, enquanto seis ministros (a maioria) entenderam ser ela inconstitucional por, entre outras razões, guardar semelhanças com os casos da “farra do boi” e das “brigas de galo”, cinco outros distinguiram o caso atual do caso precedente.

<sup>88</sup> Para exemplos de *backlash* a decisões da Suprema Corte americana e o comportamento estratégico dos julgadores em certos casos v. KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. **Philip A. Hart Memorial Lecture**, n. 2, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>. Acesso em: 22 nov. 2019.



individual e explicado, por exemplo, pela dinâmica de funcionamento da própria corte e pela pouca influência do voto dissidente sobre a cadeia de precedentes que se forma com a decisão passada e o julgamento do caso atual<sup>89</sup>. Essas são apenas hipóteses não exaustivas para sustentar o argumento geral de que a observância de um precedente não é necessariamente convergente com a posição substantiva que um ministro pode ter sobre a questão jurídica especificamente sob discussão, e tampouco que ela está sustentada pelas razões de fundo que justificam a aplicação de um precedente com o qual se discorde, como a igualdade, a segurança, a eficiência, a transparência, a previsibilidade ou a estabilidade do direito<sup>90</sup>. Ministros podem estar convencidos da necessidade de reversão de um precedente ou terem interesses em fazê-lo, mas podem optar por, ainda assim, aplicá-lo por razões que não são propriamente jurídicas, estejam elas relacionadas ao próprio caso atual ou ao impacto do julgado sobre a solução de outros problemas com ele relacionados.

A hipótese de agir estratégico poderia ser levantada no comportamento da ministra Rosa Weber no HC 152.752/DF, que tinha o ex-presidente Lula como paciente. A questão jurídica de fundo envolvia a possibilidade de início de execução da sanção penal após condenação em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da decisão. Reconhecidamente o voto mais aguardado do julgamento<sup>91</sup>, a ministra já teria dado “sinais trocados” sobre o desfecho do caso, o que lhe permitiria decidir tanto pelo provimento do habeas corpus como pela denegação da ordem. A ministra, por um lado, “foi contra a execução provisória de pena quando do julgamento no plenário sobre o tema, mas [por outro, já tinha] (...) se curvado à decisão da maioria e votado contra a concessão de HCs para condenados em segundo grau”<sup>92</sup>.

Em voto bem construído, a ministra negou o habeas corpus para o ex-presidente invocando a necessidade de observância dos precedentes da corte e um dever de colegialidade, considerado “imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte”<sup>93</sup>. Apesar desse apelo à consistência, a ministra na parte final do

<sup>89</sup> V. nessa linha, ainda que a pesquisa não diga especificamente à Suprema Corte: FARHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation under Panel Decision Making. *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 20, n. 2, p. 299-330, out. 2004.

<sup>90</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, No. 3, fev. 1987, p. 595-602. V. também BARKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, especialmente p. 481-493.

<sup>91</sup> V. SOUZA, André de; MARIZ, Renata; BRESCIANI, Eduardo. Rosa Weber nega habeas corpus a Lula, e deve ser rejeitado. *O Globo*, Brasília, 04 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/rosa-weber-nega-habeas-corpus-lula-pedido-deve-ser-rejeitado-22557114>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>92</sup> V. TEIXEIRA, Matheus; FALCÃO, Márcio; CARNEIRO, Luiz Orlando. Rosa Weber e os sinais trocados no julgamento do HC de Lula. *Jota*, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/rosa-weber-e-os-sinais-trocados-no-julgamento-do-hc-de-lula-22032018>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Habeas Corpus 152.752/PR**. Matéria Criminal. Execução Provisória da pena. Impetração em substituição a Recurso Ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta Corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em



voto fez questão de registrar a sua discordância com a posição substantiva do tribunal à qual demonstrava aderência no caso concreto. Segundo ela, a questão constitucional de fundo “há de ser revisad[a] no exercício do controle abstrato de constitucionalidade”<sup>94</sup>. Em linha de coerência com essa sinalização, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em que se discutia *abstratamente* o assunto, a ministra votou pela impossibilidade de se executar a sanção penal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

As posições da ministra são coerentes entre si. Elas, na verdade, revelam a disposição em reconhecer como *autoritativas* – e não substantivas – as razões que embasam a sua vinculação a decisões passadas da corte no enfrentamento de casos concretos. Isso fica evidente quando a ministra expressa deferência a uma decisão com a qual, no mérito, diz explicitamente não concordar. Se, no entanto, o seu comportamento de sempre observar precedentes do plenário, mesmo que deles discorde, é frequente, só uma pesquisa metodologicamente rigorosa poderá atestar. Na eventualidade de a execução dessa agenda de pesquisa revelar inconsistências no tempo, a hipótese de agir estratégico ganha corpo. E esse agir não necessariamente está relacionado à realização de preferências pessoais. Ela pode, em uma leitura possível das manifestações da ministra, estar, inclusive, orientada na promoção de objetivos institucionais, como realçar a colegialidade da corte ou aprofundar os seus compromissos com a segurança jurídica e a integridade da sua própria jurisprudência, o que contribuiria para reforçar a credibilidade do Supremo. Em qualquer caso, o que se destaca neste ponto é que a desorientação da prática decisória da corte permite sustentar não só o erro, mas também o agir estratégico como fundamento para o uso inconsistente ou consistente de precedentes no STF.

## 9. CONCLUSÃO

O resultado das análises desenvolvidas, ainda que não possa ser generalizado pela ausência de base empírica ampla, não sugere otimismo. Em vez de atuarem como limites, o que o Supremo costuma considerar seus “precedentes” pode garantir, na verdade, oportunidades quase infinitas de justificação para si e para os tribunais que decidem abaixo dele. Ademais, parece difícil sustentar nesse universo, em que (i) partes aleatórias de julgamentos passados podem ser selecionadas para a sustentação de qualquer resultado e (ii) nem sempre os fatos dos casos são considerados efetivamente relevantes para a aplicação dos alegados precedentes, que o Supremo se sintia vinculado pelo passado. E,

---

futuro Recurso Excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril 2018. p. 198. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Habeas Corpus 152.752/PR**. Matéria Criminal. Execução Provisória da pena. Impetração em substituição a Recurso Ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta Corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro Recurso Excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril 2018. p. 198. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 22 nov. 2019.

mesmo quando isso acontece, fica como questão aberta, como sugerido, se a aderência ao precedente é genuína, casual ou meramente estratégica. Se, nesse cenário de interrogações, a vinculação vertical tende a se mostrar, na prática, disfuncional, especialmente quando se constata que tribunais inferiores tendem a lidar com os alegados precedentes do Supremo da mesma maneira que a própria corte utiliza os seus julgados passados, a vinculação horizontal soa um ideal irrealizável.

Isso não quer dizer que o passado decisório da corte não seja influente na solução de casos atuais. O Supremo cada vez mais evoca julgados pretéritos para sustentar as soluções que fixa para casos no presente. E, aparentemente, com certa frequência o faz bem<sup>95</sup>. Para lidar com questões repetitivas ou com casos que se revelem, mesmo que apenas *ex post*, muito semelhantes, essa *jurisprudência de reiteração*, como define López Medina<sup>96</sup>, mostra-se não somente adequada para a solução do caso atual, como útil para a percepção de continuidade e coerência no processo decisório da corte. No enfrentamento de problemas mais complexos e pouco usuais, contudo, (i) o apelo persuasivo a peças do estoque decisório do tribunal, (ii) o pouco cuidado com a aproximação factual entre o alegado precedente e o caso atual e (iii) a extrema amplitude do que possa ser considerado precedente da corte parecem criar uma realidade em que as virtudes tradicionalmente relacionadas à presença de uma prática estável de precedentes se diluem. Em vez de a utilização de precedentes na justificação de julgados contribuir para a promoção de segurança, igualdade e eficiência, seu uso retórico ou mal desenvolvido reduz a qualidade da justificação, aumenta desnecessariamente custos decisórios e cria desorientação.

Várias das dificuldades apontadas não são, entretanto, típicas apenas da realidade brasileira. Nos EUA, por exemplo, Segal e Spaeth sustentam empiricamente que os juizes da Suprema Corte, ao contrário do que parecia ser a intuição no país, não são influenciados pelos precedentes dos quais divergem<sup>97</sup>. Se há discordância com o passado, a prática mostra que ele é simplesmente invisibilizado e argumentos substantivos são desenvolvidos para criar o primeiro elo de uma nova corrente de precedentes na história institucional da corte.

A realidade problemática do processo decisório de uma corte suprema não elimina, porém, qualquer possibilidade de otimismo. O contraponto para a visão de que a prática de precedentes de um tribunal como o Supremo está bem distante da complexidade dos debates teóricos sobre o assunto e das prescrições desenvolvidas para justificar

<sup>95</sup> VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 200.

<sup>96</sup> MEDINA, Diego López. **El Derecho de los jueces**. Bogotá: Legis, 2009, *apud* VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adriana\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020, p. 168.

<sup>97</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of stare decisis on the votes of United States Supreme Court justices. **American Journal of Political Science**, vol. 40, n. 4, p. 971-1003, nov.1996.

mecanismos de vinculação horizontal pode vir do caráter excepcional do próprio processo decisório de uma corte superior. Buscar consistência com o passado em um tribunal de cúpula ou em uma corte constitucional pode ser a fonte do problema. Como aponta Schauer, porque o acervo da Suprema Corte americana é dominado por casos de elevado impacto político ou profundo desacordo moral, ela deveria ser naturalmente considerada o último lugar para se encontrar traços de *stare decisis*<sup>98</sup>. Se o objetivo de qualquer investigação for aferir vinculações consistentes com o passado, talvez seja melhor olhar para outras cortes que enfrentam casos mais rotineiros e que, por isso, tendam a lidar bem menos com situações quase únicas.

É certo que o Supremo não é um tribunal que julga pouco e que só é instado a se manifestar sobre questões altamente complexas<sup>99</sup>. O tribunal, ao mesmo tempo em que enfrenta casos difíceis como uma corte constitucional, possui competências que o colocam na posição de foro especializado e é, sobretudo, também uma instância recursal<sup>100</sup> abarrotada de problemas parecidos entre si ou com outros já julgados, às vezes diversas vezes, pela corte. Esse último aspecto, por um lado, coloca como problemas permanentes explicar por que a corte pode não possuir as condições normativas e institucionais necessárias para desenvolver uma prática estável de precedentes em qualquer concepção sobre essas fontes de decisão e por que, por isso, o reforço adequado da jurisprudência parece ser fruto do acaso ou, independentemente do acerto da menção de um caso passado para a solução de caso atual, produto de justificação inconsistente. Por outro lado, contudo, reconhecer que parte do trabalho do tribunal envolve o enfrentamento de questões muito singulares pode ser o ponto de partida para recalibrar certas expectativas que se possa ter sobre a possibilidade de se aproximar, na realidade, o que se espera do processo decisório do Supremo do que ele efetivamente pode oferecer.

## 10. REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.

ALEX, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 12-32, jan./abr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002018000100013&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002018000100013&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 21 nov. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5\\_46.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf). Acesso em: 21 nov. 2019.

<sup>98</sup> SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? **Georgia State University Law Review**, vol. 24, n. 2, 2007, p. 399. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gslr24&i=397>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>99</sup> V. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10312>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>100</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, op. cit., p. 457.

BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study.** Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 481-501.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.367.549/ MG.** Processo Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Dano Ambiental. Implementação de Obra Pública. Usina de Reciclagem de Resíduos Sólidos. Ingerência do Poder Judiciário. Violação do princípio da separação de poderes. Inexistência. Violação ao art. 333, I, do CPC caracterizada. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Relator: Min. Humberto Martins, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1299335&tipo=0&nreg=201101325135&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140908&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Mandado De Segurança 31.697/ DF.** Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Competência reconhecida para fiscalizar os princípios que regem a administração pública, consagrados no Art. 37, caput, da Constituição Federal. Cessão de servidor público. Ausência dos pressupostos legais objetivos. Prevalência de interesse público sobre o privado. Impropriedade do debate. Impossibilidade de dilação probatória. Segurança indeferida Impetrante: Gustavo Henrique Cantenhe de Morgado e Outros. Impetrado: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568219>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/ DF.** Concurso Público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de Vaga. Inciso VIII do art.37 da Constituição Federal. §2º do art. 5º da Lei nº 8.11/90. Lei nº7.853/89. Decretos n.ºs 3.298/99 e 5.296/2004. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Carlos Britto, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 21 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Habeas Corpus 152.752/PR.** Matéria Criminal. Execução Provisória da pena. Impetração em substituição a Recurso Ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta Corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro Recurso Excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin, 04 de abril 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). **Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 378/ DF.** ADPF 378 MC. Processo de Impeachment. Definição da legitimidade Constitucional do rito previsto na Lei Nº 1.079/1950. Adoção, como linha geral, das mesmas regras seguidas em 1992. Cabimento da ação e concessão parcial de medidas cautelares. Conversão em julgamento definitivo. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Am. Curiae: Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 14, n.2, p.707-745, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201827>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CANÁRIO, Pedro. Precedente usado por Janot em caso de impedimento contraria sua tese. **Consultor Jurídico**, 09 mai. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/alegar-suspeicao-gilmar-janot-usa-precedente-contraria>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CENSURA a jornal se deve a discórdia entre ministros. **Consultor Jurídico**, 16 dez. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-16/censura-estadao-discordia-lei-imprensa>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DIAS NETO, Theodomiro; BUENO, Cassio Scarpinella; FORGIONI, Paula. As áreas do direito e especificidades em matéria de pesquisa. In: NOBRE, Marcos et al. **O que é pesquisa em Direito?**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 173-186.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: CUP, 2008.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10312>. Acesso em: 22 nov. 2019.

FARHANG, Sean; WAWRO, Gregory. Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation under Panel Decision Making. **The Journal of Law, Economics & Organization**, vol. 20, n. 2, p. 299-330, out. 2004.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da. Construção de ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal. **FGV Direito SP Research Paper Series**, São Paulo, n. 125, p. 1-17, jun. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2623294](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623294). Acesso em: 05 abr. 2018.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HENDERSON, M. Todd. From seriatim to consensus and back again: A theory of dissent. **The Supreme Court Review**, vol. 2007, n. 1, p. 283-344, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/655172>. Acesso em: 22 nov. 2019.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. **Philip A. Hart Memorial Lecture**, n. 2, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>. Acesso em: 22 nov. 2019.

LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. **Jota**, em 12 mai 2015. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015). Acesso em: 21 nov 2019.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 12, n. 3, p. 810-845, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201633>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LEVENBOOK, Barbara. The meaning of a precedent. **Legal Theory**, vol. 6, n. 2, jun. 2000, p. 185-240.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 503-517.

MAUÉS, Antônio M.. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, vol. 16, n. 2, 2012, p. 587-623.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, vol. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, p. 1-12, 2010. Disponível em: <http://www.sbdp.org>.

br/arquivos/material/19\_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NOBRE, Marcos *et al.* **O que é pesquisa em Direito?**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of legal families. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 60, n. 4, p. 1043-1074, out. 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41721695>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PICININ, Graziela Maria. **Informativo STF n° 345**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 26-30 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

PLENO - STF inicia julgamento de cabimento de embargos infringentes na AP 470 (1/2). [S.l.: s.n.], 2013. 1 Vídeo (1hr59min38s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://youtu.be/TWY9wd18mfM>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? **Georgia State University Law Review**, vol. 24, n. 2, p. 381-402, 2007. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gslr24&i=397>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, p. 571-605, fev. 1987.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of stare decisis on the votes of United States Supreme Court justices. **American Journal of Political Science**, vol. 40, n. 4, p. 971-1003, nov. 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SOUZA, André de; MARIZ, Renata; BRESCIANI, Eduardo. Rosa Weber nega habeas corpus a Lula, e deve ser rejeitado. **O Globo**, Brasília, 04 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/rosa-weber-nega-habeas-corpus-lula-pedido-deve-ser-rejeitado-22557114>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SUMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 355-406.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Emenda Regimental n° 2, de 4 de dezembro de 1985. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234, 235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356, e 357 do Regimento Interno. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, p. 22717, 09 dez. 1985

TEIXEIRA, Matheus; FALCÃO, Márcio; CARNEIRO Luiz Orlando. Rosa Weber e os sinais trocados no julgamento do HC de Lula. **Jota**, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/rosa-weber-e-os-sinais-trocados-no-julgamento-do-hc-de-lula-22032018>. Acesso em: 22 nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 22 nov. 2019.

VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese\\_Adrina\\_Vojvodic.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adrina_Vojvodic.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020.

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1>. Acesso em: 21 nov. 2019.





## O Tribunal de Contas da União é um órgão político?

### *Is the Federal Audit Court a political body?*

FLÁVIO GARCIA CABRAL<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Escola de Direito do Ministério Público - EDAMP (Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil)

flaviocabral\_@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-8128-314X>

**Recebido/Received:** 21.02.2020 / February 21<sup>st</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 17.06.2020 / June 17<sup>th</sup>, 2020

#### Resumo

O artigo busca investigar se o Tribunal de Contas da União (TCU) pode ser enxergado ou não como um órgão político. Há uma divergência entre a adjetivação que se confere ao TCU, ora sendo denominado de órgão técnico, ora de órgão político. O trabalho tem por objetivo investigar o caráter político do Tribunal, abordando-se três aspectos diferenciados: a composição dos membros do TCU; a função exercida pela Corte; a influência externa sofrida sobre suas atribuições e a exercida pelo TCU nos processos legislativos. Para a realização do paper, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica e documental em relação aos meios. Ao final, observa-se que a compreensão do TCU como órgão político depende justamente do critério utilizado. Deste modo, conclui-se que: a) no que tange ao corpo de Ministros do TCU, a Constituição não impede, tampouco fomenta que o Tribunal figure como político; contudo, a prática demonstra que se constitui como político, prevalecendo nomeações

#### Abstract

*The article seeks to investigate whether or not the Federal Audit Court (TCU) can be seen as a political body. There is a divergence between the adjectivation that is conferred to the Court (TCU), sometimes being called a technical organ, sometimes a political organ. The paper aims to investigate if TCU would have the political character, approaching three differentiated aspects: the composition of TCU members; the function exercised by the Court; the external influence on its attributions and the one exercised by the Federal Audit Court in the legislative processes. For the realization of the paper, the method of inductive approach is used, having descriptive and exploratory nature regarding the purposes and bibliographical and documentary as regards the means. In the end, it is observed that the understanding of TCU as a political organ depends precisely on the criterion used. Thus, it is concluded that: a) Regarding the TCU members, the Constitution does not prevent or encourage the Court to appear as a political body. However, the practice shows that TCU is constituted as political, prevailing*

Como citar esse artigo/How to cite this article: CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.71868.

\* Professor e coordenador acadêmico da Escola de Direito do Ministério Público - EDAMP (Campo Grande-MS, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP (São Paulo-SP, Brasil). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela Universitat de Girona/Espanha. Professor de Direito Administrativo e Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Procurador da Fazenda Nacional (atualmente Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Mato Grosso do Sul). E-mail: flaviocabral\_@hotmail.com.

com esse caráter; b) quando se pauta pela função exercida, o TCU não é político; c) em relação à influência externa sofrida em alguma de suas atribuições, bem como a que exerce no processo legislativo, o TCU figura como órgão político.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas da União; órgão político; ministros do TCU; função administrativa; discricionariedade.

*appointments with a political character; b) when guided by the function performed, TCU is not political; c) in relation to the external influence suffered in some of its attributions, as well as the influence and participation that it exerts in the legislative process, TCU appears like a political organ.*

**Keywords:** Federal Audit Court; political organ; justices of TCU; administrative function; discretion.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O dilema do TCU entre órgão político e órgão técnico; **3.** Análise quanto aos membros do TCU; **3.1.** Campo do dever-ser; **3.2.** Campo do ser; **3.3.** Conclusões parciais; **4.** Análise quanto à atuação/função do TCU; **4.1.** Função política ou de governo; **4.2.** Compatibilidade com a ordem jurídica brasileira; **4.3.** Conclusões parciais; **5.** Análise quanto à influência do e sobre o TCU; **5.1.** O parecer das contas públicas (artigo 71, i); **5.2.** Os trabalhos legislativos; **5.2.1.** A constituinte de 87-88; **5.2.2.** A alterações da LINDB (Lei 13.655/2018); **5.3.** Conclusões parciais; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A compreensão e leitura acerca do funcionamento das instituições públicas é tarefa da mais alta relevância e importância, uma vez que, de maneira simplista, porém absolutamente acertada, a atuação dos entes públicos é direcionada, direta ou indiretamente, para os cidadãos daquela sociedade. Saber como funcionam as instituições públicas, quais suas funções e atuação, sua natureza, é pressuposto para se realizar justamente um controle, institucional e social, sobre elas e refletir criticamente acerca da necessidade de mudanças na sua forma de se conduzir.

Dentre as várias figuras da Administração Pública que poderiam ser objeto de um estudo que vise a compreender o seu funcionamento, uma que merece destaque é o Tribunal de Contas da União (TCU). Referida instituição superior de controle, que parece vir encontrando a cada dia um maior espaço no cenário institucional e ganhando visibilidade da sociedade, remonta à primeira República no Brasil, mais precisamente um ano antes, em 7 de novembro de 1890, ocasião na qual o então Ministro da Fazenda do Governo Provisório, Rui Barbosa, por meio do Decreto nº 966-A, criou o Tribunal de Contas, competindo a este, basicamente, o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à despesa e receita do Brasil-República. A sua criação veio a ser confirmada por meio de inserção expressa no texto da Constituição de 1891.

Todas as demais Constituições brasileiras ao longo da história voltaram a prever a instituição de controle do TCU, alternando basicamente suas atribuições - ora limitando-as, ora ampliando-as. Culmina-se, contudo, com o mais amplo rol de competências constitucionais previstas até hoje, por meio da Constituição de 1988.



Sem embargo da longa história da Corte de Contas brasileira, pairam dúvidas e questionamentos no que concerne à atuação deste órgão, bem como sobre sua fisiologia e natureza.

Dentre os diversos questionamentos que permeiam a referida instituição, um que representa a problematização a ser investigada reside, então, em saber se o Tribunal de Contas da União poderia ser encarado como um órgão político ou não.

De modo a desenvolver este artigo, a escrita será estruturada da seguinte forma: primeiramente se indicará justamente o impasse entre o TCU figurar como órgão político ou técnico. No capítulo seguinte, abordar-se-á o possível viés político no que tange à composição do TCU, apontando-se as normas constitucionais que versam sobre a seleção dos membros da Corte e como isso tem ocorrido na prática. No terceiro capítulo se discorrerá sobre o aspecto político do TCU em relação à função que desempenha, apurando se o Tribunal exerce ou não a chamada função política ou de governo. Por derradeiro, investigar-se-á se a alcunha de político pode ser atribuída ao TCU levando-se em consideração a influência externa que sofre para o exercício de suas atribuições bem como a sua participação e ingerência no curso dos processos legislativos. Para isso, serão apresentadas algumas considerações sobre como tem ocorrido o exercício da competência do artigo 71, inciso I, da Constituição pelo TCU, bem como dois momentos legislativos nos quais o Tribunal teve participação: a Constituinte de 1987-88 e a edição da Lei nº 13.655/2018.

## 2. O DILEMA DO TCU ENTRE ÓRGÃO POLÍTICO E ÓRGÃO TÉCNICO

O Tribunal de Contas da União, instituição centenária no Brasil, é órgão que atua, conjuntamente com o Poder Legislativo, no exercício do controle externo da Administração Pública.

Em termos amplos, sua missão se refere ao controle dos gastos públicos, tendo tido, sob a égide da Constituição Federal de 1988, um rol de atribuições muito amplo, cabendo fiscalizar e julgar as contas de todos aqueles que, em certa medida, tiveram contato com patrimônio público.

Veja que para o desempenho de tão importante mister, de nítido caráter republicano, é fundamental a existência de um quadro de pessoal qualificado, aliado a uma estrutura física adequada, e uma série de prerrogativas inerentes aos cargos da Corte de Contas que permitam que as finalidades constitucionais sejam atendidas, sempre em atenção ao regime jurídico de Direito Público.

Para que o TCU alcance sua missão, dentro dos limites constitucionais que lhe são impostos, há a necessidade de uma atuação desempenhada com a seriedade que as atribuições constitucionais demandam. É nessa toada que o TCU é compreendido

«como órgão eminentemente técnico»<sup>1</sup> ou ainda como um “órgão técnico especializado, detentor de competências constitucionais específicas de Órgão de fiscalização”<sup>2</sup>

Não obstante, com certa frequência a Corte de Contas é referida como um órgão político,<sup>3</sup> questionando-se, por vezes, a lisura do Tribunal devido a seu envolvimento político.<sup>4</sup> Diz-se ainda que o TCU, ocasionalmente, tem decidido por razões políticas<sup>5</sup> ou ainda, sem esgotar as adjetivações, é chamado (desta vez sem um caráter desabonador) de uma instituição político-administrativa.<sup>6</sup>

É aqui que reside a dicotomia que permeia o TCU: seria ele um órgão de caráter técnico ou seria cabível lhe imputar a qualificação de político?

Em coluna escrita em 2018, o Procurador de Contas Júlio Marcelo de Oliveira resalta justamente esse embate, ainda que focando em somente um aspecto do suposto viés político do TCU, assinalando que a Corte, ao tempo em que conta com quadro técnico cada vez mais capacitado, possui em sua composição uma predominância de membros de origem política, o que acaba por evidenciar o quanto a componente política é deletéria em sua atuação.<sup>7</sup>

Evidente que a primeira indagação que se deve fazer é a respeito do que seria um órgão rotulado como técnico ou político.

A problemática parece residir muito mais na nomenclatura do órgão como político. O estudo da Política e suas implicações é temática que perpassa séculos de história e diversos entendimentos. A polissemia do vocábulo “político” faz com que se possa ter várias significações e compreensões na adjetivação.

Deste modo, ao se indagar se o TCU seria um órgão político ou não, precisa-se estabelecer critérios de análise acerca de que sentido o qualificador político está sendo empregado.

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adi nº 2.597*. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**. Brasília, 17 ago. 2017.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A verdadeira função do Tribunal de Contas da União no processo orçamentário. **Revista TCU**, Brasília, v.32, n.87, jan./mar. 2001, p.18

<sup>3</sup> Vide DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Tcu tem que deixar de ser um órgão político, dia líder de governo. **Diário de Pernambuco**. 06 out. 2015. Disponível: [https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/10/06/interna\\_politica,602267/tcu-tem-que-deixar-de-ser-um-orgao-politico-diz-lider-do-governo.shtml](https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/10/06/interna_politica,602267/tcu-tem-que-deixar-de-ser-um-orgao-politico-diz-lider-do-governo.shtml). Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>4</sup> Vide RIBEIRO, Ana Paula. ‘TCU é playground de políticos fracassados’, diz Joaquim Barbosa. **O Globo**. 29 ago. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tcu-playground-de-politicos-fracassados-diz-joaquim-barbosa-17347428>. Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>5</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidade em contratos. **Revista Direito GV**, v.13, n.3, set./dez. 2017, p. 878.

<sup>6</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 5, n. 47, jan. 2005.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. O papel dos órgãos de controle externo no combate à corrupção. **Consultor Jurídico**. 23 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-23/papel-orgaos-controle-externo-combate-corrupcao>. Acesso em: 25 jun. 2019.

De início, exclui-se, para os fins deste trabalho, a compreensão do político como sendo algo inerente à atividade de direção suprema e geral do Estado, bem como, em um sentido subjetivo, os órgãos que são responsáveis por essa atividade.<sup>8</sup> É nesse viés, por exemplo, que Miguel Seabra Fagundes faz uso do termo, ao mencionar que “funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do poder público”.<sup>9</sup> Embora correta essa visão, não é com esta conotação que se faz referência ao TCU como sendo político. Ademais, não decorre maiores problematizações desta forma de encarar um órgão como político.

Dentre as variadas abordagens que se poderia realizar na busca pelo teor do adjetivo “político” atrelado ao Tribunal de Contas, a análise pode ser feita ao menos sob três óticas (distintas, mas que se mostram complementares): político referente a seu corpo (membros); político como referente à função que exerce; político como exercente ou recebedor de influência/pressões políticas na sua atuação.

As consequências de ser considerado órgão político ou não dependerá de cada um dos focos tomados para se aferir o que se entende por «político».

### 3. ANÁLISE QUANTO AOS MEMBROS DO TCU

A composição da Corte de Contas é elemento fundamental para se compreender o funcionamento do órgão de controle e a dinâmica das relações jurídicas estabelecidas. Afinal, é a estrutura conferida ao órgão, que inclui como são escolhidos os seus membros, que contribui na conformação do perfil da instituição.

A esse respeito, pode-se realizar duas análises distintas, embora correlatas, para investigar a estrutura dos membros do TCU: a) descrever o modelo prescritivo (campo do dever-ser) da Constituição vigente no Brasil da seleção dos membros do TCU; b) apurar como tem ocorrido de fato (campo do ser) a escolha dos membros.

Sob esta vertente, denominar de político o órgão de controle diz respeito ao fato de que seus membros são (devem ser) oriundos de cargos políticos ou não.

#### 3.1. Campo do dever-ser

Em sua atual composição, o TCU é integrado por nove ministros,<sup>10</sup> escolhidos de acordo com a distinção feita pelo §2º, ou seja, dois terços (6 ministros) indicados pelo

<sup>8</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990. VI, p.16.

<sup>9</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 134, out./dez.1978, p.2.

<sup>10</sup> Odete Medauar enxerga que para um aprimoramento da Corte de Contas brasileira seria benéfico se houvesse um aumento na quantidade de membros do TCU, que deveriam ser auxiliados por um número maior de assistentes (MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília. a.27, n.108, out./dez. 1990, p.126). Sobre a trajetória da composição do TCU ao longo da história Constitucional brasileira, Bruno Wilhelm Speck informa que o “número inicial de cinco membros com função

Congresso Nacional<sup>11-12</sup> e um terço (três) indicado pelo Presidente da República, sendo que, neste segundo grupo, um deles indicado livremente pelo chefe do Executivo e os outros dois, de forma alternada, entre os agentes do Ministério Público junto ao TCU e os auditores do Tribunal. Note-se que, de acordo com a redação trazida pelo artigo 35 do Regimento Interno do TCU, na vacância de algum dos ministros, a competência para a escolha será determinada de modo a manter a composição prevista no artigo 73 da Constituição.

A escolha dos Ministros, inclusive para a vaga de livre escolha do Presidente da República, não se encontra totalmente abrangida por uma absoluta discricionariedade, dispondo as normas constitucionais de alguns requisitos mínimos a serem atendidos. Como se observa, o §1º do artigo 73 exige requisitos temporais (mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade e mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso III, do §1º do artigo 73 da CF/88) e requisitos substanciais (idoneidade moral e reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública) para escolha dos membros do TCU.

Quanto ao primeiro requisito temporal, qual seja, a idade mínima de 35 anos, embora possa se mostrar, em uma primeira análise desatenta, incompatível com as regras constitucionais brasileiras, que vedam a discriminação em razão da idade, percebe-se, como averbado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,<sup>13</sup> que há razão de ser para esse limite etário, pois além de manter uma simetria com as exigências constitucionais ao Poder Judiciário, tem-se que a função a ser exercida demanda um maior nível de experiência, vivência e maturidade. A tendência na vigente ordem constitucional tem

---

deliberativa havia sido reduzido para quatro em 1896. O número de nove membros de 1918 seria restringido para oito em 1931, em função de cortes gerais nos mecanismos de controle. Em 1935, a Lei Orgânica reduziria mais uma vez o número para sete ministros. Somente em 1949, esse número aumentaria outra vez para nove ministros, em função da nova Lei Orgânica do Tribunal, e seria, a partir de então, constante até os nossos dias” (SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 58).

<sup>11</sup> Válido destacar que embora a indicação de 6 (seis) Ministros seja feita pelo Congresso Nacional, quem de fato os nomeia é o Presidente da República, conforme se retira do disposto no artigo 84, inciso XV, da Constituição Federal. No entanto, a escolha feita pelo Congresso Nacional não está sujeita ao crivo da apreciação discricionária do Presidente da República, ao contrário do que ocorre na indicação feita pelo próprio Presidente, cujos escolhidos precisam da aprovação do Senado Federal (artigo 52, III, b, da CF/88). Ressalve-se que esta aprovação pelo Senado, como levantado por Márcio Ferreira Kelles, tem se mostrado quase que automática, já que, em consulta realizada junto ao TCU, fora informado que não há até hoje qualquer registro de rejeição pelo Senado do nome indicado para Ministro do Tribunal (KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática**: Tribunal de Contas no controle da lrf. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.230).

<sup>12</sup> Os procedimentos de escolha dos Ministros do TCU pelo Congresso encontram-se atualmente regulamentados pelo Decreto Legislativo nº 6, de 22 de abril de 1993.

<sup>13</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.671.

sido, de fato, a nomeação de Ministros com idade bastante superior à mínima exigida,<sup>14</sup> sendo que a média de idade dos 20 Ministros nomeados durante a atual Constituição de 1988 foi de aproximadamente 55 anos. A idade máxima (65 anos) também se justifica tendo em vista o próprio sistema jurídico brasileiro, uma vez que possui um forte caráter moralizador, evitando que ocorram indicações às vésperas de uma aposentadoria<sup>15</sup> (que ocorre compulsoriamente aos 75 anos<sup>16</sup>), o que desvirtuaria o interesse público almejado.<sup>17</sup> Neste diapasão, como salientado por Maria Rita Loureiro, Marco Antônio Carvalho Teixeira e Tiago Cacique Moraes, “isso reduziu práticas clientelistas comuns, anteriormente, de nomeação de correligionários políticos com idade próxima dos 70 anos, beneficiando-os, logo a seguir, com aposentadoria integral”.<sup>18</sup>

O debate mais acirrado surge quando se põem em pauta os requisitos substanciais de escolha dos Ministros. Há quem considere nestes requisitos, em particular se referindo à necessidade de idoneidade moral e reputação ilibada, conceitos de

<sup>14</sup> O Ministro Bruno Dantas foge da regra ao ser o membro mais jovem a tomar posse na história do TCU, com apenas 36 anos.

<sup>15</sup> Na prática a média de idade de saída dos Ministros que chegaram a atuar no curso da Constituição de 1988 alcançou a idade aproximada de 67 anos.

<sup>16</sup> O limite de 75 anos para a aposentadoria compulsória dos Ministros do TCU passa a existir por meio da Emenda Constitucional nº 88/2015, que trouxe essa previsão em seu artigo 2º. Anteriormente a ela, o limite etário era de 70 anos.

<sup>17</sup> Acerca do interesse público, cabível rememorar as colocações de Daniel Wunder Hachem, no sentido de que o termo pode ser compreendido em um sentido amplo e em sentido estrito. Na primeira conotação, englobam-se todos os interesses juridicamente protegidos (da coletividade e individuais), na forma de direitos subjetivos ou de interesses legítimos, permanecendo excluídos de suas fronteiras os interesses puros e simples e os interesses ilícitos, que configuram interesses privados. Na segunda visão, interesse público se refere ao interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos (individuais e coletivos) igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, p.104-105). Sobre o tema, ver também: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

<sup>18</sup> LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 43(4), jul./ago. 2009, p.751.

“razoável subjetividade”,<sup>19-20</sup> já que seria possível a sua prova negativa,<sup>21</sup> ou seja, a demonstração da não idoneidade e da não reputação ilibada, sendo eles, inclusive, mas rigorosos que outros conceitos jurídicos positivados, pois, ao prescindirem de registro, tornam inviável a ampla defesa e o contraditório no que concerne à consideração sobre a reprovabilidade de suas condutas e formas de agir.<sup>22</sup> Entretanto, cabe fazer a ressalva de que exigências qualitativas, como idoneidade moral, conhecimentos profissionais e experiência profissional, constantes da Constituição, sempre deram ampla margem para interpretação, não constituindo um forte critério de pré-seleção profissional e, portanto, não rogaram mudar o perfil de indicações de candidatos do mundo político.<sup>23</sup>

Há que se notar, contudo, que essa forma de escolha de membros do TCU não lhe é exclusiva na Constituição vigente, podendo-se mencionar como paradigma, ainda que com algumas diferenças, a indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 101 do texto constitucional.

Tendo em vista o amplo espectro interpretativo dos requisitos qualitativos mencionados, a Constituição de 1988 trouxe outros mecanismos a fim de assegurar o profissionalismo de seus membros (pelo menos parcela destes) e a autonomia

<sup>19</sup> Embora a assertiva de que é possível delimitar os que não possuam idoneidade e notável saber seja correta, ela não constitui uma verificação que salvaguarde um amplo leque interpretativo que põe em xeque a legitimidade de muitas escolhas. Por se tratar de um conceito indeterminado, sempre haverá uma “zona de penumbra” ou “zona cinzenta”, e que, no caso em tela, evidencia-se muito ampla se analisada isoladamente. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello averba que: “Suponha-se outra norma que admita a elevação a certos cargos de pessoas de ‘notável saber’. Esta qualificação ensancha o prosperar de análogas hesitações. Se é certo que não se porá em dúvida a presença de tal atributo em alguns casos muito salientes, e se é segura a negação de sua existência em outros tantos assim evidentes, entre as duas situações paradigmáticas vai mediar uma zona de incertezas” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.1001).

<sup>20</sup> Guilherme Henrique de la Rocque Almeida traz à baila decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) (RE nº 167.137-TO), onde se decidiu que “os requisitos estatuídos no art.73, §º, inciso II, da Constituição Federal vinculam o ato administrativo de nomeação aos parâmetros objetivados por nossa Lei Maior”. E prossegue afirmando que “Tal vinculação decorre de a norma em questão ter imposto ao administrador o dever de aferir, de forma objetiva, a compatibilidade da situação do nomeado às condições estabelecidas pela Constituição ou por normas infraconstitucionais” (ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. **Lei orgânica do Tribunal de Contas da União anotada**. Normativos correlatos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.74).

<sup>21</sup> Há na história do TCU um único caso de rejeição de um nome para ocupar a função de Ministro, com base justamente nos fundamentos da idoneidade moral e reputação ilibada. Trata-se da indicação do Senador Luiz Otávio (PMDB-PA), feita pelo Senado em 2003, que, tendo em vista uma série de acusações a que respondia aquele parlamentar (principalmente a denúncia ofertada pelo Ministério Público em 2001, acusando-o da prática de falsidade ideológica e crime contra o sistema financeiro nacional, em razão da fraude perpetrada contra o BNDES no valor de treze milhões de reais), foi impugnada na Justiça, por meio de ação popular, e posteriormente, em 2006, foi rejeitada pela Câmara dos Deputados.

<sup>22</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.671-672.

<sup>23</sup> SPECK, Bruno Wilhelm; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.196.

e independência da Corte de Contas.<sup>24</sup> O primeiro mecanismo institucional existente refere-se à vinculação da nomeação de pelo menos dois membros do TCU aos profissionais de carreira do próprio Tribunal (dentre auditores e integrantes do Ministério Público de Contas), que ingressaram naquela instituição mediante concurso público de provas e títulos, o que tende, em certa medida, a impedir nomeações de cunho exclusivamente político, e garantir um maior profissionalismo de seus membros.

No que tange ao requisito substancial relativo aos notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, apreciado em conjunto com o requisito temporal de exigência de 10 anos de exercício em função que demande aqueles requisitos de fundo, alguns pontos merecem consideração. O primeiro é de que a comprovação dos referidos requisitos não demanda a apresentação de títulos específicos ou diplomas referentes a cursos naquelas áreas<sup>25</sup>, ou seja, exige-se conhecimento e não necessariamente formação. O segundo aspecto é de que os conhecimentos mencionados são alternativos e não necessariamente aditivos. Conforme expõe Francisco Eduardo Carrilho Chaves,<sup>26</sup> deve-se ler o rol de conhecimentos utilizando-se a conjunção “ou” e não “e”, porquanto seria exigência demasiadamente excessiva demandar do candidato ao cargo de Ministro notórios conhecimentos jurídicos e contábeis e econômicos e financeiros e de administração pública. Por fim, nesta mesma linha, também não se exige que os dez anos de atividade ocorram em somente uma das áreas ventiladas, podendo haver a mescla entre elas para a complementação do período exigido<sup>27</sup> (na verdade, torna-se mais interessante que os Ministros tenham uma visão sistêmica das áreas e temas pertinentes aos seus cargos).

Por último, vê-se que o §3º do artigo constitucional ora em estudo versa sobre as prerrogativas, garantias, impedimentos, vencimentos e vantagens dos membros do TCU, equiparando-os aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.<sup>28</sup> Note-se que a outorga, aos Tribunais de Contas e Controladorias de garantias e impedimentos da Magistratura também se encontra presente, por exemplo, em países como Itália, Espanha, França e Portugal.<sup>29</sup> Ademais, a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92) disciplina

<sup>24</sup> COUTINHO, Doris de Miranda; SANTOS, Aline Sueli de Salles. O papel do Tribunal de Contas frente à accountability. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 209-233, abr./jun. 2018. p. 216.

<sup>25</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p.68-69.

<sup>26</sup> CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2009, p.237.

<sup>27</sup> CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2009, p.237.

<sup>28</sup> Já em 1963 o Supremo Tribunal Federal entendia ser válida a equiparação de garantias e vedações entre membros do Poder Judiciário e do TCU, editando a Súmula nº 42, que prevê: “É legítima a equiparação de juízes do Tribunal de Contas, em direitos e garantias, aos membros do Poder Judiciário”.

<sup>29</sup> CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.75. Para maiores considerações sobre a perspectiva comparada das Cortes de Contas, confira-se CARVALHO,

de forma explícita as garantias e prerrogativas dos Ministros em seus incisos do artigo 73, parágrafo único (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e aposentadoria com proventos integrais), bem como as vedações no artigo 74.<sup>30</sup>

### 3.2. Campo do ser

A intervenção política na escolha dos membros do TCU é comumente criticada por especialistas,<sup>31</sup> já que, em tese, afeta consideravelmente a independência da Corte de Contas,<sup>32</sup> uma vez que quem será fiscalizado escolhe o fiscalizador. Como destacado por Bruno Wilhelm Speck e José Nagel,<sup>33</sup> a politização na indicação dos membros, nomeados pelos Poderes Legislativo e Executivo, traz “o risco de que essas indicações sejam influenciadas por critérios de conveniência política”.

Aqueles mesmos autores<sup>34</sup> indicam que, quando se exige para a nomeação uma cooperação entre os Poderes, como ocorre na situação brasileira, a politização tende,

---

Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018 e CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014, p.75-96.

<sup>30</sup> “Art. 74. É vedado ao ministro do Tribunal de Contas da União:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - exercer cargo técnico ou de direção de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, sem remuneração;

III - exercer comissão remunerada ou não, inclusive em órgãos de controle da administração direta ou indireta, ou em concessionárias de serviço público;

IV - exercer profissão liberal, emprego particular, comércio, ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista ou cotista sem ingerência;

V - celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, sociedade instituída e mantida pelo poder público ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante;

VI - dedicar-se à atividade político-partidária”.

<sup>31</sup> “E é lógico-dedutivo que, se laços de afinidade ou intimidade existirem, tornará viciado todo o processo de escolha, a toda evidência” (KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática**: Tribunal de Contas no controle da lrf. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.233).

<sup>32</sup> Já na fase da Constituinte, muitos parlamentares levantaram essa questão, querendo afastar a indicação dos membros do TCU pelo Poder Executivo. Tire-se como exemplo o discurso do constituinte Adhemar de Barros Filho, na fase de deliberação da Comissão de Sistematização, onde consignou: “Por mais honoráveis que sejam os membros do Tribunal de Contas, as indicações provenientes da Presidência da República vão revelar algum tipo de ligação, algum tipo de responsabilidade, algum tipo de gratidão, o que empobrece o exercício da função fiscalizadora. Entendo que esta exige a mais total isenção por parte de outro poder para que a função fiscalizadora se exerça com imparcialidade” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 32ª Reunião Extraordinária (29 de outubro de 1987)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.870).

<sup>33</sup> SPECK, Bruno Wilhelm; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.237.

<sup>34</sup> SPECK, Bruno Wilhelm; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p.237.



*prima facie*, a ser atenuada. No entanto, revêem a premissa transcrita, tendo em vista que nos regimes políticos modernos – novamente como verificado no Brasil – um governo eficiente necessita de bases legislativas fortes para poder governar, razão pela qual, a independência entre os poderes resta diminuta, não garantindo necessariamente uma escolha despolitizada. Assim, nos termos políticos vivenciados pelo Brasil, de coligações partidárias, alternâncias de filiação dos políticos entre os partidos, um atrelamento incontestado entre Executivo e Legislativo, o fato de estar nas mãos do Legislativo a escolha da maioria dos membros do TCU, perde um pouco de sua relevância e eficácia.

Outra questão decorrente da politização da nomeação dos membros do TCU se refere aos financiamentos de campanha eleitoral por empresas privadas. Tendo os Ministros do TCU ocupado cargos políticos anteriormente à sua nomeação ao Tribunal<sup>35</sup> (como ocorre de fato com a maioria dos membros), não se torna improvável que muitas das empresas ou grupos empresariais que financiaram suas prévias campanhas eleitorais sejam eventualmente objeto de fiscalização pelo TCU, o que põe em xeque a impessoalidade para análise dos referidos processos pelos membros da Corte.

Há, em especial com a Constituição de 1988, uma forte inclinação doutrinária propondo uma melhoria na indicação dos membros do Tribunal,<sup>36</sup> a fim de prezar pela autonomia e independência de seus membros, sendo a escolha realizada por meio de concurso público<sup>37-38</sup> uma robusta tendência que vem sendo defendida. Nessa linha ideológica, Odete Medauar<sup>39</sup> propõe que “melhor seria que a indicação ocorresse me-

<sup>35</sup> Criticando essa nomeação de parlamentares por parlamentares, Charles Pessanha escreveu: “Ao optar por nomear ministros sem a necessária afinidade com as atividades-fim do controle externo, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deixaram de contribuir para o aprimoramento técnico do corpo deliberativo do TCU. Com a indicação preferencial de ex-parlamentares, o Congresso Nacional tornou redundante a dimensão política do controle” (PESSANHA, Charles. Controle externo: a função esquecida pelo Legislativo no Brasil. In: SCHWARTZMAN, Luisa Farah; SCHWARTZMAN, Isabel Farah; SCHWARTZMAN, Felipe Farah; SCHWARTZMAN, Michel Lent (Orgs.). **O sociólogo e as políticas públicas**: ensaio em homenagem a Simon Schwartzman. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p.257).

<sup>36</sup> Fabrício Motta sustenta que, embora não seja possível apontar qual a composição mais adequada para as Cortes de Contas, dificilmente haveria um modelo mais inadequado do que o atual modelo brasileiro. Para ele, deveria haver uma reformulação constitucional de modo a predominar os aspectos técnicos sobre o político (MOTTA, Fabrício. Julgamento dos prefeitos municipais: apreciação crítica da mudança imposta pelo Supremo Tribunal Federal. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2016, p.43).

<sup>37</sup> Conforme se assinalará mais a frente, essa proposta (indicação por concurso público), pelo menos para parcela dos membros do TCU, fez parte dos debates na Constituinte brasileira de 87-88.

<sup>38</sup> A utilização de concurso para a escolha dos membros das Cortes de Contas mostra-se como técnica de pouco utilização nos países estrangeiros, podendo-se mencionar como exceção a Itália, onde os juízes de contas das instâncias inferiores são recrutados por concurso, ou ainda a escolha de alguns membros da *Cours des Comptes* francesa (CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.74-75).

<sup>39</sup> MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília, a.27, n.108, out./dez. 1990, p.126.

diante concurso público<sup>40</sup> de títulos e provas, dentre portadores de diploma de curso superior, nas áreas de direitos, administração, economia ou ciências contábeis, realizado por integrantes de tribunais do Poder Judiciário”.

No Tabela 1 colacionada a seguir é possível verificar o perfil dos Ministros do TCU que chegaram a atuar durante a Constituição de 1988, restando evidente que a maioria dos membros possuía atrelamentos políticos antes de ingressar nos quadros do Tribunal.

<b>TABELA 1 - QUADRO DE INFORMAÇÕES SOBRE OS MINISTROS DO TCU QUE ATUARAM DURANTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>41</sup></b>						
	NOME DO MINISTRO	FORMAÇÃO ACADÊMICA	DATA DE ADMISSÃO	DATA DA APOSENTADORIA	GOVERNO DA ADMISSÃO	OCUPAÇÃO ANTES DA NOMEAÇÃO
1	ANA ARRAES	Graduação em Direito	30/09/2011	EM EXERCÍCIO	Dilma Rousseff	Advogada; Deputada Federal.
2	AROLDO CEDRAZ	Técnico em Contabilidade; Graduação, Mestrado e Doutorado em Medicina Veterinária.	03/01/2007	EM EXERCÍCIO	Lula	Deputado Federal.
3	AUGUSTO NARDES	Graduação em Administração de Empresas; Especialização em Política do Desenvolvimento e Estatística do Trabalho; Mestrado em Estudos do Desenvolvimento.	20/09/2005	EM EXERCÍCIO	Lula	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal.

<sup>40</sup> Encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional nº 02/2018 que altera a forma de seleção dos Ministros dos Tribunais de Contas no Brasil, prevendo a indicação de dois membros pelo Presidente da República, dentre os integrantes do corpo de auditores e procuradores do Ministério Público de Contas, e o restante por meio de concurso público de provas e títulos.

<sup>41</sup> Tabela elaborada pelo autor.

4	BENJAMIN ZYMLER	Graduação em Engenharia Elétrica e Direito; Mestrado em Direito e Estado.	11/09/2001	EM EXERCÍCIO	FHC	Engenheiro Eletricista; Auditor e Ministro Substituto do TCU.
5	BRUNO DANTAS NASCIMENTO <sup>1</sup>	Graduação em Direito; Mestrado, Doutorado e Pós-doutorado em Processo Civil.	13/08/2014	EM EXERCÍCIO	Dilma Rousseff	Consultor Legislativo do Senado; Consultor Geral do Senado; Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público; Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça.
6	JOSÉ MUCIO MONTEIRO FILHO	Graduação em Engenharia Civil.	20/10/2009	EM EXERCÍCIO	Lula	Engenheiro; Prefeito de Rio Formoso-PE; Secretário de Estado; Deputado Federal; Ministro de Estado.
7	RAIMUNDO CARREIRO	Graduação em Direito.	14/03/2007	EM EXERCÍCIO	Lula	Vereador.
8	VITAL DO RÉGO FILHO	Graduação em Medicina e Direito.	22/12/2014	EM EXERCÍCIO	Dilma Rousseff	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal; Senador.

9	WALTON ALENCAR RODRIGUES	Graduação em Direito; Mestrado em Direito Público.	13/04/1999	EM EXERCÍCIO	FHC	Analista Legislativo do Senado Federal; Advogado; Promotor de Justiça no MPDF; Procurador da República; Procurador, Subprocurador-Geral e Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU.
10	ALBERTO HOFMANN	Técnico em Contabilidade; Graduação em Economia.	18/05/1983	12/03/1990	João Figueiredo	Deputado Estadual; Secretário Estadual; Deputado Federal; Senador.
11	LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA	Graduação em Ciências e Letras; Graduação em Engenharia Civil.	08/12/1977	24/06/1994	Ernesto Geisel	Diretor-Geral da Câmara dos Deputados.
12	ÉLVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	10/09/1987	06/06/1995	José Sarney	Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 1ª Região; Procuradora-Geral junto ao Tribunal de Contas do DF.

13	OLAVO DRUMMOND	Graduação em Direito.	13/06/1990	31/08/1995	Fernando Collor	Deputado Estadual e Suplente de Deputado Federal; Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.
14	PAULO AFONSO MARTINS DE OLIVEIRA	Graduação em Ciências e Letras e em Ciências Jurídicas e Sociais.	08/11/1988	03/10/1997	José Sarney	Funcionário da Câmara dos Deputados.
15	FERNANDO GONÇALVES	Graduação em Direito.	15/06/1982	16/04/1998	João Figueiredo	Vereador; Deputado Federal.
16	CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	12/03/1985	18/12/1998	José Sarney	Diplomata de Carreira; Secretário de Imprensa e Divulgação da Presidência da República.
17	HOMERO SANTOS	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	31/10/1988	17/06/1999	José Sarney	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal.
18	ADHEMAR PALADINI GHISI	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	06/03/1985	16/01/2001	José Sarney	Deputado Estadual; Deputado Federal.

19	BENTO JOSÉ BUGARIN	Graduação em Direito e Filosofia; Especialização em Administração Pública; Doutorado em Finanças Públicas (Tributos).	09/11/1995	30/04/2001	FHC	Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do DF; Auditor e Ministro Substituto do TCU.
20	IRAM DE ALMEIDA SARAIVA	Graduação em História e Direito.	17/08/1994	25/08/2003	Itamar Franco	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal; Senador.
21	HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO	Contabilista; Graduação em Direito.	24/08/1995	02/06/2004	FHC	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal.
22	ADYLSO MOTA	Graduação em Odontologia e Direito.	20/01/1999	23/08/2006	FHC	Deputado Estadual; Chefe da Casa Civil do Governo do Estado do Rio Grande do Sul; Deputado Federal.
23	GUILHERME PALMEIRA	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	04/08/1999	13/11/2008	FHC	Deputado Estadual; Governador do Estado de Alagoas; Senador; Prefeito Municipal de Maceió-AL.
24	MARCOS VINÍCIOS RODRIGUES VILAÇA	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais; Mestrado em Direito.	19/04/1988	26/06/2009	José Sarney	Diretor da Caixa Econômica Federal; Secretário de Estado; Suplente de Senador.

25	UBIRATAN DINIZ AGUIAR	Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais.	02/05/2001	09/09/2011	FHC	Vereador; Deputado Estadual; Deputado Federal.
26	VALMIR CAMPELO	Graduação em Comunicação Social.	13/11/1997	07/04/2014	FHC	Deputado Federal; Senador.
27	JOSÉ JORGE	Graduação em Engenharia Mecânica e Economia; Especialização em Estatística; Mestrado em Ciências.	03/02/2009	18/11/2014	Lula	Secretário de Estado; Ministro de Estado; Deputado Federal; Senador.

Apesar de o texto constitucional não fazer nenhuma exigência quanto à origem dos seus Ministros, a prática demonstra que o Tribunal costuma abrigar os pares dos membros do Congresso, bem como ex-ocupantes de diversos cargos de natureza política, como parlamentares ou Secretários e Ministros de Estado.

Do corpo de Ministros atualmente em exercício, há cinco ex-deputados federais, um ex-vereador, dois Ministros oriundos das carreiras atreladas ao TCU (Procurador de Contas e Auditor), por exigência constitucional, e um ex-servidor público do Poder Legislativo.

Embora não seja o objeto da pesquisa, interessante notar que este perfil de nomeações se reproduz em todos os Tribunais de Contas do Estado.<sup>42</sup> Conforme pesquisa

<sup>42</sup> A respeito das indicações políticas em todos os Tribunais de Contas, Júlio Marcelo de Oliveira traz a constatação que se segue: "A experiência histórica, entretanto, demonstrada empiricamente, revela que a indicação política permite a captura do órgão pelos grupos políticos dominantes, o que produz órgãos que tendem a ser lenientes, omissos ou menos rigorosos com os gestores integrantes desse grupo de domínio, sem falar no risco de corrupção no próprio tribunal, que não pode ser subestimado, como revelaram as operações da Polícia Federal Quinto do Ouro, Rodoleiros, Ararath e a própria operação Lava Jato, que deu início a investigação de alguns ministros do próprio TCU, suspeitos de participação em condutas criminosas. A indicação política, seja pelo Parlamento, seja pelo chefe do Poder Executivo, tem servido a algumas aberrações na composição dos tribunais de contas brasileiros. Há conselheiros sem curso superior. Outros com formação totalmente divergente do exigido, como odontologia. Há ainda as bizarras indicações de pessoas processadas por improbidade administrativa ou criminalmente por crimes contra a administração, até com condenação em segunda instância e há casos de compra de vaga de conselheiro mediante pagamento pela antecipação de aposentadoria de outro conselheiro, estando já acertado politicamente quem vai ocupar a cadeira de magistrado de contas. Quem se dispõe a pagar por vaga de conselheiro pretende obter retorno para seu criminoso investimento" (OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. O papel dos órgãos de controle externo no combate à corrupção. **Consultor Jurídico**. 23 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-23/papel-orgaos-controle-externo-combate-corruptao>. Acesso em: 25 jun. 2019).

realizada por Audálio José Pontes Machado, até o ano de 2017, de um total de 186 Conselheiros existentes entre os Tribunais de Contas estaduais no Brasil, 126 (67,7%) são de origem majoritariamente política, vindos de cargos eletivos ou de direção e assessoramento aos governos estaduais, 51 (27,5%) eram servidores públicos e 9 (4,8%) foram nomeados em função especialmente das relações familiares com governadores ou grandes famílias políticas dentro dos estados. Como conclui o autor, “as indicações políticas estão contidas nas regras do jogo”.<sup>43</sup>

Em síntese, embora a gestão de uma instituição de relevância e porte como o TCU necessite de uma pluralidade em sua composição, que não reproduza exclusivamente e simplesmente conhecimentos técnicos,<sup>44</sup> a forma como se tem feito a escolha dos seus membros (da mesma maneira como ocorre nos Tribunais de Contas subnacionais) torna duvidosa a sua imparcialidade. Os Tribunais de Contas, em razão de suas atribuições e competências constitucionalmente previstas, ocupam papel de destaque, devendo atuar de forma autônoma, independente, imune a pressões e ingerências de qualquer dos três Poderes, sob pena de se tornarem somente “departamentos submetidos ao interesse do Governo e, portanto, incapazes de fiscalizá-lo”.<sup>45</sup> Ainda que não fosse possível apontar nenhuma conduta dos membros do TCU indicadora de favorecimentos ou rigores excessivos em relação aos fiscalizados, em razão de seu passado político, a forma como de fato ocorrem as nomeações faz com que pare sobre a instituição uma desconfiança generalizada, desacreditando os trabalhos da Corte.

### 3.3. Conclusões parciais

Sob este primeiro escrutínio, referente à composição do TCU, observa-se que, na esfera do dever-ser, não há que se falar em um Tribunal necessariamente político. O delineamento constitucional vigente, ainda que confira a escolha dos membros do TCU aos representantes do Legislativo e Executivo, o faz colocando requisitos mínimos, a semelhança do que ocorre com os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Veja que ao mesmo tempo que a Constituição não indica um perfil necessariamente político ao corpo de membros do TCU, também não impede que assim o seja. Desde que cumpridos os requisitos mínimos, não há nenhuma vedação a que os Ministros do TCU sejam ex-ocupantes de cargos políticos (ainda que essa situação não seja

<sup>43</sup> MACHADO, Audálio José Pontes. **Tribunais de Contas Estaduais**: indicações, perfil dos conselheiros e autonomia das instituições. 2017. 82 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p.40.

<sup>44</sup> CABRAL, Flávio Garcia. O TCU na Constituinte de 87-88: a estruturação da Corte de Contas. In: VIEIRA, Bruno Soeiro; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de (Orgs.). **Direito Público Contemporâneo**: ensaios críticos. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.188.

<sup>45</sup> GUIMARÃES, Edgar. O controle das licitações pelos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 59, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38550>>. Acesso em: 10 jul. 2019.



desejável, tendo em vista as críticas já lançadas no item precedente, em especial razão pelo fato de que serão os Ministros responsáveis por fiscalizar e julgar justamente, dentre outros, ocupantes de cargos políticos, pondo em xeque a imparcialidade e isenção no momento da tomada de decisões).

Quando se lança o olhar para a aplicação da norma constitucional, no âmbito do ser, a história constitucional brasileira evidencia, neste aspecto, o viés político do TCU. Ainda que não haja essa exigência constitucional, a grande maioria dos Ministros do TCU (cujo modelo acaba sendo seguido pelos Tribunais de Contas dos Estados) ocupava, anteriormente a sua indicação, cargos políticos, sendo praxe a nomeação pelo Congresso de seus pares para ocupar o cargo de Ministro.

#### 4. ANÁLISE QUANTO À ATUAÇÃO/FUNÇÃO DO TCU

Existe um outro viés de análise a ser feito no que tange à aferição do caráter político ou não do Tribunal de Contas da União. Assim, pode-se falar, de outra maneira, se a função desempenhada pela Corte de Contas mostra-se política ou não.

Ao se referir ao exercício de uma função, na ordem jurídica ela é comumente trabalhada sob duas vestes ímpares (ainda que não incompatíveis): na primeira, indica certa espécie de poder; na segunda, reporta-se a uma forma de atividade.<sup>46</sup>

Sem prejuízo da possibilidade de convivência de ambas as acepções, para o Direito Administrativo contemporâneo, em particular no sistema jurídico brasileiro estruturado pela Constituição de 1988, o foco da função deve ser voltado com mais vigor para o exercício de uma atividade e não para o imaginário do poder.<sup>47</sup>

É nesse sentido então, da ideia de função se referindo à forma da atividade estatal, é dizer, à maneira pela qual o exercício das atribuições é desempenhado,<sup>48</sup> que a indagação que se busca esclarecer é se existiria uma quarta função estatal, denominada de função política, que seria desempenhada pelo TCU.

##### 4.1. Função política ou de governo

A criação de uma função tida como política ou de governo, ao lado das demais funções estatais estruturadas por Montesquieu (jurisdicional, legislativa e executiva), remete invariavelmente ao cenário francês.

Como narra Odete Medauar, a decisão mais célebre é o «*arret Laffite*», de maio de 1822, que tratava da seguinte questão: Napoleão havia concedido à Princesa Borghese

<sup>46</sup> MODESTO, Paulo. Função Administrativa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v.46, n.2-3, mai./dez. 1995, p.101.

<sup>47</sup> CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.189.

<sup>48</sup> FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 40.ed. México: Porrúa, 2000, p.26.

uma renda de 670.000 francos, que posteriormente foi transferida pela Princesa ao banqueiro Laffite; não pagas as rendas vencidas, desde o retomo dos Bourbons, uma Lei de janeiro de 1816 privou todos os membros da família Bonaparte dos bens havidos a título gratuito e entre estes a renda em questão; Laffite, que havia adquirido o crédito, depois de reclamar ao governo, ingressou com ação perante o Conselho de Estado, para que lhe fossem pagas as rendas, ao menos até a data da lei de 1816. O Conselho de Estado deixou de apreciar o fundo da questão, alegando o seu caráter político.<sup>49</sup>

Outras sentenças do Conselho de Estado, do mesmo período, indicam o caráter político dos atos, podendo-se citar: “*Duchesse de Saint Lieu*” (1838), “*Prince Louis*” (1844), “*Artentaui*” (1834). Nessas decisões, os casos se referem, como regra, a medidas adotadas contra membros de antigas dinastias ou aplicação de convenções diplomáticas. No Segundo Império, tais sentenças estendem-se a outros campos: sequestro de livros e periódicos; fatos de guerra; medidas de segurança pública; medidas de polícia sanitária.<sup>50</sup>

Vê-se que o marco caracterizador dessa função estatal seria a impossibilidade<sup>51</sup> do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre certos atos praticados pelo Estado. Como aponta Paul Duez, em obra essencial sobre o assunto, o ato do governo implica a impossibilidade de o juiz controlar sua legalidade e, às vezes, de realizar sua interpretação.<sup>52</sup>

No mesmo sentido é a definição trazida por José Cretella Júnior, ao conceituar ato de governo ou ato político como toda “manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário”.<sup>53</sup>

Dentro dessa perspectiva, surgem teorias que buscam identificar que tipos de atos estariam abrangidos pela chamada função política ou de governo.

Assim, pode-se mencionar três principais teorias sobre a questão: a) Teoria do móvel político, segundo a qual os atos de governo seriam procedimento de alta política, cujas razões políticas não seriam passíveis de controle pelo Poder Judiciário<sup>54</sup>. Em outras palavras, fosse qual fosse o objeto material do ato, sempre que os governantes o ditassem em função de um fim político, o ato deixava de ser administrativo e se convertia

<sup>49</sup> MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n.191, jan./mar. 1993, p.70.

<sup>50</sup> MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n.191, p. 67-85, jan./mar. 1993, p.70.

<sup>51</sup> “*La formulación de la teoría de la función gubernativa o de gobierno, ha dado lugar, por otro lado, a que se sostenga que todos os determinados actos de esa actividad, por su índole y naturaleza propia, están exentos de revisión judicial, sobre la base de la amplia discrecionalidad gubernativa que en ellos se ejerce, no puede ni debe ser sustituida por el juicio del Poder Judicial*” (ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990. V.I, p.16).

<sup>52</sup> DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Paris: Dalloz, 2006, p.17.

<sup>53</sup> CRETILLA JR., José. Teoria do ato de governo. **Revista Inf. Legisl.**, Brasília, a.24, n.95, jul./set. 1987, p.73.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.152-153.

em político, tornando-se, desta maneira, isento do controle contencioso-administrativo;<sup>55</sup> b) Teoria da natureza ou lista jurisprudencial, que busca identificar uma natureza para os atos políticos ou de governo, utilizando-se como critério o estabelecimento de uma lista jurisprudencial de hipóteses nas quais haveria a função de governo, elaborada pelo Conselho de Estado.<sup>56</sup> Tal teoria passa a ser seguida com o abandono da teoria do móvel político, que foi adotada até 1875, quando se estabeleceu o sistema de jurisdição delegada (desde 1872), reconhecendo ao Conselho de Estado sua total independência. Por conseguinte, houve o rechaço da teoria do móvel político no julgamento do caso conhecido por *arrêt Prince Napoleón*;<sup>57</sup> c) Teoria da discricionariedade, no sentido de que a função política seria aquela exercida com “ampla discricionariedade”, o que ocorreria em menor escala para os atos administrativos.<sup>58</sup>

## 4.2. Compatibilidade com a ordem jurídica brasileira

Apesar da origem francesa da função política ou governamental, certo é que esta construção acabou por ser incorporada por diversos doutrinadores de outros países, inclusive o Brasil<sup>59</sup> (ainda que com certas mudanças).

No entanto, ao menos atualmente, essa concepção de função de governo ou política tem sofrido rechaço por diversos autores brasileiros. Como se viu, as Constituições contemporâneas, ao consagrarem o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional a toda lesão de direito e ao reforçarem os meios de controle de

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. II. 9.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p.609.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.153.

<sup>57</sup> SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v.234, out./dez.2003, p.154.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.154-155.

<sup>59</sup> “Assim como ocorreu o fenômeno da absorção das declarações de direitos pelos textos constitucionais das nações tidas por civilizadas, a teoria da lista, decorrente da construção pretoriana originada do Conselho de Estado francês parece ter sido recepcionada pela mesma sistemática de assimilação em alguns países, em especial o Brasil” (SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v.234, out./dez.2003, p.155).

constitucionalidade,<sup>60</sup> acabam por esvaziar as noções precedentes, impedindo a aplicação lesiva a situações subjetivas de particulares.<sup>61</sup>

Conforme expõe Ricardo Marcondes Martins, simplesmente inexistente função política ou de governo no Brasil. O que se chama “política”, em Direito, é, na verdade, “discricionariedade”, é dizer, a chamada função política ou de governo é o exercício discricionário, seja legislativo, seja administrativo<sup>62</sup> (embora haja, por certo, diferenças significativas entre a discricionariedade legislativa e administrativa).<sup>63</sup>

Deveras, na medida em que a criação da chamada função política na França tem por pressuposto o afastamento do controle jurisdicional sobre certos atos praticados pelo Poder Executivo, tal concepção não encontra abrigo na sistemática constitucional brasileira. Sem a necessidade de se aprofundar muito o debate, o artigo 5º, inciso XXXV, parece espancar essa possibilidade, ao permitir o controle do Judiciário sobre qualquer ato que ocasione lesão ou ameaça de lesão a direito (sem colocar qualquer condicionante sobre a natureza do ato).

Há quem busque adequar a existência de uma função política à sistemática constitucional brasileira, como faz Regis Fernandes de Oliveira, por exemplo, que elimina o aspecto da insindicabilidade do ato pelo Poder Judiciário, e simplifica que função

<sup>60</sup> Sobre a impossibilidade de determinados atos serem insindicáveis pelo Poder Judiciário, Rogério Gesta Leal apresenta as seguintes considerações: “Esse entendimento, com a máxima vênia, contraria frontalmente o sistema jurídico como um todo, notadamente a Constituição que, em nenhuma parte enuncia a vedação entrevista. Muito pelo contrário, consagra no art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e nos arts. 102, I, a; II, a e b; III, a, b e c; e 103, §2º, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da supremacia constitucional (pela ordem, a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliando-se aqui o novel instituto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, diploma regulador do art.102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor)” (LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005, p.139).

<sup>61</sup> MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n.191, p. 67-85, jan./mar. 1993, p.85.

<sup>62</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, jan./mar. 2018, p.148.

<sup>63</sup> O próprio autor esclarece que há 3 diferenças entre a discricionariedade legislativa e a administrativa: uma quantitativa e duas qualitativas. A quantitativa se apura no fato de o Legislador ter seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais, enquanto o Administrador Público tem seu âmbito decisório restringido pelas normas constitucionais e legais. Há, portanto, um âmbito discricionário bem mais alargado no que tange à atividade legislativa. Do ponto de vista qualitativo, o sistema normativo imputa ao Administrador a escolha da melhor medida de concretização de um valor, o que restringe mais o âmbito de discricionariedade, enquanto que essa exigência não existe para o Legislador, que pode selecionar uma medida que seja somente proporcional, sem que seja a melhor. Por último, na discricionariedade administrativa os vícios de vontade do agente competente interferem na validade do ato, o que não ocorre na função legislativa (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, mai./ago. 2018, p.138-139).

política seria aquela que é referente à expedição de atos pelo Presidente da República e que independem de intermediação legislativa.<sup>64</sup>

De maneira semelhante, encontra-se em Celso Antônio Bandeira de Mello que determinados atos não se enquadrariam nem na função legislativa, nem na função administrativa<sup>65</sup> (como a sanção ou veto a projeto de lei pelo Poder Executivo, a declaração de estado de sítio ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade). Seriam atos de superior gestão da vida estatal, que se enquadrariam melhor como sendo exercidas na função política ou de governo (mas sem as consequências que a doutrina europeia lhe atribui).<sup>66</sup>

Não obstante as colocações dos juristas acima mencionados, não há porque distinguir, na sistemática jurídica brasileira, as funções política ou de governo, pelo simples fato de que não há qualquer consequência útil e/ou relevante que decorra dessa nomenclatura.

A criação de um aparte entre a função administrativa e uma denominada função política, como visto previamente, era isentar a segunda do controle judicial. A partir do momento em que se apura a impossibilidade de se evitar o controle pelo Poder Judiciário, os efeitos significativos desta diferenciação perdem seu sustentáculo. Trata-se de uma nomenclatura que não é capaz de indicar nenhum traço característico que seja indicativo de efeitos relevantes ou, com mais razão, de um regime jurídico diferenciado.

Seguindo esta linha, de que não haveria uma verdadeira função política ou de governo no Direito brasileiro, ao se analisar o TCU é possível observar que ele exerce, em realidade, a função administrativa, não cabendo lhe atribuir uma quarta função.

De fato, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins, a redação do artigo 2º da Constituição brasileira indica a utilização da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, sendo que todas as funções estatais se referem a uma das três funções clássicas (administrativa, legislativa e jurisdicional).<sup>67</sup> Logo, as funções exercidas pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, na ordem jurídica brasileira, devem se enquadrar em alguma das três (ainda que formalmente não estejam enquadrados na estrutura

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.170. Odete Medauar indica essencialmente os mesmos traços característicos dos atos de governo (MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, n.191, p. 67-85, jan./mar. 1993, p.81).

<sup>65</sup> É o mesmo critério usado por André Luiz Freire. Segundo o autor, embora não se possa sustentar a função política no Brasil como sendo aquela insindicável, seria possível atribuir-lhe um regime jurídico diferenciado, uma vez que ela não se identifica com as demais funções estatais (não inova na ordem jurídica; não tem caráter de definitividade; nem é exercida em uma estrutura e regime hierárquico nem é infralegal). Seus pontos diferenciadores seriam, para ele, o fato de os atos políticos virem diretamente da Constituição (sem intermediação legislativa) e serem exercidos com discricionariedade (FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 13, n. 248, mai./ago. 2008, p.47-48).

<sup>66</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.37.

<sup>67</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.42.

hierárquica e administrativa de nenhum deles). Tendo em vista que estes órgãos não exercem atividades de julgamento com caráter de definitividade (função jurisdicional),<sup>68</sup> nem inovam no ordenamento jurídico com atos normativos primários (função legislativa), por certo que suas condutas se adequam ao exercício da função administrativa.

Além disso, em total afastamento das consequências trazidas pela doutrina francesa, os atos praticados pelo TCU são controláveis pelo Poder Judiciário (dentro dos limites de controle exercidos por este Poder). É desta forma, inclusive, que a então Ministra do STF, Ellen Gracie, posiciona-se quando assegura que o controle externo da atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70 da Constituição), a cargo do Congresso Nacional e exercido com o auxílio do tribunal de Contas (art. 71 da Constituição), sujeita-se ordinariamente ao mesmo regime de controle judicial.<sup>69</sup>

A função política poderia, ainda, ser compreendida como sinônima ou fortemente relacionada à função legislativa.<sup>70</sup> Esta, segundo um critério objetivo formal, seria a que inova primariamente na ordem jurídica.<sup>71</sup> Ou seja, o que diferiria a função política (legislativa) da administrativa seria, essencialmente, a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, atribuída à primeira e não à segunda. Nesta vertente, como a função exercida pelo TCU é administrativa, como visto acima, não inovando primariamente na ordem jurídica, a Corte igualmente não desempenha função política nessa conotação.

De outra banda, o vocábulo “político”, no que diz respeito ao desempenho de uma função, pode se referir à prática de atos no exercício da competência discricionária.<sup>72</sup> Aqui, por certo, é evidente que o TCU exerce certos atos no desempenho de competências discricionárias.

<sup>68</sup> Há autores que encaram o exercício da competência constitucional prevista no artigo 71, inciso II, do texto constitucional como representante do exercício atípico da função jurisdicional. Nessa trilha, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sustenta que “no atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.147). Entretanto, na maneira pela qual se defende neste artigo, a atuação das Cortes de Contas com base no artigo 71, inciso II, não tem a aptidão de produzir a chamada “coisa julgada”, não possuindo, pois, o atributo da definitividade, ínsita à função jurisdicional.

<sup>69</sup> GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista TCU**, Brasília, a.38, n.110, set./dez. 2007, p.8.

<sup>70</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juízes**: Impeachment na Constituição de 1988. 2017. 322 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - Ufpr, Curitiba, 2017, p.213.

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.33.

<sup>72</sup> Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins: “O que caracteriza os chamados atos políticos ou de governo é o fato de serem decorrentes do exercício de competência discricionária. Em Direito, a política é nada mais nada menos do que discricionariedade” (MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma

Sem embargo, a discricionariedade conferida ao TCU não é tão ampla quanto a que possui o Poder Legislativo<sup>73</sup> na sua função típica. Os parâmetros de controle atribuídos pela Constituição Federal, como legitimidade e economicidade (artigo 70, *caput*), por exemplo, embora possam conferir algum grau de discricionariedade decisória, inerente de conceitos jurídicos indeterminados, sempre acarretarão uma subjetividade limitada pela Constituição e pela legislação de regência, seja do próprio TCU (vide a Lei Orgânica nº 8.443/92), seja a legislação pertinente ao exercício da função administrativa que está sendo exercida (o regramento da Lei nº 8.666/93, *e.g.*, no caso de análise de processos licitatórios). Ademais, estes próprios critérios possuem cunho jurídico, é dizer, ao decidir com base neles, desde que dentro de seus limites, está-se atendendo ao Direito posto.

O Tribunal não possui, e isso precisa ficar claro, liberdade para decidir em desconformidade com o Direito,<sup>74</sup> por razões subjetivas de seus membros, por uma busca de uma decisão “mais justa”<sup>75</sup> ou mesmo com base em uma discricionariedade ampla (política).<sup>76</sup>

Com a mesma intelecção, ao discorrer sobre o controle feito pelo TCU em relação aos contratos administrativos, Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara, Vera Monteiro e André Rosilho explicam que as manifestações da Corte não podem ser classificadas como tecnicamente discricionárias ou mesmo como decisões discricionárias de mérito administrativo. Segundo os autores, todos os aspectos envolvidos em sua deliberação dizem respeito à avaliação quanto à juridicidade da formação e da execução dos contratos, uma vez que o TCU não atua de maneira discricionária quando aprova ou

---

abordagem neoconstitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, jan./mar. 2018, p.149).

<sup>73</sup> Como já visto, a margem de apreciação do Poder Legislativo é mais ampla, uma vez que somente se vincula à própria Constituição, enquanto que, no exercício da função administrativa, há a vinculação à Constituição e à legislação infraconstitucional (MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista da Faculdade de Direito PUC/SP**, v.3, n.1, 1º sem. 2015, p.335).

<sup>74</sup> A afirmação de que o TCU não tem discricionariedade ampla para decidir à margem do Direito não significa necessariamente que, de fato, ele não o faça. No entanto, a investigação da atuação do TCU nesse sentido, em uma espécie de um verdadeiro “ativismo de contas”, demanda uma pesquisa autônoma e aprofundada, que não encontra espaço no presente artigo.

<sup>75</sup> A respeito dos “heróis” e “justiceiros”, frequentemente encontrados em determinados órgão públicos, que buscam desviar os ditames normativos em benefício de uma pretensa justiça, Emerson Gabardo bem assinala que “a ‘ilusão da justiça’ é uma decorrência da falsa percepção de que os agentes públicos podem, a partir de uma consciência pura, austera e imparcial, refletir os anseios de felicidade dos demais indivíduos para além de uma ordem deliberada e a priori estabelecida como regra geral objetiva” (GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, out./dez. 2017, p.85).

<sup>76</sup> Tendo em que dentre as atribuições do TCU se destaca as competências punitivas, cabíveis são as constatações de Saulo Lindorfer Pivetta, para quem a Constituição de 1988 não admite a imputação de sanções a partir de juízo político ou discricionário, garantia que se aplica de maneira forte a qualquer processo punitivo. (PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juízes: Impeachment na Constituição de 1988**. 2017. 322 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - Ufpr, Curitiba, 2017, p.297).

rejeita uma contratação, tendo em vista que não lhe foi dada competência para rejeitar ou aprovar um contrato por motivos de conveniência ou oportunidade. Em síntese, a decisão do TCU é (deve-ser) estritamente técnico-jurídica.<sup>77</sup>

Logo, o espectro decisional conferido ao TCU não é político (no sentido de uma discricionariedade total), mas sim balizado pelas normas jurídicas.

### 4.3. Conclusões parciais

No que concerne ao caráter das funções desempenhadas pelo TCU, não se apura o exercício de uma função política. Isso ocorre porque, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente, não haveria, por nenhum órgão ou entidade, o exercício de uma função política ou de governo (no sentido atribuído na construção doutrinária francesa), já que, dentro dos limites constitucionais, todos os atos praticados pelo TCU estariam sujeitos, em maior ou menor medida, a um controle pelo Poder Judiciário.

Ainda para os que entendam existir uma função política, havendo quem a limite, como Regis Fernandes de Oliveira,<sup>78</sup> a certas atribuições desempenhadas somente pelo Chefe do Poder Executivo, ou mesmo a atividades de gestão superior do Estado brasileiro, de igual sorte o TCU não desempenharia tal função. Ao se entender função política como sinônima de função legislativa, a Corte de Contas igualmente não exerce atos políticos, já que não inova primariamente na ordem jurídica.

Por outro lado, acerca do termo político como relacionado ao exercício de competências discricionárias, ainda que o órgão de controle pratique eventualmente atos tidos por discricionários, como ocorre em qualquer órgão da Administração Pública, suas decisões devem ser todas pautadas dentro dos moldes conferidos pelo Direito, não havendo uma total ou ampliada liberdade (aspecto político) ao órgão de controle, que possui limites evidentes traçados pela Constituição e pela legislação. Não há, pois, como chamá-lo de político sob esta perspectiva.

## 5. ANÁLISE QUANTO À INFLUÊNCIA DO E SOBRE O TCU

Um ponto derradeiro de investigação sobre o viés político ou não do TCU diz respeito à influência política que sofre ao exercer suas atribuições, bem como seu papel e conduta ao influenciar a tomada de decisões políticas.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidade em contratos. *Revista Direito GV*, v.13, n.3, set./dez. 2017, p.882.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.170.

<sup>79</sup> Esse último sentido seria relacionado ao que Saulo Lindorfer Pivetta chama de “política competitiva”, isto é, a dimensão em que a política se manifesta como um “jogo”, praticada a partir de articulações e permeada por conflitos e alianças, por vezes desconsiderando possíveis limites jurídicos (PIVETTA, Saulo Lindorfer.



Trata-se de dois aspectos distintos, que podem convergir ou não. De um lado, refere-se a saber se o TCU exerce suas atribuições alheio a qualquer influência política externa, sem que interesses políticos tenham algum peso na sua análise técnica. Do outro, diz respeito a se o TCU participa das pautas políticas, interferindo, em maior ou menor medida, na atuação legislativa, direcionando (ou buscando direcionar) os rumos das decisões governamentais.

### 5.1. O parecer das contas públicas (Artigo 71, I)

Dentre todas as competências constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas da União, a que talvez tenha maior relevância e destaque seja a apreciação anual das contas do governo (artigo 71, inciso I, da CF). De fato, sua importância é enfatizada pelos próprios membros da Corte de Contas, podendo-se invocar a escrita do Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, no introito da apreciação das contas de 1991, a qual destaca que esse parecer é da mais elevada atribuição conferida à Corte de Contas pela Constituição Federal, acrescida pela repercussão que atos dessa natureza geram em todos os níveis da Administração Pública.<sup>80</sup>

Em igual sentido, com um olhar externo dos quadros do TCU, Bruno Wilhelm Speck aduz que “a elaboração de um parecer prévio sobre as contas do governo há longo tempo é o principal mecanismo de interação entre Legislativo e Tribunal de Contas”.<sup>81</sup>

Sem embargo, essa atribuição talvez seja a mais problemática na rotina do TCU, pelo menos no que se refere a um controle horizontal efetivo.

A agrura repousa no fato de que em toda a história da Corte de Contas da União, isso é, desde sua criação em 1890 até 2019, praticamente (com raras exceções) todas as contas de governo foram consideradas nos pareceres do TCU, como aptas a serem aprovadas. Como afirma Charles Pessanha sobre essa atribuição da Corte, “os resultados desse processo ao longo do tempo [...] vêm frustrando as expectativas”.<sup>82</sup>

Para ser mais preciso, traz-se algumas breves considerações sobre anos específicos. Assim, em realidade, ademais de algumas manifestações em anos mais recentes, houve um ano nesses mais de um século de história em que houve a manifestação do TCU pela reprovação das contas do chefe do Poder Executivo: foi em 1937, ao se

---

**Legisladores juízes:** Impeachment na Constituição de 1988. 2017. 322 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - Ufpr, Curitiba, 2017, p.297).

<sup>80</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília: TCU, 1991, p.11.

<sup>81</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p.96.

<sup>82</sup> PESSANHA, Charles. O Congresso Externo sob o controle das contas. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, n.21, abr./mai./jun. 2002, p.126.

analisar as contas do exercício de 1936, do então Presidente Getúlio Vargas. Contudo, sentindo o peso do autoritarismo de Vargas, essa manifestação pelo TCU obteve duas consequências. A primeira foi que a Câmara dos Deputados – responsável pelo efetivo julgamento das contas à época –, por meio do Decreto Legislativo nº 101/1937, contrariando o parecer do Tribunal, declarou as contas aprovadas. A segunda é que pouco tempo depois o Ministro relator das indigitadas contas, Francisco Thompson Flores, viria a ser posto em disponibilidade, não mais retornando ao TCU.<sup>83</sup>

Outro ano que chama atenção, e que talvez represente o caráter político então investigado, remete à gestão de Fernando Collor de Mello, que acabou sendo destituído do cargo em razão do processo de *impeachment*. Em relação ao exercício de 1991, ano marcado por um conturbado momento político e gerencial, havendo denúncias sobre possíveis escândalos de corrupção envolvendo o Presidente, o Tribunal de Contas da União, por meio do Ministro-relator Paulo Affonso Martins de Oliveira esclareceu que não cabe à Corte julgar as contas prestadas pelo Presidente da República, por se tratar de competência exclusiva do Congresso Nacional. Nessa linha de raciocínio, concluiu o TCU<sup>84</sup> que não competiria ao parecer indicar a reprovação ou aprovação (ainda que com ressalvas) das contas, tendo elaborado, então, um documento, que se pretendia parecer – embora não opinativo –, no sentido de que as contas somente seriam aptas a serem apreciadas pelo Congresso.<sup>85</sup>

Da mesma maneira, quanto às contas do ano seguinte (1992), ante o quadro político ora iluminado, encontrou-se, tal como ocorrido em 1990, embora por razões distintas, dividida em duas gestões, sendo a primeira de 1º de janeiro a 29 de setembro de 1992 (Fernando Collor de Mello) e 30 de setembro a 31 de dezembro do mesmo ano (Itamar Franco). Este ano, marcado por desconformidades tão gritantes, que não poderiam passar despercebidas pelo TCU, obteve manifestação de um único Ministro,<sup>86</sup> Fernando Gonçalves, pela reprovação no período de gestão do então presidente Fernando Collor de Mello. Os demais Ministros sustentaram, em síntese, que as contas

<sup>83</sup> SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). **Prêmio Serzedello Corrêa 1998**: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p.74.

<sup>84</sup> Há que se ressaltar que os Ministros Fernando Gonçalves e Élvia L. Castello Branco se posicionaram contrários a esse “parecer” inconclusivo. O primeiro inclusive suscitou uma preliminar (que foi rejeitada), argumentando o seguinte: “Da mesma forma, este Tribunal, ao emitir o Parecer Prévio sobre as contas do governo, para embasar o julgamento a cargo do Congresso Nacional, deve dizer se as contas merecem ou não ser aprovadas. De outro modo, seria levar a Corte ao esvaziamento que tanto combatemos, seria uma atitude inócua, porque não teria cumprido sua missão constitucional”.

<sup>85</sup> CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014, p.162-166.

<sup>86</sup> O Ministro Homero Santos também abordou a questão, assentando que se o exercício tivesse sido inteiramente presidido por Collor, sua manifestação seria pela reprovação, mas como havia uma cisão de gestões, vindo Itamar Franco a assumir o fim daquele período, as contas deveriam, na sua opinião, ser analisadas de modo global, optando, portanto, por seguir a linha do relator e se manifestar pela aprovação.

deveriam ser analisadas de maneira global, logo não caberia reprová-las tendo em vista a ausência de irregularidades graves no período da gestão do Presidente Itamar Franco. Como defendeu o Ministro relator, “não se pode e nem se deve estabelecer qualquer marco divisório entre eles, vez que as virtudes nominadas ou os defeitos identificados se constituíram em um ‘*continuum*’, sem que se possa precisar uma demarcação de quando tiveram início ou fim”<sup>87</sup> Assim, a apreciação deu-se de forma global, uma vez que, segundo o relator, “a prestação de contas do Presidente da República não é, pois, uma justaposição ou agregado de contas de agentes públicos específicos”<sup>88</sup>

Extraí-se de uma análise detalhada sobre anos pós-1988 acerca do parecer prévio sobre as contas do governo que, “não obstante a ordem jurídica vigente tenha conferido instrumentos normativos para que o TCU possa ‘ter dentes e morder’, o próprio Tribunal teme a utilização de seus dentes, com nítido receio de ‘desapontar’ quem deveria ser punido”<sup>89</sup>

O que se vinha tendo até então era uma aprovação, quase que automática das contas do governo, que acabava por transformar a apreciação das contas anuais (que deveria ser ponto alto da atuação do TCU) em um singelo expediente obrigatório, mas de valor material pouco relevante.

Afinal, uma eventual reprovação das contas do governo pelo TCU não seria uma afronta apenas ao Presidente da República e demais membros do governo (o que, por si só, já evidencia o turbilhão de complicações políticas que teriam que enfrentar os membros do Tribunal), mas de igual forma encaminharia ao Poder Legislativo a responsabilidade de rejeitar as contas (sendo que na atual configuração política de alianças partidárias teria o condão de dificultar as empreitadas políticas de muitos dos seus membros) ou de demonstrar à sociedade civil o motivo de refutar as razões apresentadas pelo TCU (o que poderia manchar a imagem do próprio Congresso Nacional e de seus membros). Com entendimento semelhante, Pedro Roberto Decomain analisou que caso o Tribunal de Contas demonstrasse a existência de irregularidades nas contas do Executivo e sugerisse ou recomendasse, em seu parecer prévio, que elas fossem rejeitadas pelo Legislativo, este poderia vir a ser chamado pela população a por sua vez prestar-lhe satisfações quando, a despeito disso, decidisse aprová-las. Assim, aprovações de contas cuja rejeição, porque irregulares, foi recomendada pelo Tribunal

<sup>87</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília: TCU, 1992, p.9.

<sup>88</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília: TCU, 1992, p.9.

<sup>89</sup> CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014, p.225.

de Contas, podem comprometer a imagem do Poder Legislativo e eventualmente até mesmo de integrantes seus, perante a população.<sup>90</sup>

Não obstante, o agir mais recente do TCU indica um novo comportamento do Tribunal (ainda que os seus principais fundamentos pareçam continuar sendo as pressões externas). Isso porque, contrariando seu padrão histórico, em relação às contas presidenciais dos exercícios de 2014 e 2015, ambas referentes ao governo de Dilma Roussef, manifestou-se o Tribunal, de maneira unânime, por meio dos pareceres prévios, pela sua reprovação.

Não se pode, contudo, ignorar justamente o momento político, econômico e social no qual o Brasil se encontrava, que em muito favoreceu para que o Tribunal tomasse essas decisões (o cenário vigente demonstrava que justamente a reprovação das contas foi pautada, mais uma vez, por fortes influências políticas), sem considerar possíveis influências externas de partidos de oposição e da imprensa.

## 5.2. Os trabalhos legislativos

Acerca da possível influência, direta ou indireta, que o TCU exerce nos rumos governamentais e legislativos no Brasil, de modo a ilustrar a situação, sem que a análise esgote a questão, mas que serve como um forte indicativo do comportamento da Corte, serão trabalhados dois casos que se encontram situados em dois extremos temporais no momento constitucional: primeiro, ver-se-á a atuação do TCU nos trabalhos da Constituinte de 87-88. Posteriormente, apontar-se-ão manifestações do TCU em relação ao projeto de Lei nº 7.448/2017, que acarretou na recente alteração legislativa da LINDB.

### 5.2.1. A constituinte de 87-88

A elaboração de uma nova Constituição, em especial após um período marcado por um regime de exceção explícito no Brasil, trouxe à tona debates pertinentes as mais variadas áreas e aspectos da sociedade brasileira. Nesta toada, ainda que de forma mais contida, se considerado o destaque conferido a outros temas e a relevância que possui o controle externo das finanças públicas, o Tribunal de Contas tornou-se tópico objeto de inúmeros debates nos trabalhos da Constituinte.

Cabe lembrar que o Tribunal de Contas da União foi inserido em alguns artigos esparsos do anteprojeto constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (denominada “Comissão Afonso Arinos”), instituída pelo Decreto n. 91.450/85. Assim, a primeira menção ao TCU repousou justamente no que concerne à

<sup>90</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p.79.

sua denominação, uma vez que o artigo 18 do referido anteprojeto propunha a alteração do nome Tribunal de Contas da União para Tribunal Federal de Contas.<sup>91</sup>

Não obstante não ter havido um encaminhamento oficial do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos<sup>92</sup>, o seu texto serviu de base para os trabalhos constituintes, tendo sido de fundamental importância para o desenrolar da Constituição de 1988. Os trabalhos versando em torno do TCU foram atribuídos, em um primeiro momento, especialmente à Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira.<sup>93</sup>

Dessarte, um dos pontos nevrais nos trabalhos da Constituinte, no que concerne ao Tribunal de Contas da União, como não podia deixar de ser, referiu-se à escolha e garantia da vitaliciedade de seus membros.

Assim, as propostas versando sobre os membros do TCU foram apresentadas já na fase de deliberação das Subcomissões, na qual o constituinte Jessé Freire, além de sugerir, em debate aberto, a alteração do nome do Tribunal, como já aventado anteriormente, também se manifestou no sentido de alterar os critérios de escolha dos ministros do TCU, sugerindo que ela recaísse sobre cidadãos maiores de 35 anos, com notório saber jurídico, de finanças ou econômico, mas que fossem aprovados em concurso público de provas e títulos. Sua justificação girou essencialmente em torno da garantia da autonomia e independência dos Ministros.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> Nos trabalhos da Constituinte não houve debates mais acirrados acerca da eventual alteração do nome do TCU para Tribunal Federal de Contas, salvo, dentre algumas, da proposta do constituinte Jessé Freire, durante a fase das deliberações nas Subcomissões Temáticas, onde aquele alvitrou: "A proposta do Projeto Constituição Afonso Arinos tem, no seu bojo, a mudança do nome Tribunal da União para Tribunal Federal de Contas. Por conseguinte, esta é também a minha proposta: onde se lê: 'Tribunal de Contas da União', leia-se 'Tribunal Federal de Contas'" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Ata da 9ª Reunião Ordinária (14/05/87)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.65). Todavia, os constituintes ignoraram a proposta, mantendo a nomenclatura Tribunal de Contas da União, em vigor até a presente data.

<sup>92</sup> Sobre o não encaminhamento do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o senador José Sarney, Presidente da República à época dos fatos, justificou que assim o fez para evitar uma crise institucional, pois "Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, lhe havia avisado que devolveria o texto caso o recebesse". No mesmo sentido, o senador Cristovam Buarque também acrescentou que "de fato, houve uma pressão muito grande, por parte de muitos constituintes, para que o anteprojeto não chegasse ao Congresso; eles consideravam o texto uma intromissão do Executivo em seus trabalhos" (KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição. **Agência Senado**, Brasília, 01 out. 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2011).

<sup>93</sup> As fases de funcionamento da Constituição foram, em síntese, as seguintes: a) fase preliminar, com a definição do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte e colheita de sugestões de entidades, cidadãos e constituintes; b) fase das Subcomissões Temáticas; c) fase das Comissões Temáticas; d) fase da Comissão de Sistematização; e) fase de Plenário (com votação em dois turnos); e f) fase de Comissão de Redação.

<sup>94</sup> "Acho fundamental que os membros do Tribunal Federal de Contas tenham a independência e autonomia necessária, através de concurso público e de critérios objetivos – e não subjetivos –, para que esses senhores tenham condições, então, de, com autoridade, com vigilância, com total independência, exercer suas funções. Não quero dizer absolutamente que atualmente isso não exista; acredito que sim, mas apenas, com toda a certeza, é através do concurso público que conseguiremos uma maior nitidez da atuação do Tribunal Federal de Contas e de seus membros" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário,

O constituinte Messias Góis<sup>95</sup> se opôs à realização de concurso público para nomeação dos membros da Corte de Contas da União, esclarecendo, inicialmente, que em nenhum tribunal superior do país haveria concurso público para provimento de seus integrantes, não devendo ser diferente com TCU. Ademais, por uma questão de praticidade e economia, entendeu aquele parlamentar que a realização de um concurso cada vez que um dos ministros se aposentasse seria algo impraticável.

Outro ponto que restou consignado nos trabalhos da subcomissão, desta vez sem maiores entraves, refere-se à vitaliciedade dos membros do TCU, onde, de forma ilustrativa, ambos os constituintes citados, Jessé Freire e Messias Góis. Manifestaram-se pela manutenção desta garantia.

Importante questão relacionada à subcomissão em referência remete à participação de membros do TCU durante as audiências públicas<sup>96</sup> que ali ocorreram. Com poucas audiências realizadas nesta subcomissão (um total de 6), encontraram-se presentes em uma ocasião o então Presidente do TCU, Fernando Gonçalves (28/04/1987), e, posteriormente, aquele mesmo membro do Tribunal acompanhado dos também Ministros da Corte, Alberto Hoffmann e Ewald Sizenato Pinheiro (06/05/1987).<sup>97</sup>

A contribuição dos Ministros do Tribunal de Contas aos trabalhos da subcomissão foi além dos esclarecimentos prestados aos parlamentares acerca da atividade fiscalizatória da Corte, tendo o Ministro Alberto Hoffmann, conforme já anunciado na audiência de 28/04/1987, apresentado em 06/05/1987 uma minuta de redação do texto constitucional referente ao controle orçamentário. Dentre as novidades trazidas pela aludida minuta, destaca-se a proposta do controle estatal ser repartido em três

---

Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. Ata da 9ª Reunião Ordinária (14/05/87). Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.65-66).

<sup>95</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Ata da 9ª Reunião Ordinária (14/05/87)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.66.

<sup>96</sup> Sobre as audiências públicas que ocorreram durante os trabalhos da Constituinte, Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo e José Cordeiro de Araújo esclarecem: "As 24 Subcomissões da Assembleia Nacional Constituinte, instaladas em 7 de abril de 1987, iniciaram as reuniões de audiência pública a partir de do mesmo mês e começaram a discutir seus relatórios em meados do mês de maio. Portanto, em torno de apenas três semanas, foram realizadas as cerca de 200 reuniões, sendo ouvidos, simultaneamente, os mais diferentes setores da sociedade brasileira. Ao longo desses dias intensos, quase 900 pessoas – representantes de organizações da sociedade civil, acadêmicos, órgãos governamentais, juristas e outros – ocuparam todas as tribunas do Congresso, apresentaram centenas de propostas, polemizaram em torno dos principais temas em discussão, debateram com os constituintes, demarcaram campos e objetos de disputa política. O Parlamento foi tomado por delegações de todo o Brasil, abrindo espaço para múltiplas vozes" (BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. Introdução. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p.14).

<sup>97</sup> HELENA, Eber Zoehler Santa. V.b-Subcomissão Orçamentária e Fiscalização Financeira. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p.340.

instâncias, quais sejam o controle interno (pela Administração Pública), o controle congressual (pelo Legislativo) e o controle externo (pelo Tribunal de Contas).<sup>98</sup>

Muito embora aquela inovação não tenha sido acolhida pela subcomissão ao final dos trabalhos, percebe-se que a interferência dos membros do TCU mostrou-se relevante, uma vez que a minuta apresentada serviu como norte para a redação do anteprojeto da subcomissão. Desta sorte, Eber Zoehler Santa Helena demonstra que toda a seção IX, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária recebeu considerável influência da minuta apresentada pelo TCU na audiência de 6/5/1987, exceto pela pretensão da Corte de Contas em criar uma nova modalidade de controle externo, ao propor a existência de três formas de controle (congressual, externo e interno).<sup>99</sup>

Após longos debates, sendo apresentado o anteprojeto inicial da subcomissão, 189 emendas foram apresentadas, muitas delas versando sobre a sistemática da atuação e composição do TCU. Assim, tome-se por exemplo, sem se esgotar as discussões que vieram seguidas, as emendas propostas pelo constituinte Arnaldo Martins, que previa que somente por decisão de dois terços dos membros do Congresso Nacional deixaria de prevalecer o parecer prévio sobre as contas do governo emitido pelo TCU (Emenda 5B0008-3 – rejeitada), ou ainda a relativa à substituição da conjunção “ou” por “e”, quando se refere aos notórios conhecimentos dos candidatos a Ministro do TCU, sob o argumento de que a função exigiria todos os requisitos (jurídicos, financeiros, econômicos), e não somente um deles (Emenda 5B0010-5 - rejeitada); a proposta do constituinte Virgílio Távora, alterando a nomeação dos Ministros, que seria realizada pelo presidente do próprio TCU, após aprovação do Senado Federal, sendo que 3/5 da composição do Tribunal seriam indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Economia, Conselho Federal de Contabilidade e Conselho Federal de Administração (Emenda 5B0014-8 – rejeitada); a emenda do constituinte Meira Filho que propunha o número de 11 Ministros para compor o Tribunal (Emenda 5B0064-4 – rejeitada); a criação, sugerida pelo constituinte João Natal, da figura do Auditor-Geral, que seria o responsável pela fiscalização financeira e orçamentária, já que o TCU se tornaria parte do Poder Judiciário, fazendo aquele as vezes deste (Emendas 5B0105-5 e 5B0107-1 – rejeitadas); a emenda do constituinte Wilson Campos que permitia a criação de Tribunais de Contas dos Municípios, desde que fosse por lei complementar (Emenda 5B0114-4 – rejeitada); o plano do constituinte Orlando Bezerra

<sup>98</sup> HELENA, Eber Zoehler Santa. V.b-Subcomissão Orçamentária e Fiscalização Financeira. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p.336-337.

<sup>99</sup> HELENA, Eber Zoehler Santa. V.b-Subcomissão Orçamentária e Fiscalização Financeira. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p.326.

determinando que o TCU emitisse parecer prévio sobre as contas dos três poderes, separadamente (Emenda 5B0133-1 – rejeitada).<sup>100</sup>

No entanto, dentre as emendas apresentadas, uma das que obteve sucesso, alterando sensivelmente o teor do anteprojeto, foi a do constituinte Wilson Campos. O projeto inicial do relator, no que versa sobre a composição do TCU, prescrevia que os Ministros seriam nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos de mais de 35 anos de idade, sendo 2/3, após aprovação do Congresso Nacional, dentre cidadãos com reputação ilibada e notório saber jurídico, econômico, financeiro ou de administração pública, e 1/3 dentre auditores indicados pelo Tribunal, com base nos critérios de merecimento e antiguidade. Contudo, a emenda apresentada por Wilson Campos (Emenda B50114-4), e aprovada com 12 votos favoráveis e nenhum contra, e que se incorporou ao anteprojeto final aprovado pela Subcomissão Temática, finalizada em maio de 1987, mudava os termos de como se dariam as nomeações.

Desta feita, o Poder Executivo não teria qualquer participação na formação do corpo de ministros do TCU, pois, conforme aquele constituinte, “parece-nos de todo recomendável afastar-se, tanto quanto possível, do processo de investidura de seus Ministros, qualquer margem de influência do Poder Executivo”. Ademais, buscou-se conciliar a indicação política com o critério de escolha mediante concurso público, atendendo aos anseios das duas posições existentes nos trabalhos da Constituinte.

Já na fase da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças – da qual fazia parte a Subcomissão acima referida –, sob a relatoria de José Serra, o substitutivo ao anteprojeto apresentado pela Subcomissão Temática de Orçamento e Fiscalização Financeira, pelo menos no que é pertinente à fiscalização do orçamento e aspectos sobre o TCU, sofreu significativas mudanças. Na parte referente à composição do Tribunal, o substitutivo ao anteprojeto<sup>101</sup> (que permaneceu na redação do anteprojeto consolidado pela Comissão) retirou a escolha de parcela dos membros do TCU que seria realizada por meio de concurso público, bem como aboliu a vitaliciedade de 2/3 dos Ministros (os escolhidos pelo Congresso), sendo esta mantida somente para o integrante indicado pelo Presidente da República. É perceptível aqui a pressão externa do

<sup>100</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Emendas ao anteprojeto do relator da subcomissão**. Volume 152. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

<sup>101</sup> “Art. 61 - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, dentre brasileiros de reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, obedecidas as seguintes condições: I - um terço, indicado pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional; II - dois terços, escolhidos pelo Congresso Nacional, com mandato de seis anos, não renovável, sendo: a) um terço dentre profissionais indicados por entidades representativas da sociedade civil, na forma que a lei estabelecer; e b) um terço dentre Auditores, substitutos legais de Ministros, ou membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por este indicado, em lista triplíce, alternadamente, segundo os critérios de antiguidade e de merecimento” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. **Substitutivo do Anteprojeto (Nova redação)**. Volume 146. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.10).



Poder Executivo que, ao ver seu poder sendo mitigado, pelo menos no que concerne à fiscalização pelo TCU, na fase da Subcomissão Temática, conseguiu restabelecer a possibilidade de efetuar a nomeação de pelo menos um dos membros, sendo este o único assegurado com a vitaliciedade.

Algumas alterações ainda se realizaram na ocasião dos trabalhos da Comissão de Sistematização, cujo projeto de Constituição aprovado, após o segundo substitutivo do relator, acrescentou um requisito temporal na escolha dos membros do TCU, acrescentando a exigência de idade mínima igual a 35 anos, bem como adicionou a exigência de idoneidade moral ao candidato. Ampliou igualmente o número de Ministros, que passaram para 11. Alterou-se ainda a forma de escolha do membro do Tribunal a ser realizada pelo Presidente da República, passando-se a exigir a aprovação pelo Senado Federal, e não pelo Congresso Nacional. Por fim, modificou-se a escolha a ser realizada pelo Congresso Nacional.

No momento das deliberações plenárias, no 1º turno das votações da Assembleia Constituinte, novos rearranjos institucionais fizeram com que as feições do TCU voltassem a se alterar. Assim, em 21 de março de 1988 foi posto em votação o texto resultante da fusão das propostas dos constituintes Adhemar de Barros Filho, Valter Pereira, Victor Faccioni, Arnaldo Prieto, Darcy Pozza, Messias Góis, Bonifácio de Andrada, Eraldo Tinoco, Antonio Mariz e Paulo Roberto Cunha, que tratava sobre a composição do TCU. A referida emenda foi aprovada por 326 votos favoráveis, 25 contrários e 6 abstenções, sendo que seu texto final retirava, por uma maioria esmagadora, a vitaliciedade<sup>102</sup> de todos os Ministros (de todos eles, salvo os que já o seriam na data da promulgação da Constituição), mantendo um mandato de 6 anos, vedada a recondução.<sup>103</sup>

Aquela redação trazida pela emenda *suslo* tratada foi, posteriormente, objeto de novo debate já no 2º Turno de votação da Assembleia. Em 24 de agosto de 1988, os constituintes Jarbas Passarinho (Destaque nº 1.93), Fernando Gasparian (Destaque nº 1.9), Arnaldo Prieto (Destaque nº 810) e João Agripino (Destaque nº 608) apresentaram destaques ao projeto que estava sendo votado, pleiteando a supressão do mandato de 6 anos dos Ministros, retornando, assim, a garantia de vitaliciedade. Defendendo a proposta, o constituinte João Agripino esclareceu, antes que se iniciasse a votação dos

<sup>102</sup> Como era esperado, os membros do TCU se posicionaram de forma contrária a perda da vitaliciedade, a exemplo do fez o então Ministro Jorge Vargas, que em artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo", declarou que "Seria desejável também, que os Constituintes, através de emenda supressiva, restituíssem a vitaliciedade ao TCU, mantida desde a sua criação em 1891, como forma de preservação de sua independência para julgar, como acontece com todos os outros tribunais superiores" (VARGAS, Jorge. O novo papel do TCU. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 jul. 1988, p.2).

<sup>103</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 229ª Sessão (21 de março de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.314.

destaques, que a vitaliciedade não seria do funcionário, mas sim do cargo, e que ela seria fundamental para a proteção das funções exercidas pelos Ministros.<sup>104</sup>

Apesar dos esforços despendidos, os destaques, unificados por meio de uma única emenda, foram rejeitados, uma vez que não se alcançou o *quorum* mínimo exigido, havendo 205 votos a favor, 132 contra e 4 abstenções. Diante deste quadro, alguns constituintes externaram de imediato sua insatisfação, a exemplo do que fez Víctor Faccioni,<sup>105</sup> ao pedir a palavra e declarar que a eliminação da vitaliciedade constituía um erro, não estando os Ministros do TCU tranquilos para atuar com hígidez. Acrescentou ainda que o mandato de 6 anos decidido no 1º Turno somente ocorreu devido à impossibilidade de entendimento entre os parlamentares para assegurar a vitaliciedade ou ainda um mandato maior de 8 anos.<sup>106</sup> De igual maneira foi o discurso de Jarbas Passarinho, autor da emenda que buscava trazer de volta o vitaliciamento, momento em que declarou ser extremamente prejudicial um mandato tão reduzido para os fiscais do Governo.<sup>107</sup>

Parecia que a vitaliciedade de fato não mais faria parte da estrutura ministerial de contas a partir da nova Constituição que se formava. Mas não foi assim que aconteceu.

Dois dias após aquela votação, em 26 de agosto de 1988, o constituinte Cid Sábóia de Carvalho apresentou a emenda n. 68, que previa, dentre outras alterações, a mesma supressão do mandato de 6 anos dos Ministros do TCU, já votada anteriormente, retornando a sua vitaliciedade.<sup>108</sup>

Como não podia deixar de ser, houve uma série de protestos dos demais constituintes contrários a essa nova votação. José Genuíno, por exemplo, pediu que houvesse uma racionalização da votação do texto, não devendo haver a apreciação dessa emenda uma vez que já fora apreciado o seu conteúdo anteriormente.<sup>109</sup> Em resposta,

<sup>104</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 323ª Sessão (24 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.167.

<sup>105</sup> Cabe salientar que o posicionamento de Víctor J. Faccioni remanesceu, depois de anos, harmônico com o discurso proferido na Constituinte. Verifica-se, assim, que em artigo publicado em virtude dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988, ele manteve as seguintes assertivas: "A manutenção das prerrogativas aos membros dos Tribunais de Contas foi essencial à preservação da sua dignidade funcional e à eficácia das decisões do colegiado" (FACCIONI, Víctor J.. A Constituição de 1988 e os tribunais de contas: 20 anos. **Revista gestão pública e controle**, Salvador, v.2, n.5, nov. 2009, p.34).

<sup>106</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 323ª Sessão (24 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.182.

<sup>107</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 323ª Sessão (24 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.184.

<sup>108</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 327ª Sessão (26 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.429.

<sup>109</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 327ª Sessão (26 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.429.

o Presidente da Assembleia Constituinte determinou que, em vista de a matéria já ter sido analisada, e não haver coincidência entre as emendas, a votação seria realizada.<sup>110</sup>

O constituinte Roberto Freire também demonstrou sua indignação, declarando que o arbítrio estava valendo mais do que o Regimento interno da Assembleia.<sup>111</sup> Ademair Andrade igualmente se posicionou afirmando que “depois disto que está sendo feito, neste momento, qualquer coisa vai ser possível fazer-se nesta Casa. Estamos votando duas vezes a mesma matéria, Sr. Presidente”.<sup>112</sup>

Em que pesem os protestos, a votação ocorreu tendo como resultado a aprovação<sup>113</sup> da emenda, com 291 votos favoráveis, 95 contrários e 1 abstenção,<sup>114</sup> ou seja, restituiu-se a vitaliciedade dos membros do Tribunal de Contas da União, existente até hoje.

Independente de qualquer opinião acerca da vitaliciedade dos membros do TCU, o que se pode presumir, sem se pretender uma análise aprofundada e completa da série de fatores e jogos políticos dos bastidores, o que não permite uma asserção comprovada, mas, em certa medida, comprovável, é que o TCU possui um poder político muito maior do que se aparece à primeira vista. O embate travado no curso da Constituinte, respeitante ao TCU, girou em torno, desde o princípio, da questão de suprimir poderes e vinculações do Poder Executivo com o Tribunal, e, conseqüentemente, ampliar a interferência do Parlamento brasileiro naquele órgão de controle externo. Inconscientemente ou não, este cenário concorreu para a retirada de poderes dos próprios membros do TCU, cuja expressão maior é a vitaliciedade.<sup>115</sup> No entanto, o jogo político não resistiu à força daquela instituição centenária de controle, tornando a

<sup>110</sup> Como noticiado pelo periódico “Jornal de Brasília” (**Manobra devolve a TCU vitaliciedade a ministro**. 27 ago. 1988, p.4), em 27/08/1988, “quando o deputado Ulysses Guimarães anunciou o destaque do senador Cid Sabóia, as lideranças do PSDB, PT e PCB questionaram a prejudicialidade do destaque. A resposta de Ulysses foi seca: ‘Não está prejudicado, essa é uma matéria diferente’. O líder do PSB, deputado Adhemir Andrade, tentou contrargumentar, mas foi advertido pelo presidente da Constituinte para se ‘inteirar melhor sobre as matérias em votação”.

<sup>111</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 327ª Sessão (26 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.429.

<sup>112</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 327ª Sessão (26 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.430.

<sup>113</sup> A imprensa brasileira deu grande destaque ao ocorrido, sendo matéria obrigatória em diversos jornais pelo país. Assim, em 27 de agosto de 1988, alguns dos principais jornais noticiaram: JORNAL DE BRASÍLIA. **Manobra devolve a TCU vitaliciedade a ministro**. 27 ago. 1988, p.4; O GLOBO. **Plenário restabelece vitaliciedade no Tribunal de Contas**. 27 ago. 1988, p.5; CORREIO BRAZILIENSE. **Ministros do TCU recuperam vitaliciedade**. 27 ago. 1988, p.4.

<sup>114</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. **Ata da 327ª Sessão (26 de agosto de 1988)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p.429.

<sup>115</sup> Vale observar que a elevação do número de Ministros do TCU para 11, aprovada na Comissão de Sistematização, diminuiria a noção de exclusividade existente em círculos reduzidos de poder. Ou seja, quanto mais dividido o poder entre várias pessoas, menor parcela daquele cada um possui.

conferir, ao arrepio das normas regimentais da Constituinte, todas as prerrogativas que já possuíam os membros do TCU na ordem constitucional passada.

Conforme destaca Marianna Montebello Willeman, os Ministros do TCU, bem como outros representantes dos Tribunais de Contas subnacionais, foram atores extremamente importantes nessa fase de deliberação da Constituinte, construindo fortes alianças que apoiaram a preservação de aspectos considerados centrais para o desenho daquele órgão de controle.<sup>116</sup>

Acrescente-se, em tom de desfecho, que havia igualmente interesse dos congressistas (parte significativa deles, ao menos) na manutenção de prerrogativas e a forma de indicação dos membros do TCU, justamente pela maneira como sempre ocorreu a nomeação dos Ministros do TCU (visto nos capítulos anteriores). Ou seja, os congressistas tinham interesse direto na manutenção da estrutura do TCU, pois seriam eles os prováveis beneficiados, no futuro, a concorrer às vagas de Ministros, já que a regra sempre foi a manutenção de um perfil político das indicações.

### 5.2.2. *As alterações da LINDB (Lei 13.655/2018)*

Em um contexto mais atual, no qual se pode observar manifestações do TCU no curso do processo legislativo, pode-se mencionar a alteração à LINDB trazida pela Lei nº 13.655/2018.

Cite-se, primeiramente, a comunicação emitida pelo Presidente do TCU, Ministro Raimundo Carreiro, em 04 de abril de 2018, no qual consta a preocupação do Tribunal de que diversas disposições contidas no projeto de lei possuem teor de “cunho fortemente desfavorável aos órgãos de controle, particularmente em relação ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas.” Referida comunicação foi remetida ao Ministério da Justiça, à Casa Civil e à Advocacia-Geral da União.

Subsidiando a mensagem do Presidente do TCU, consta uma análise preliminar feita pela Consultoria Jurídica do Tribunal, apontando, de maneira ampla, a inconstitucionalidade de vários artigos constantes do Projeto de Lei nº 7.448/2017.

Posteriormente, insistindo na inconstitucionalidade do Projeto de lei em tela, a CONJUR do TCU emite um parecer detalhado e completo, constante no processo TCU/CONJUR TC 012.028/2018-5.

Ato contínuo, em 16 de abril de 2018, os Ministros do TCU, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Walton Alencar Rodrigues e Vital do Rêgo se encontram pessoalmente com o Presidente da República para demonstrar o “descontentamento geral do Tribunal do Contas”<sup>117</sup> em relação ao aludido projeto de lei.

<sup>116</sup> WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.169.

<sup>117</sup> Vide POMPEU, Ana. Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB. **CONJUR**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Apesar do projeto de lei ter sido substancialmente aprovado e transformado na Lei nº 13.655/2018, alguns dos seus artigos<sup>118</sup> foram de fato vetados pelo Presidente da República.

Com o veto parcial, o TCU, em 02 de maio de 2018, voltou a se manifestar por meio de seu presidente, declarando que “os vetos apostos a diversos dispositivos do PL 7448/2017 demonstram, de um lado, a procedência das preocupações e dos fundamentos apresentados por este Tribunal, pelo Ministério Público Federal e pelas variadas associações que se manifestaram sobre o tema”.

Nesse breve apanhado cronológico dos fatos, sem que se faça qualquer análise quanto ao mérito da alteração da LINDB,<sup>119</sup> o que se nota é a insistente atuação do TCU para tentar impedir a aprovação de um projeto de lei que era contrário a seus interesses. Seja por meio da emissão de notas e pareceres técnicos, ou por meio de reuniões pessoais com o Presidente da República, a Corte de Contas buscou influenciar diretamente o processo legislativo, tendo, sob certo ponto, ainda que não por mérito seu exclusivamente,<sup>120</sup> sucesso ao conseguir o veto de alguns artigos do Projeto de Lei nº 7.448/2017.

### 5.2.3. *Conclusões parciais*

Tratando dos últimos aspectos investigados sobre o caráter político ou não do TCU, relacionados à influência política sofrida e exercida pela Corte, as conclusões não podem ser outras a não ser da configuração política do Tribunal.

É evidente que as atividades do Tribunal não se circunscrevem aos casos e competências analisados. No entanto, a partir do momento em que se apura que ao menos em uma de suas atribuições (a de maior destaque e visibilidade, diga-se de passagem), além de dois exemplos emblemáticos de atuação/envolvimento em deliberações legislativas, a Corte sofre e exerce influências políticas, é possível denominar o órgão como

<sup>118</sup> Foram vetados integralmente o artigo 25 e parcialmente o artigo 28.

<sup>119</sup> Sobre o tema, ver: VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019; MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020; DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

<sup>120</sup> Embora a instituição do TCU tenha uma forte força política individualmente considerada, no caso da alteração da LINDB há que se levar em consideração que, ao lado da Corte de Contas, diversas outras associações e instituições também se manifestaram contrárias ao projeto de Lei nº 7.448/2017, podendo-se mencionar a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait), além do próprio Ministério Público Federal.

político, ainda que nas demais condutas<sup>121</sup> talvez não o seja. Um singelo caráter político, sob o enfoque então analisado, é o suficiente para lhe atribuir essa nomenclatura, já que, o oposto, ou seja, de que não seria político, restaria contaminado pelas condutas investigadas.

Robustecendo o argumento, apura-se que ao decidir e se conduzir com base em fatores/motivos/influências políticas, deixando de lado muitas vezes os aspectos técnico-jurídicos, o TCU se enquadra na classificação de órgão político trazida por Jorge Miranda, segundo a qual a dicotomia entre órgãos políticos e não-políticos seria que os primeiros se movem segundo critérios políticos e os segundos segundo critérios jurídicos, administrativos ou técnicos.<sup>122</sup>

Dos dois aspectos políticos ora escrutinados, sem sombra de dúvidas o mais perigoso é o primeiro, ou seja, o fato do Tribunal sofrer influências políticas externas para o desempenho de suas funções. Não que o primeiro aspecto seja desprovido de problematizações. Ocorre que a verificação de uma atuação do TCU com um caráter corporativista semelhante a um *lobby* é, para o bem ou para o mal, uma conduta reiterada e comum em diversos setores públicos e privados. Não parece ser algo exclusivo do TCU ou ainda que, a primeira vista, traga efeitos deletérios imediatos para a sociedade e para a própria instituição.

Contudo, quando se nota que a atuação do órgão pode ser comprometida por influências externas, deixando aqui o órgão de atuar com base nos critérios trazidos pelo ordenamento jurídico, e passando a agir (ou se omitir) com base em (des)favorecimentos pautados em aspectos políticos, a própria existência e funcionamento do TCU são postos em xeque.

Enquanto órgão de Estado, cujos agentes exercem uma função pública, voltados sempre para a busca, em última instância, do interesse público, a atuação do TCU deveria ser limitada pela normas jurídicas trazidas pela Constituição e legislação infraconstitucional.<sup>123</sup> Não se mostra razoável, tampouco republicano, arriscando toda a base

<sup>121</sup> É possível distinguir a atuação do TCU em ordinária e extraordinária. A segunda se referiria à atuação prevista no artigo 71, inciso I, da CF, enquanto a primeira englobaria todas as demais competências da Corte. Enquanto a atuação ordinária tem se mostrado, em grande parte, dinâmica, afinada com as alterações legislativas, buscando acompanhar às demandas sociais de controle externo, a apreciação anual das contas governamentais, paradoxalmente à sua relevância, mantém-se com caracteres arcaicos e ultrapassados, apresentando poucas e vagarosas evoluções, tornando-se muito mais um palco de questões políticas do que um instrumento efetivo de controle, cujo potencial de ação e efetividade tem sido minimizado pela forma como tem sido conduzida (CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014, p.282).

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge. Sobre órgãos do Estado. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 206, out./dez. 1996, p.25.

<sup>123</sup> Embora a asserção feita, acerca dos limites da função pública, pareça ser uma obviedade, a sua repetição se mostra necessária, uma vez que rotineiramente há notícias de condutas avessas a esses limites por agentes públicos/instituições públicas no Brasil. Assim, a explicação didática feita por Eneida Desiree Salgado mostra-se oportuna: "(...) a lógica do Estado Constitucional e Democrático de Direito enreda uma série de mecanismos institucionais para se fazer funcionar. Um sistema de separação de poderes, de freios e contrapesos, de

de um Estado Democrático de Direito, que agentes públicos possam desconsiderar as normas jurídicas as quais são vinculados para a sua atuação e venham a se comportar com base em fatores meta-jurídicos, fruto de influências políticas e corporativistas, por vezes desconexas com o ordenamento jurídico.

## 6. CONCLUSÕES

Após o desenvolvimento argumentativo realizado até aqui, a primeira constatação evidente que cabe indicar é o fato que denominar o TCU como político dependerá sempre do critério a ser utilizado para lhe conferir essa adjetivação. Por vezes pode ser enxergado como político, em outras ocasiões não.

Assim sendo, embora tenha-se apurado que ainda pairam nos estudos sobre a Corte uma imprecisão em relação a se poderia o TCU ser enquadrado ou não como órgão político, constata-se que essa análise deve percorrer, ao menos, três vestes distintas, porém complementares. A primeira delas diz respeito à composição dos membros do TCU. Sob esta vertente, denominar de político o órgão de controle diz respeito ao fato de que seus membros são (devem ser) oriundos de cargos políticos ou não. A segunda é pertinente à compreensão do caráter político como referente à função que exerce a Corte. Na última concepção, político se relaciona a se o TCU é exercente ou recebedor de influência/pressões políticas na sua atuação.

Quanto ao corpo de Ministros do TCU, conclui-se que na esfera do dever-ser não há que se falar em um Tribunal necessariamente político, uma vez que o delineamento constitucional vigente, ainda que confira a escolha dos membros do TCU aos representantes do Legislativo e Executivo, o faz colocando requisitos mínimos. De igual maneira, nada impede, desde que atendidos aqueles requisitos, que o corpo seja formado por ex-ocupantes de cargos políticos. É dizer, a Constituição não impede nem fomenta a indicação política. Já em relação ao âmbito do ser, a história constitucional brasileira demonstra o viés político do TCU. Ainda que não haja essa exigência constitucional, a grande maioria dos Ministros do TCU (cujo modelo acaba sendo seguido pelos Tribunais de Contas dos Estados) ocupavam, anteriormente a sua indicação, cargos políticos, sendo praxe a nomeação pelo Congresso de seus pares para ocupar o cargo de Ministro.

Quanto a este último ponto, apesar de não haver uma proibição no texto constitucional a esse viés político da Corte, essa situação não é desejável, tendo em vista o

---

controles recíprocos é parte essencial de sua engenharia. Cada um dos órgãos de soberania, em um sistema racional, age de acordo com a sua função e, por força do constitucionalismo, nos limites de suas competências constitucionais. Ainda, em face da democracia, a atuação dos agentes públicos não pode escapar das regras construídas democraticamente, por meio da representação política em sua atuação respeitosa à supremacia formal e material da Constituição” (SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, jul./dez. 2018, p.198).

fato de que serão os Ministros responsáveis por fiscalizar e julgar justamente, dentre outros, ocupantes de cargos políticos, pondo em xeque a imparcialidade objetiva e isenção no momento da tomada de decisões.

No que tange à função desempenhada pelo TCU, verificou-se que não haveria uma função considerada política, em especial nos moldes elaborados pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, uma vez que não há a possibilidade de afastar o controle pelo Poder Judiciário dos atos praticados pela Administração Pública no Brasil (ponto característico da função política ou de governo na construção francesa). Mesmo em outro sentidos que se possa atribuir à função política o Tribunal não a exerce, já que não desempenha gestão superior sobre os atos do Estado, tampouco inova primariamente na ordem jurídica. No mesmo sentido, tendo em vista que o TCU exerce uma função administrativa, ainda que haja a possibilidade de exercer certas competências discricionárias, ele não possui uma discricionariedade ampla (que poderia ser rotulada como política), estando sempre limitado pelas normas jurídicas na sua atuação.

Por derradeiro, no que concerne à influência política sofrida e exercida pela Corte, as conclusões não podem ser outras a não ser da configuração política do Tribunal. Analisando o exercício da competência de emitir parecer acerca das contas de governo, o TCU em diversos momentos não exerceu a contento suas atribuições, sendo influenciado por pressões políticas externas, por envolver o alto escalão da política. De outra banda, relacionado à influência que exerce sobre os processos legislativos, a investigação sobre seu papel nos trabalhos da Constituinte brasileira e nas recentes alterações da LINDB, demonstram que a Corte busca exercer *lobby* e pressões institucionais sobre os rumos da atividade legislativa.

Logo, pode-se apontar que não há uma estrutura normativa constitucional que aponta o TCU como um órgão político quanto a sua composição, embora acabe sendo na prática; a Corte não é política no que se refere ao exercício da função que exerce; o Tribunal mostra-se político quanto à influência sofrida e exercida.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A verdadeira função do Tribunal de Contas da União no processo orçamentário. **Revista TCU**, Brasília, v.32, n.87, p.15-26, jan./mar. 2001.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. **Lei orgânica do Tribunal de Contas da União anotada**. Normativos correlatos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Substitutivo do Relator (Segundo)**. Volume 242. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.



ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Anteprojeto da subcomissão**. Volume 155. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Atas das Reuniões**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Emendas ao anteprojeto do relator da subcomissão**. Volume 152. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. **Substitutivo do Anteprojeto (Nova redação)**. Volume 146. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. Introdução. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p.13-19.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 2.597. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**. Brasília, 17 ago. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 5, n. 47, jan. 2005.

CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CABRAL, Flávio Garcia. O TCU na Constituinte de 87-88: a estruturação da Corte de Contas. In: VIEIRA, Bruno Soeiro; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de (Orgs.). **Direito Público Contemporâneo: ensaios críticos**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.167-191.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2009.

CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. **Anteprojeto Constitucional**. Diário Oficial da União, seção 1, 26 set. 1986.

CORREIO BRAZILIENSE. **Ministros do TCU recuperam vitaliciedade**. 27 ago. 1988, p.4.

COUTINHO, Doris de Miranda; SANTOS, Aline Sueli de Salles. O papel do Tribunal de Contas frente à accountability. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 209-233, abr./jun. 2018.

CRETELLA JR., José. Teoria do ato de governo. **Revista Inf. Legisl.**, Brasília, a.24, n.95, p.73-84, jul./set. 1987.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Tcu tem que deixar de ser um órgão político, dia líder de governo. **Diário de Pernambuco**. 06 out. 2015. Disponível: [https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/10/06/interna\\_politica,602267/tcu-tem-que-deixar-de-ser-um-orgao-politico-diz-lider-do-governo.shtml](https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2015/10/06/interna_politica,602267/tcu-tem-que-deixar-de-ser-um-orgao-politico-diz-lider-do-governo.shtml). Acesso em: 20 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Paris: Dalloz, 2006.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990. V.I.

FACCIONI, Víctor J.. A Constituição de 1988 e os tribunais de contas: 20 anos. **Revista gestão pública e controle**, Salvador, v.2, n.5, p.33-43, nov. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 134, p.1-10, out./dez.1978.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 40.ed. México: Porrúa, 2000.

FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 13, n. 248, p. 13-53, mai./ ago. 2008.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. II. 9.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista TCU**, Brasília, a.38, n.110, p.7-14, set./dez. 2007.

GUIMARÃES, Edgar. O controle das licitações pelos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 59, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=38550>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HELENA, Eber Zoehler Santa. V.b-Subcomissão Orçamentária e Fiscalização Financeira. In: BACKES, Ana Luiza et al (orgs.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p.323-340.

JORNAL DE BRASÍLIA. **Manobra devolve a TCU vitaliciedade a ministro**. 27 ago. 1988, p.4.

JORNAL DE BRASÍLIA. **TCU cresce e ministros perdem cargo vitalício**. 22 mar. 1988, p.5.

KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição. **Agência Senado**, Brasília, 01 out. 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática: Tribunal de Contas no controle da lrf**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **RAP – Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, 43(4), p.739-772, jul./ago. 2009.

MACHADO, Audálio José Pontes. **Tribunais de Contas Estaduais: indicações, perfil dos conselheiros e autonomia das instituições**. 2017. 82 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista da Faculdade de Direito PUC/SP**, v.3, n.1, p. 310-338, 1º sem. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n.191, p. 67-85, jan./mar. 1993.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília. a.27, n.108, p.121-126, out./dez. 1990.

MODESTO, Paulo. Função Administrativa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v.46, n.2-3, p.95-119, mai./dez. 1995.

MOTTA, Fabrício. Julgamento dos prefeitos municipais: apreciação crítica da mudança imposta pelo Supremo Tribunal Federal. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 38-44, jul./set. 2016.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **TCU terá 12 Ministros com mandato fixo**. 22 mar. 1988, p.7.

O GLOBO. **Plenário restabelece vitaliciedade no Tribunal de Contas**. 27 ago. 1988, p.5.

O GLOBO. **Ministros do TCU terão agora 8 anos de mandato**. 22 mar. 1988, p.2.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. O papel dos órgãos de controle externo no combate à corrupção. **Consultor Jurídico**. 23 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-23/papel-orgaos-controle-externo-combate-corrupcao>. Acesso em: 25 jun. 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PESSANHA, Charles. Controle externo: a função esquecida pelo Legislativo no Brasil. In:

SCHWARTZMAN, Luisa Farah; SCHWARTZMAN, Isabel Farah; SCHWARTZMAN, Felipe Farah; SCHWARTZMAN, Michel Lent (Orgs.). **O sociólogo e as políticas públicas**: ensaio em homenagem a Simon Schwartzman. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p.243-258.

PESSANHA, Charles. O Congresso Externo sob o controle das contas. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, n.21, p.122-128, abr./mai./jun. 2002.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juizes: Impeachment na Constituição de 1988**. 2017. 322 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná - Ufpr, Curitiba, 2017.

POMPEU, Ana. Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que veto mudanças na LINDB. **CONJUR**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

RIBEIRO, Ana Paula. 'TCU é playground de políticos fracassados', diz Joaquim Barbosa. **O Globo**. 29 ago. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tcu-playground-de-politicos-fracassados-diz-joaquim-barbosa-17347428>. Acesso em: 30 ago. 2019.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v.234, p.147-175, out./dez. 2003.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). **Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras**. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 19-144.

SIMONETTI, Eliana. Decepção no TCU. **Gazeta Mercantil**, Brasília, 19 set. 1986, p.23.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SPECK, Bruno Wilhelm. NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p.227-258.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidade em contratos. **Revista Direito GV**, v.13, n.3, p. 866-890, set./dez. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília: TCU, 1991.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Brasília: TCU, 1992.

VARGAS, Jorge. O novo papel do TCU. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 07 jul. 1988, p.2.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.



## Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência

### *Materializing institutional dialogues on universal health care litigation - proposals of contracts of procedure, LINDB and transparency*

CAIO GAMA MASCARENHAS <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil)  
caiogm\_jus@live.com  
<http://orcid.org/0000-0003-2435-4949>

LÍDIA MARIA RIBAS <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil)  
limaribas@uol.com.br  
<https://orcid.org/0000-0003-4764-6661>

**Recebido/Received:** 26.05.2019 / May 26<sup>th</sup>, 2019  
**Aprovado/Approved:** 24.06.2020 / June 24<sup>th</sup>, 2020

#### Resumo

Propõe-se trazer uma perspectiva da judicialização da saúde sob a ótica dos diálogos institucionais e da flexibilidade procedimental, buscando soluções para o problema de forma conjunta entre os poderes de Estado. É fundamental que se busquem métodos de indução de

#### Abstract

*The purpose of this paper is bringing the problem of universal health care (SUS) litigation to the perspective of institutional dialogues and procedural flexibility, seeking solutions for the issue jointly between the State Powers. It is fundamental to seek methods of induction of greater*

Como citar esse artigo/How to cite this article: MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Materializando diálogos institucionais na judicialização da saúde pública – propostas de convenções processuais coletivas, LINDB e transparência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 285-317, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i1.67088.

\* Mestrado em Direito em andamento pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (Campo Grande-MS, Brasil). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás PUC-GO (2009) e especializado em Direito Constitucional e Administrativo pela mesma instituição (2013). Integrante do grupo de pesquisa "Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável". Participou do grupo de assessoramento de gabinete de ministro do Superior Tribunal de Justiça atuante na 2ª turma de Direito Público (2014-2015). Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015- presente). E-mail: caiogm\_jus@live.com.

\*\* Pesquisadora e professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (Campo Grande-MS, Brasil). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Realizou Pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito Público; na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade do Museo Social da Argentina UMSA/IEAT - Instituto Educacional Almirante Tamandaré. Advogada e Economista, com graduação em Formação de Professores e em Administração de Empresas pela Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: limaribas@uol.com.br.

maior responsabilidade e economicidade por parte dos poderes. Destarte, inquire-se: quais são os problemas práticos da judicialização nas áreas da saúde e da gestão pública orçamentária? É possível que convenções processuais regulamentem decisões que afetem a gestão pública orçamentária? Como fornecer accountability nos acordos entre o Judiciário e o Executivo no âmbito do Sistema Único de Saúde? Algumas outras teorias são utilizadas: como a das capacidades dos poderes e do Processo Civil do Estado Constitucional. Faz-se ainda uma interpretação conjunta entre o artigo 190 do CPC/2015 e os artigos 20, 22 e 26 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro. Utiliza-se o método dedutivo/indutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** negócios jurídicos processuais; políticas públicas; Sistema Único de Saúde; transparência; mecanismos alternativos de soluções de conflito.

*responsibility and economy efficiency from the institutions. In this sense, it is questioned: what are the main issues of universal health care litigation? Can contracts of procedure regulate decisions that affect public budget management? How to provide accountability between agreements of the Judiciary and the Executive Branch within the SUS? Some theories are used: institutional dialogues theory; theory of the institutional capabilities; theory of the Civil Process of the Constitutional State; and theory of procedural flexibility. At the normative level, a joint interpretation is made between articles 190 of CPC/2015 and 20 and 22 of LINDB. The deductive / inductive method is used, through bibliographical and documentary research.*

**Keywords:** contracts of procedure; public policies; Brazilian Unified Health System; transparency; alternative methods of conflicts solution.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A judicialização da saúde e o imperativo diálogo equilibrado entre instituições; 2.1. (In)capacidades institucionais diante de problemas processuais e sanitários da judicialização da saúde; 2.2. (In)capacidades institucionais diante de problemas de gestão financeira-orçamentária na judicialização da saúde; 2.3. O necessário diálogo equilibrado entre as instituições; 3. Convenção processual, LINDB e os parâmetros para decisões judiciais conforme normas de gestão pública; 3.1. Os acordos processuais coletivos ou protocolos institucionais; 3.2. Uma proposta: acordos processuais coletivos ou protocolos institucionais na seara da gestão pública orçamentária; 3.3. Transparência e *accountability* de verbas públicas utilizadas nas demandas judiciais contra o SUS; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Harmonizar a judicialização dos direitos sociais e econômicos com a complexa atividade da gestão pública é uma das maiores dificuldades dos poderes da república atualmente. A Administração Pública precisa encontrar a melhor forma de direcionar, de maneira eficiente e efetiva, as receitas tributárias para os sistemas públicos de saúde e educação. Uma política pública social pode ser justa, mas ineficiente em determinados setores (a exemplo da universalidade de atendimento e integralidade de tratamentos no SUS). Por outro lado, uma política pode ser economicamente eficiente, mas injusta socialmente (a exemplo de tributos que não atendem ao princípio da capacidade contributiva). No entanto, a escolha de como arrecadar, onde se alocar recursos e como se alocar sempre foi uma decisão política, havendo seus erros e acertos próprios da atividade do gestor público.

O terreno da escolha política é marcado pela escassez de recursos, não havendo como fornecer todas as pretensões materiais requeridas pela população de forma



irrestrita. A judicialização do direito de assistência à saúde, cuja satisfação exige do Estado prestações de cunho material e custo de recursos públicos, é um tema bastante delicado do ponto de vista democrático.

Tal discussão acaba por adentrar na teoria dos diálogos institucionais e qual seria a melhor forma de lidar com os problemas da judicialização da saúde por todos os poderes. O trabalho, embora tenha embasamento teórico e principiológico, possui como escopo principal uma visão pragmática e prática dos problemas e desafios da gestão da saúde e da judicialização. Evita-se qualquer defesa de valores abstratos e interpretações que inviabilizem todas as soluções alternativas que visem uma mitigação dos problemas.

A proposta do artigo é trazer uma perspectiva da judicialização da saúde sob a ótica dos diálogos institucionais e da flexibilidade procedimental, buscando uma solução do problema de forma conjunta entre os poderes de Estado por meio de convenções processuais. É fundamental que se busquem métodos de indução de maior responsabilidade técnica e economicidade por parte dos poderes nos serviços públicos fornecidos pelo SUS. Três são os problemas de pesquisa apresentados: quais são os problemas práticos da judicialização nas áreas da saúde e da gestão pública orçamentária? É possível que convenções processuais regulamentem decisões que afetem a gestão pública orçamentária? Como fornecer *accountability* nos acordos entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo no âmbito do SUS?

Algumas teorias são utilizadas: teoria dos diálogos institucionais; teoria das capacidades dos poderes; teoria do Processo Civil do Estado Constitucional; teoria do orçamento republicano e liberdade igual. No plano normativo, analisam-se os artigos 190 do CPC/2015 e 20, 22 e 26 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

As fontes de dados referentes aos impactos são secundárias: livros, teses de doutorado, dissertações, artigos e informações obtidas por meio do Departamento de Informática do SUS (DATASUS). O trabalho é desenvolvido a partir dos métodos indutivo e dedutivo, utilizando-se de material bibliográfico e documental. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, é realizado com base na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca da doutrina, estudos e textos normativos.

## 2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O IMPERATIVO DIÁLOGO EQUILIBRADO ENTRE INSTITUIÇÕES

Equidade e eficiência são tradicionalmente vistas como metas concorrentes na elaboração de políticas públicas. Pode-se ser justo na elaboração de uma política pública, mas muitas vezes o que é justo não é economicamente eficiente. Por outro lado, o que é eficiente pode não ser justo. Tais fatos não impedem, no entanto, que certas

políticas sejam justas e economicamente eficientes – promovendo equidade e desenvolvimento econômico<sup>1</sup>. Esses parâmetros, aliados às escolhas orçamentárias e à busca pela melhor técnica de gestão, são problemas próprios da Administração Pública.

O problema da judicialização da saúde diz respeito ao regime constitucional do direito fundamental à vida digna e à saúde. No ordenamento constitucional brasileiro, a saúde é direito fundamental tanto formal quanto material, gozando de regime jurídico privilegiado<sup>2</sup>. Saúde talvez seja o direito fundamental mais complexo no ordenamento jurídico. Isso em razão da considerável zona de convergência com outros direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal<sup>3</sup>.

## 2.1. (In)capacidades institucionais diante de problemas processuais e sanitários da judicialização da saúde

A Constituição Federal de 1988 determinou a proteção de um vasto rol de direitos individuais e sociais. Provocou-se o chamado “choque de direitos”, trazendo, em um só momento, um conjunto de prestações sociais subjetivas que deveriam ser garantidas pelo Estado. O poder público, no entanto, possuía (e ainda possui) uma realidade fática bem diversa da realidade constitucional, não dispondo de estrutura nem capacidade para lidar com a deficiência de proporção tão alta como os direitos sociais constitucionalmente garantidos existentes<sup>4</sup>.

Alado da efetividade dos direitos, existe a questão das escolhas trágicas que os políticos devem fazer com certa frequência. Guido Calabresi e Philip Bobbitt, debruçando-se sobre questões referentes às escolhas políticas na alocação de recursos, explicam que, embora a escassez possa muitas vezes ser evitada para alguns bens, tornando-os disponíveis sem custo para todos, ela não pode ser evitada para todos os bens<sup>5</sup>.

Há ainda o problema das capacidades técnicas de cada instituição. Neil Komesar, analisando as capacidades técnicas das instituições, pondera sobre o Poder Judiciário substituir decisões do Poder Legislativo. Conforme o autor, os poderes da república diferem em suas capacidades para resolver questões substantivas, e o grau e o tipo dessas diferenças podem variar significativamente. A dificuldade relativa de várias questões substantivas de políticas públicas surge de realidades sociais e políticas muito variadas e sutis. Tais questões possuem uma complexidade muito grande para serem

<sup>1</sup> HECKMAN, James J. The economics of inequality: The value of early childhood education. **American Educator**, v. 35, n. 1, 2011, p. 31.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 3550.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 3550.

<sup>4</sup> ZEBULUM, José Carlos. Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde? **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, nº 1, p. 189.

<sup>5</sup> CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. W.W. Norton & company. Nova Iorque. 1984, p. 18.

adequadamente capturadas nas amplas categorias analíticas de princípio fundamental, discricionariedade política, economia ou processo democrático<sup>6</sup>.

Na área da saúde pública, o Poder Judiciário possui clara deficiência técnica para lidar com questões referentes ao SUS, seja em razão da complexidade própria da área da saúde, seja em razão da ausência de conhecimentos na área de gestão pública<sup>7</sup>. Talvez um exemplo que evidencie de forma clara a falta de capacidade técnica do Poder Judiciário para lidar com as questões da área da saúde seja a concessão, por meio de milhares de liminares, da substância fosfoetanolamina a determinados pacientes com câncer<sup>8</sup>.

A ausência de capacidade técnica do Poder Judiciário para lidar com a complexidade da saúde ainda faz com que outros agentes com interesse econômico entrem no cenário. Vários são os aspectos necessários para a compreensão da enorme complexidade da área da saúde, que vão muito além do paciente (titular do direito à saúde) e passam a envolver outros personagens: a classe médica como detentora do conhecimento da ciência e dos protocolos clínicos validados para avaliação de doenças e prescrição de tratamentos; os interesses no mercado da saúde, considerando especialmente os laboratórios farmacêuticos, além de ONGs; e os escritórios de advocacia interessados na judicialização<sup>9</sup>.

A judicialização da saúde implica, de fato, a atuação do médico, que prescreve determinado tratamento ou medicamento que vem a ser pleiteado pela via judicial. Em que pese a relevância da opção pelo tratamento indicado, a questão vai muito além da decisão do médico porque implica o custo referente aos tratamentos e medicamentos prescritos. Tais tratamentos e medicamentos devem ser financiados por alguém (no caso, pelo Estado) e proporcionam elevados lucros neste mercado. Como em todo

<sup>6</sup> KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. **U. Chi. L. Rev.**, v. 51, p. 367-368.

<sup>7</sup> Na área da saúde, destaca-se que “[...] raciocínios estritamente jurídicos e o mundo do Direito possuem suas limitações e somente uma aproximação interinstitucional é capaz de responder satisfatoriamente às dificuldades nesta área” (AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, nº 1, p. 87).

<sup>8</sup> “Nesta era da velocidade e informação, disseminou-se a promessa de que a droga representava a descoberta da cura do câncer. Como decorrência, sem o aval de quaisquer autoridades da oncologia ou do Instituto Nacional do Câncer (INCA) que atestassem níveis mínimos de segurança na utilização desta substância, o Poder Judiciário vinha concedendo as liminares que exigiam o fornecimento da fosfoetanolamina até que o STF suspendesse a eficácia da lei” (AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, nº 1, p. 87).

<sup>9</sup> AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, nº 1, p. 88.

mercado lucrativo, diversos interesses atuantes e, por vezes, conflitantes podem ser identificados<sup>10</sup>.

Um fator que passa a ser analisado na área da saúde é a presença do Poder Econômico<sup>11</sup> das grandes corporações privadas. Em determinado ponto, passa a haver um conflito de interesses entre a saúde pública e o lucro de determinados setores da iniciativa privada<sup>12</sup>. Há grande interesse econômico do mercado farmacêutico nas ações em saúde julgadas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, se não há interesse econômico, alguns tratamentos médicos acabam prejudicados<sup>13</sup>.

Com o intuito de dar maior uniformidade e segurança jurídica no fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Poder Público, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou, no REsp 1657156/RJ (precedente vinculante), alguns parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário nas demandas da saúde. A tese fixada pelo Tribunal Superior foi a seguinte<sup>14</sup>:

*A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: I) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.*

<sup>10</sup> AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, nº 1, p. 88.

<sup>11</sup> Sobre o conceito de Poder econômico: "Pode-se dizer, destarte, que o poder econômico se apresenta como a capacidade de impor uma conduta, submetendo ao modelo de apropriação os resultados da produção, da distribuição e do consumo na sociedade. A finalidade é a obtenção do lucro de bens e serviços mediante a atividade econômica" (ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52).

<sup>12</sup> Reportagem da Época informa que há casos em que os médicos que indicam os tratamentos não fornecidos pelo SUS já fazem os encaminhamentos para determinados escritórios de advocacia especializados no assunto, como o caso do medicamento Soliris (eculizumab), que possui um custo individual de mais de 800 mil por ano. As fabricantes de medicamentos inclusive fornecem patrocínios a tais médicos a darem aulas e palestras sobre doenças e os tratamentos onerosos. São comuns as ONGs financiadas por empresas farmacêuticas que se associam com escritórios de advocacia. Disse o secretário da saúde do Estado de São Paulo em 2012, Giovanni Guido Cerri: "Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados". Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>13</sup> Houve aumento, nos últimos anos, do número de sífilis congênita em decorrência do desabastecimento da medicação Penicilina Benzatina em todos os estados brasileiros. Um dos principais motivos para a dificuldade no fornecimento e disponibilização na rede pública deve-se ao fato de ser considerada uma droga muito barata, proporcionando baixo lucro aos fabricantes (AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde, op. cit., 90).

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018.

Ressalta-se que mesmo a decisão do REsp 1657156/RJ, precedente de eficácia vinculante (art. 927, III, do CPC/2015), possui sérias dificuldades práticas em sua coercibilidade nos casos de desrespeito ao julgado.<sup>15</sup> Explicam-se os óbices: a) Perda do objeto da ação, visto que o tratamento indevido objeto da liminar é feito bem antes de a ação chegar às Cortes Superiores, podendo o paciente inclusive terminar o tratamento, mudar de medicamento ou falecer antes do julgamento do mérito da ação pela Corte Superior (o mesmo raciocínio pode ser utilizado nos casos de negativa indevida de fornecimento do medicamento). O erário dificilmente irá reaver o dinheiro indevidamente bloqueado também; b) A reclamação contra decisão que desrespeita o precedente vinculante somente é admitida quando esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, §5º, II, do CPC/2015) e somente para garantir a autoridade da decisão proferida pelo STJ, em um caso concreto<sup>16</sup>; e c) No caso da interposição de recurso especial, se o acórdão do Tribunal de 2ª instância prequestionar todos os requisitos do precedente, afastando a súmula 211 do STJ (o que é complicado na prática), a maioria dos parâmetros fixados cuidam de discussão de fatos e provas, o que é vedado rediscutir em sede de recurso especial em razão da súmula 7 do STJ<sup>17</sup>. Tal precedente também possui ainda menos coercitividade prática sobre ações de medicamentos que tramitam pelo rito dos julgados especiais, pois não há espaço para recurso especial nesse procedimento<sup>18</sup> nem para outros recursos judiciais necessários para a tutela do direito à saúde<sup>19</sup>. O precedente

<sup>15</sup> Uma pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), divulgada em 11/2/2019, revelou que 52% dos juizes de primeiro grau entendem que não devem se pautar por jurisprudência, por acreditarem que o sistema de precedentes prejudica sua independência profissional. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/juizes-entendem-nao-seguir-jurisprudencia-pesquisa>>. Acesso em: 04 maio 2019.

<sup>16</sup> Sobre o que seria esgotamento de instância, cita-se um trecho de julgado da primeira seção do STJ: “[...]conforme precedente desta Corte Superior, o cabimento da reclamação prevista no art. 988, IV, do CPC/2015, exige o esgotamento de instância, de acordo com o § 5º, II, do mesmo artigo. VI - Havia, portanto, que aguardar o juízo de admissibilidade do recurso especial para, diante da eventual negativa de seguimento, exaurir a instância, nesse caso, com a interposição do agravo interno contra a decisão denegatória, nos termos do art. 1.030, I, b, e § 2º, do CPC/2015. [...] VII - Fundada no art. 988, II, do Código de Processo Civil de 2015, a reclamação não se destina a dirimir divergência jurisprudencial entre o acórdão reclamado e precedentes do STJ. Sua função é garantir a autoridade da decisão proferida pelo STJ, em um caso concreto, que tenha sido desrespeitada na instância de origem, em processo que envolva as mesmas partes, que não é o caso dos autos. [...]” (AgInt no Rcl 36.535/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, primeira seção, julgado em 13/03/2019, DJe 22/03/2019).

<sup>17</sup> Nesse sentido: “O Tribunal de origem, com base no substrato fático-probatório - mormente em avaliação médica -, asseverou restar comprovada a necessidade da paciente quanto ao fármaco pleiteado, bem como sua vulnerabilidade financeira. A inversão do julgado, na forma pretendida, demandaria a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. [...]” (AgInt no REsp 1588095/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

<sup>18</sup> Súmula 203-STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

<sup>19</sup> MASCARENHAS, Caio Gama. Recorribilidade de imediato das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais da Fazenda Pública: isonomia e interesse público. **Revista dos Juizados Especiais**, v. 19, p. 23-37, 2017, p. 33-34.

“vinculante”, em verdade, possui mera eficácia persuasiva, submetendo-se às infinitas subjetividades cognitivas e emocionais de cada um dos milhares de magistrados do país.

Além das limitações práticas processuais, esse precedente vinculante não alcança os procedimentos cirúrgicos, também frequentemente judicializados. Os problemas da judicialização da saúde não atingem somente medicamentos, mas igualmente procedimentos cirúrgicos. Em 2015, uma investigação expôs grande esquema criminoso conhecido como “Máfia das Próteses”. Em tal esquema, verificou-se o conluio entre médicos traumato-ortopedistas e empresas fornecedoras de material protético de alto custo, em que utilizavam de decisões judiciais contra o Estado para o recebimento de valores em cirurgias e procedimentos superfaturados – por meio de material de custo elevado e de qualidade e indicação duvidosas. No caso, havia várias vítimas: aqueles que se submetiam aos riscos de um procedimento cirúrgico desnecessário ou de eficácia duvidosa e os demais usuários do SUS, cujos serviços prestados em outras áreas eram afetados pelos bloqueios judiciais de verbas públicas<sup>20</sup>.

Para se ter uma ideia, no Mato Grosso do Sul, há um problema de enormes filas de espera para cirurgias ortopédicas, sendo comum que pacientes se utilizem da judicialização para realizar a cirurgia<sup>21</sup>. Conforme dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Saúde, no entanto, de 2015 a 2018 foram efetuadas 47.288 cirurgias ortopédicas no Estado<sup>22</sup>. Não se cuida propriamente, portanto, de omissão estatal.

Na prática, os problemas de gestão orçamentária causados pela judicialização da saúde advêm principalmente da incompatibilidade prática entre a universalidade de atendimento do SUS e integralidade de fornecimento de bens e serviços. Considerando o erário como uma fonte finita de recursos, não é sustentável financeiramente ofertar todo e qualquer tratamento, independentemente de custos, a todos os usuários do SUS.

---

<sup>20</sup> AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde, *op. cit.*, 92.

<sup>21</sup> Reportagem de título “Ação na Justiça tenta acabar com espera por cirurgias ortopédicas” destaca ação civil pública ajuizada em Dourados/MS. O objetivo da ação é conseguir atendimento para todos os pacientes na fila do sistema de regulação há mais de três meses. No pedido de liminar, os promotores e defensores pedem que esses pacientes sejam encaminhados em até 45 dias para consulta com médico ortopedista, exames e procedimentos cirúrgicos. 01/02/2018. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/acao-na-justica-tenta-acabar-com-espera-por-cirurgias-ortopedicas>> Acesso em: 31 de mar. 2019.

<sup>22</sup> Informações obtidas por meio da base de dados do Departamento de Informática do SUS (DATASUS). Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

## 2.2. (In)capacidades institucionais diante de problemas de gestão financeira-orçamentária na judicialização da saúde

Wilson Maingué Neto defende que, havendo um conflito entre universalidade, integralidade e igualdade na distribuição de bens e serviços do SUS, não há solução plenamente satisfatória que permita compatibilizar os três princípios. O autor defende que somente se pode compatibilizar, de forma satisfatória, os princípios da universalidade e igualdade. Quanto mais se aprofunda a integralidade, mais se enfraquece a universalidade e mais se esvazia a igualdade. Ofertar todo e qualquer tratamento, independentemente de preço, seria aprofundar a integralidade<sup>23</sup>.

O conflito, embora pareça evidente para o gestor público – detentor da chave do cofre e ciente das limitações do erário –, não o é para os magistrados, que geralmente não possuem essa percepção. O Poder Judiciário volta-se para a questão da efetivação dos direitos fundamentais na prática, sem entrar em detalhes sobre as especificidades dos tratamentos, custos orçamentários e técnicas de gestão pública.

Uma preocupação em relação aos bloqueios judiciais na área da saúde pública é em relação aos valores dos procedimentos e tratamentos muito acima do valor de mercado. Práticas de eficiência e economicidade são inexistentes na prática judiciária, embora sejam típicas nas aquisições administrativas de bens e serviços por parte do poder público.<sup>24</sup>

Para elaboração e execução orçamentária de políticas públicas, conforme o princípio das capacidades técnicas, o Poder Executivo possui uma enorme gama de profissionais de áreas de economia, administração, engenharia, saúde, educação, zootecnia etc. Nas atividades fins do Judiciário, entretanto, as atribuições ainda são quase que exclusivamente exercidas por pessoas com conhecimento técnico somente na área de direito. O Judiciário possui habilidades limitadas para avaliar determinada prestação social que deveria ser prestada pelo poder público e o seu respectivo custo-benefício. Nas palavras do juiz de direito André Ladeira da Rocha Leão<sup>25</sup>:

<sup>23</sup> Segundo o autor, a razão de ser do Sistema Único de Saúde é a universalidade – tanto que é o primeiro preceito constitucional citado textualmente no capítulo da seguridade social (universalidade da cobertura e do atendimento) e no capítulo da saúde (a saúde é direito de todos). Tal doutrina considera concebível um sistema público de saúde sem a integralidade, mas jamais sem a universalidade e igualdade (MAINGUÉ NETO, Wilson. **Efetivação do Direito à Assistência à Saúde**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2016, p. 280-283).

<sup>24</sup> Não se ignora o fato de haver crescente preocupação com essa questão, como é o caso do enunciado nº 56 aprovado pela III Jornada de Direito da Saúde em 18.03.2019: “Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados”.

<sup>25</sup> LEÃO, André Ladeira da Rocha. Da universalização “judicial” do direito à saúde à uniformização de sua tutela. **Coleção “CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 30 anos 1988 – 2018”**. TJMG. Belo Horizonte, 2018, p. 68.

*Ainda que haja espaço orçamentário para atendimento de demandas judiciais, há que se considerar se deve o Judiciário determinar esta ou aquela política pública em razão das dificuldades e limitações da atividade judicial, que não leva em conta aspectos extra-autos. O processo judicial leva em consideração os elementos trazidos para o processo e possui uma racionalidade diferente daquela necessária para a formulação de decisões mais amplas que digam respeito ao modo de implementação dos direitos no Estado Brasileiro.*

Há de se ressaltar que o “espaço orçamentário” para o atendimento das demandas judiciais nas áreas de políticas públicas sociais está ficando mais restrito. Uma questão que deve entrar na equação orçamentária são as reformas constitucionais para a implementação do orçamento impositivo nos últimos anos<sup>26</sup>. Esse procedimento cuida do dever da Administração Pública de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade.

A programação orçamentária deixaria de ter um mero caráter autorizativo para ter um caráter impositivo, salvo em casos excepcionais que exijam a reestimativa de receita e de despesa. Logo, demandas judiciais poderão interferir diretamente em inúmeras programações orçamentárias obrigatórias. Em razão disso, também se discute a constitucionalização do dever judicial de indicar fonte de custeio para concessão de benefício ou serviço de seguridade social<sup>27</sup>.

Na perspectiva do gestor, uma dificuldade na judicialização da saúde é a ausência de previsibilidade dos impactos orçamentários das ações judiciais. Mesmo que o planejamento orçamentário seja elaborado com certo grau de flexibilidade na execução, é impossível prever com exatidão o grau de impacto de bloqueios judiciais nos fundos e na execução das políticas públicas, podendo ultrapassar a marca de um bilhão de reais após poucos anos<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Esse movimento parlamentar constitucional iniciou-se com a previsão, no art. 166 da Constituição, de emendas parlamentares orçamentárias de execução obrigatória, por meio da Emenda Constitucional 86 de 2015. Em 2019, no entanto, espera-se a aprovação da “PEC do orçamento impositivo” pelas duas casas do Congresso Nacional, ampliando a abrangência da execução obrigatória das programações orçamentárias e sacramentando o orçamento impositivo na Constituição Federal.

<sup>27</sup> A PEC da Reforma da Previdência (PEC 06/2019) estabelece uma nova redação proposta para o § 5º do artigo 195, que, caso seja aprovada sem alterações pelo Congresso Nacional, determinará o seguinte: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total”.

<sup>28</sup> Segundo dados disponibilizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU - Acórdão 1787/2017 – Plenário – Processo 009.253/2015-7), abrangendo união, estados e municípios, verificou-se que os gastos da União com processos judiciais referentes à saúde em 2015 foram de R\$ 1 bilhão, significando um aumento de mais de 1.300% (de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão) em sete anos. Ainda segundo os dados do TCU, o fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, correspondia a 80% das ações (LEITE, Ivan Corrêa; DE OLIVEIRA BASTOS, Paulo Roberto Haidamus. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. *Argumentum*, v. 10, nº 1, 2018, p. 103).



Em Mato Grosso do Sul, o panorama de crescimento do número de ações não se altera, tendo havido um crescimento de 79% no volume de ações de saúde em 2016 em relação a 2015, sendo observado que, quando analisado o pedido de medicamentos, o crescimento sobe para 102% no mesmo período<sup>29</sup>. Conforme divulgado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), nos 12 meses de 2017, ano base da pesquisa do CNJ, o pagamento de pedidos judiciais de medicamentos, exames e procedimentos cirúrgicos pelo Estado totalizou R\$ 19,7 milhões. Em 2016, o valor foi de R\$ 17,4 milhões<sup>30</sup>.

Na área da saúde, os recursos para cumprir as demandas judiciais saem do orçamento público para ações prioritárias definidas pelo gestor, como a prevenção na área de saúde básica. As demandas judiciais aumentam a iniquidade do sistema de saúde e diminuem a qualidade de vida dos que detêm menos recursos financeiros. A dignidade da pessoa humana, no âmbito do direito financeiro e orçamentário, não comporta soluções individuais, mas coletivas. Visa-se à redução das desigualdades sociais – e não a tutela de direitos de forma individualizada, buscando-se a efetivação de um orçamento republicano<sup>31</sup>.

Ao se falar em gestão financeira e orçamentária, a necessidade de equilíbrio e harmonia entre poderes é ainda mais evidente. Um conflito entre poderes pode gerar insegurança jurídica e o caos financeiro no ente estatal – ainda mais se se levar em conta a enorme multiplicidade de centros de decisão passíveis de intervir nas contas do ente público<sup>32</sup>. Não por outro motivo que a nova redação da Lei de Introdução de

<sup>29</sup> LEITE, Ivan Corrêa; DE OLIVEIRA BASTOS, Paulo Roberto Haidamus. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. **Argumentum**, v. 10, nº 1, 2018, p. 103.

<sup>30</sup> Informações disponíveis em: <<https://www.correiadoestado.com.br/cidades/ms-e-o-estado-com-maior-volume-de-acoes-judiciais-em-saude/349327/>> Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>31</sup> Segundo Fernando Facury Scaff: “O orçamento público, ao arrecadar de todos e ter por comando – pelo menos no Brasil – a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza, não pode comportar soluções individualizadas [...]. Exatamente por isso é que se criticam algumas soluções isoladas adotadas pelo Poder Judiciário, que, ao conceder benefícios individuais – mesmo que a pretexto de consagrar direitos sociais –, acabam por transformar políticas públicas em políticas individuais, de gozo privado, e não pela parcela socialmente mais fragilizada da sociedade” (SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 319).

<sup>32</sup> No estado do Rio de Janeiro, ocorreu um dos casos mais emblemáticos de conflito entre poderes em matéria de gestão orçamentária, sendo que a grave crise financeira corroeu as relações entre o Governo e o Tribunal de Justiça do Estado. Tudo se iniciou com o atraso no repasse de duodécimos do Poder Judiciário por parte do Governo do Estado, o que resultou na impetração do Mandado de Segurança (MS) 34483/RJ por parte do Tribunal em 2016. Concedida a liminar pelo STF, houve a autorização, no entanto, de que o repasse pudesse sofrer um desconto uniforme de 19,6% da receita corrente líquida em razão da queda da arrecadação. A ADPF 405/RJ, ajuizada pouco após o writ, relata uma situação de puro caos na gestão financeira do Estado. Nessa época, uma série de bloqueios judiciais nas contas do Estado foram efetuadas para pagamento de pessoal, dentre eles: R\$ 1.600.000.000,00 (um bilhão e seiscentos milhões de reais); R\$ 49.211.075,58 (quarenta e nove milhões, duzentos e onze mil, setenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos); R\$ 146.421.219,83, (cento e quarenta e seis milhões, quatrocentos e vinte e um mil, duzentos e dezenove reais e oitenta e três centavos); e R\$ 61.585.849,99 (sessenta e um milhões, quinhentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e nove reais

Normas de Direito Brasileiro (após a lei federal n. 13.655/2018) determina em seu artigo 22 que: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Na efetivação de políticas públicas, magistrados de primeiro grau possuem dificuldades em enxergar tendências regionais (execução de políticas que acontecem em mais de uma comarca) – capacidades que os gestores públicos estaduais e federais possuem. Os gestores, no entanto, não conseguem enxergar como as deficiências do sistema afetam o jurisdicionado singularmente considerado cotidianamente – fatos que juízes, defensores e assistentes sociais conseguem perceber com mais facilidade.

Para se ter uma melhor noção, deve-se entender como o gestor observa a execução orçamentária de política pública de saúde. Inicialmente, esclarece-se que um gestor público precisa monitorar as atividades e insumos de determinado programa orçamentário, incluindo: os *inputs* (gastos usados para produzir produtos e serviços); *outputs* (quantidade e qualidade de bens e serviços públicos produzidos e acesso a tais bens e serviços a curto prazo); *outcomes* (consequências de médio para longo prazo para os usuários da provisão de serviços públicos ou progresso na consecução dos objetivos do programa); impacto (metas do programa ou consequências de longo prazo da provisão de serviços públicos); e alcance (pessoas que se beneficiam ou são prejudicadas por um programa)<sup>33</sup>.

Se entendermos os *outputs* (produtos e serviços fornecidos a curto prazo) como medicamentos, tratamentos, cirurgias, número de médicos em determinada área e instalações físicas, o magistrado terá uma compreensão das falhas nos *outputs* e do alcance dos programas na vida dos jurisdicionados de sua comarca por meio das ações judiciais. Os *outcomes*, que seriam a redução da mortalidade infantil, redução do número de internações, redução no número de doenças infecciosas, entre outros, e os impactos (melhoria na qualidade de vida dos jurisdicionados e aumento do IDH local) não são sentidos pelo magistrado em sua atividade judicante (talvez sinta em sua vida privada, mas de forma bem discreta).

Essas metas de médio e longo prazo conseguem ser monitoradas por gestores públicos, mas não por magistrados. Quando um magistrado bloqueia valores ou determina o fornecimento de um tratamento de alto custo (sem registro na ANVISA ou substituto de medicamento já fornecido pelo SUS), para um jurisdicionado individualmente

---

e noventa e nove centavos). Segundo o ministro Luis Roberto Barroso, a utilização de liminares virara: “[...] uma corrida maluca em que recebia quem chegasse primeiro no guichê”. A medida cautelar da ADPF foi parcialmente concedida para suspender inúmeros bloqueios judiciais nas contas dos Estado por parte de órgãos de primeira e segunda instâncias do TJ-RJ e TRT da 1ª Região.

<sup>33</sup> SHAH, Anwar. A Practitioner’s Guide to Intergovernmental Fiscal Transfers. In: SHAH, Anwar; BOADWAY, Robin. **Theory and Practice of Intergovernmental Transfers: principles and practice.** The International Bank for Reconstruction and Development. The World Bank. Washington, DC. 2007. p. 11.

considerado, ele diminui os valores dos *inputs*, prejudicando os serviços e estoque de medicamentos de toda uma coletividade. O juiz pode, no entanto, apontar aquelas falhas no fornecimento de serviços e bens que eram para ser fornecidos normalmente pelo SUS e constam do planejamento.

Se, por um lado, o Estado não pode alegar vagamente a teoria da reserva do possível contra a efetivação de direitos sociais fundamentais inseridos no chamado “mínimo existencial”, pelo outro, o magistrado não deve fornecer todo e qualquer tratamento médico com fundamento abstrato na tutela da dignidade pessoa humana. Questões técnicas da área da saúde e da gestão pública devem ser consideradas. Com o escopo de combater tais tipos de decisões, o art. 20 da LINDB estabelece: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”<sup>34</sup>.

O art. 20 não veda que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige do magistrado um processo de sua concretização que necessariamente observe as circunstâncias verificadas no mundo dos fatos<sup>35</sup>. Pode-se, logo, fundamentar decisões de direito à assistência à saúde com base no princípio da dignidade da pessoa humana, mas sem deixar de considerar os limites orçamentários e as dificuldades da gestão pública da saúde.

Em sentido parecido, o art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro<sup>36</sup> estabelece: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Essa não consideração de obstáculos reais do gestor na área da saúde é bem recorrente.<sup>37</sup>

Há que se ter certo cuidado, no entanto, quando se lida com a questão das capacidades institucionais para defender que o Poder Judiciário não é a instituição mais adequada para resolver questões de alta complexidade em determinadas áreas da

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de Abril de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e inclui disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/571256856/lei-13655-18>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 25.

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2018.

<sup>37</sup> Nas palavras de Eduardo Jordão: “O combate à idealização dos fatos [...]. Um bom exemplo é o da judicialização da saúde, em que brados do ‘direito à saúde’ tem para muitos operadores do direito mais relevância do que as condições materiais para implementá-lo. Chega-se mesmo a defender que estas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve se preocupar com elas. Os resultados são liminares para concessão de tratamentos caros, que impactam o orçamento governamental de maneira significativa – e prejudicam o próprio oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos” (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 69).

ciência e de gestão pública. O uso da teoria da reserva do possível não pode se prestar a manter o estado de inefetividade dos direitos fundamentais e indefinição em torno dessas questões inéditas ou complexas<sup>38</sup>.

### 2.3. Necessário diálogo equilibrado entre as instituições

Qual seria o poder com as melhores condições para responder a casos difíceis? A resposta está no diálogo entre instituições. A construção do conhecimento jurídico deve ser realizada por meio de um diálogo contínuo entre todos aqueles agentes que se encontram envolvidos em sua produção e revisão. Havendo uma justificável preocupação no aumento da legitimação das decisões proferidas pelos poderes da república, a aceitação da complexidade dos litígios é uma postura coerente com a proposição de diálogos intra e interinstitucionais - edificando um Estado Democrático de Direito<sup>39</sup>.

A teoria do diálogo entre instituições possui o escopo de enfatizar a função ocupada pela fiscalização constitucional realizada pelos magistrados<sup>40</sup>. A produção do sentido da Constituição é uma tarefa que envolve a colaboração de outros agentes políticos para além do Judiciário. Com a agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes (e de diferentes ciências), a dificuldade contramajoritária seria atenuada, visto que os outros poderes e o próprio povo seriam partícipes na construção do significado constitucional. O diálogo é uma manifestação do equilíbrio entre poderes e a garantia de que os agentes públicos legitimados pelo voto – que precisam periodicamente prestar contas de suas atividades para seus eleitores – respondam às decisões judiciais com as quais eles não concordam. A premissa de que a última palavra se torna relativa está pautada pela possibilidade de os poderes submetidos à *accountability* disporem o espaço político eventualmente ocupado pelo Judiciário<sup>41</sup>.

Daí o motivo para refletir-se acerca do Judiciário como detentor da palavra definitiva, evitando a imobilização e a manutenção de uma situação injustificável ou de um “direito de errar por último”<sup>42</sup>. Se por um lado, há a demanda para que os parlamenta-

<sup>38</sup> Apostas romantizadas em qualquer um dos ramos dos poderes (ou mesmo no “povo”) implicam no esquecimento dos problemas que podem assolar qualquer uma das instituições em questão (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 2, nº 3, 2015, p. 164).

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 164-165.

<sup>40</sup> A teoria nasceu no Canadá, tendo como pano de fundo a relação entre Poderes Legislativo e Judiciário enquanto intérpretes da Constituição e dos direitos fundamentais (HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 105).

<sup>41</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, *op. cit.*, 2015, p. 197.

<sup>42</sup> “Errar por último” da forma como relata Robert M. O’Neil citando o Chief Justice Charles Evans Hughes da Suprema Corte Americana: “Não somos a instância final em razão da infalibilidade; ao contrário, somos infalíveis em razão de sermos a última instância” (O’NEIL, Robert M. apud VERONESE, Alexandre et al. Vida de

res observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, por outro, os juízes devem responder aos conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica e democrática<sup>43</sup>.

O equilíbrio entre poderes é necessário igualmente na definição do que seria um devido processo legal, na seara judicial ou na seara administrativa. Nos Estados Unidos, por exemplo, discutem-se quais parâmetros de autocontenção do Poder Judiciário devem ser adotados perante regulamentos administrativos procedimentais. Há quem defenda que os tribunais devam dar deferência aos julgamentos e procedimentos de agências reguladoras e órgãos administrativos em questões de devido processo legal, exceto nos casos de arbitrariedades. Isso porque tais agências e órgãos estão posicionados melhor para prescrever determinadas normas procedimentais do que os tribunais<sup>44</sup>. Por outro lado, há quem acredite que a independência do Poder Judiciário não deveria ser desafiada, devendo as cortes, dentro de suas próprias interpretações constitucionais, fazer uma interpretação restritiva do devido processo legal nos procedimentos administrativos. Dentro dessa vertente, seria desejável que o Judiciário deixasse a maioria das escolhas procedimentais aos ramos políticos<sup>45</sup>.

A judicialização da assistência à saúde, portanto, passa a exigir um diálogo intra e extraprocessual entre diversas instituições e atores, sendo que novos desenhos procedimentais são formulados para lidar com a especificidade e complexidade desses problemas.

### 3. CONVENÇÃO PROCESSUAL, LINDB E OS PARÂMETROS PARA DECISÕES JUDICIAIS CONFORME NORMAS DE GESTÃO PÚBLICA

Uma das mais notáveis novidades do Código Processual Civil de 2015 é a previsão de negócios jurídicos processuais atípicos (ou convenções processuais atípicas). Previu-se a possibilidade de alteração do procedimento para ajustá-lo ao direito material discutido na causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Cuida-se de um mecanismo autocompositivo cujo objeto é a flexibilização do procedimento.

---

assessor: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada. **Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar**, v. 7, nº 2, 2017, p. 381).

<sup>43</sup> Em razão da necessidade de segurança jurídica e durabilidade das decisões para questões constitucionais, precisa-se considerar a necessidade da continuidade de amplo diálogo entre os ramos do poder e o povo, mantendo os espaços públicos de deliberação (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, op. cit., p. 202).

<sup>44</sup> VERMEULE, Adrian. **Deference and Due Process**. **Harvard Law Review**, v. 129, 2015, p. 1931.

<sup>45</sup> LEVIN, Ronald M. Administrative Procedure and Judicial Restraint. **Harvard Law Review**, v. 129, p. 338-349, 2016. p. 346.

Os institutos autocompositivos presentes no processo civil (negociação, conciliação e mediação) são meios capazes de tratar e resolver conflitos pela pacificação social, aproximando as partes e afastando o modo tradicional de pensar jurídico-formalista. Não se trata somente de práticas de ganhar ou perder demandas judiciais<sup>46</sup>. Ao se ampliar os meios autocompositivos de negociação, conciliação e mediação, políticas públicas de harmonização entre poderes de estado tornam os cidadãos mais preparados para enfrentarem a complexidade dos conflitos da sociedade moderna<sup>47</sup>.

Seguindo essa tendência de meios autocompositivos, estabeleceu-se, no art. 190 do CPC/2015, o modelo da flexibilização voluntária do procedimento (cláusula geral de negócio jurídico processual)<sup>48</sup>, possibilitando o ajuste do rito às peculiaridades da causa.<sup>49</sup>

Inspirado no contratualismo processual, o dispositivo permite uma adequação do instrumento estatal de solução de litígios aos interesses das partes e ao direito material que os consubstanciam. De acordo com a norma, a alteração procedimental só pode ser realizada quando a causa versar sobre direitos que admitam autocomposição e as partes forem plenamente capazes. A modificação deve ser realizada mediante consenso das partes<sup>50</sup>. A flexibilidade procedimental das convenções processuais é medida para aprimorar o direito processual brasileiro.

As regras de forma devem ser moldadas judicialmente quando sua utilização inviabiliza os fins do processo. Regras procedimentais não são um fim em si mesmas. A segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo e não pela rigidez do procedimento. Isso porque a flexibilização pode se dar com plena participação e ciência das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e tampouco pré-estabelecidas<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> RIBAS, Lídia Maria; COSTA, Thaise Graziottin<sup>o</sup> Inovação na Jurisdição Estatal: de Contenciosa para uma Jurisdição Singular, Compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. **Conpedi Law Review**, v. 3, nº 1, 2017. p. 210-211.

<sup>47</sup> RIBAS, Lídia Maria; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os conflitos nas sociedades brasileira e portuguesa do Século XXI. **THEMIS: Revista da Faculdade de Direito da UNL**, 2015, p. 18-19.

<sup>48</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 82, 2016, p. 177.

<sup>49</sup> Conforme o art. 190 do Código de Processo Civil de 2015: "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade". (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2018).

<sup>50</sup> DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual**. 19ª. ed. São Paulo: Gen, 2016, p. 448.

<sup>51</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (doutorado em direito processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 246.

O processo deve ser visto como relação jurídica e como instrumento essencial para a democracia. Para isso, o processo deve ser legítimo. O processo deve legitimar-se pela participação das partes, pelo procedimento adequado à tutela dos direitos fundamentais (materiais ou processuais) e ainda produzir uma decisão legítima<sup>52</sup>. Nesse sentido, as convenções processuais podem servir como instrumento de diálogo entre instituições, moldando o procedimento ao direito fundamental de caráter social discutido nos autos.

Em relação à Fazenda Pública, para retirar qualquer dúvida a respeito da possibilidade de autocomposição, o art. 26 da LINDB (incluído pela Lei n. 13.655/2018) permitiu a celebração de acordos pelo Poder Público para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público” e “presentes razões de relevante interesse geral”, relativizando o princípio da indisponibilidade do interesse público<sup>53</sup>.

Por que não utilizar a lei como instrumento de diálogo?

Fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos à tutela especial de certas partes ou do direito material. Fala-se em princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual) para designar a atividade de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa<sup>54</sup>. Nota-se que o procedimento adequado também pode ser obtido por meio do processo legislativo democrático.

A utilização da lei, no entanto, pode não fornecer o efeito de adaptabilidade necessária e causar distorções que só possam ser corrigidas por novo processo legislativo, geralmente mais rígido e moroso que os acordos processuais. A lei, por sua natureza, não possui a mesma flexibilidade procedimental das convenções processuais. Outra questão diz respeito ao pacto federativo, não havendo segurança jurídica para os Estados-membros legislarem sobre matéria procedimental em razão de um histórico do

<sup>52</sup> Dentro do estado constitucional, o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material reforça a ideia de acesso à justiça – vinculando o procedimento à proteção dos direitos humanos fundamentais. O procedimento, quando adequado aos valores fundamentais cuja tutela é buscada no processo, integra o processo na dimensão do estado constitucional. Rejeita-se, portanto, a neutralidade do procedimento da mesma forma que se rejeita a neutralidade do processo como mera relação jurídica. (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, n. 347, set./2006, p. 280).

<sup>53</sup> Segundo Sérgio Guerra e Juliana de Palma: “A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica” (GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB-Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, p. 135-169, 2018. p. 140).

<sup>54</sup> GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB-Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, p. 135-169, 2018, p. 154.

Supremo Tribunal Federal de privilegiar a União nos conflitos de matérias de legislação concorrente<sup>55</sup>.

Há quem defenda que todas as normas procedimentais editadas pela União após 1988 que ultrapassam os limites da generalidade, excedendo a disciplina dos sujeitos, objeto ou forma mínima do rito, ou disciplinando por inteiro a maneira de ser praticado o ato processual não são gerais, e, como tais, inconstitucionais<sup>56</sup>.

Além das questões citadas, a adequação promovida pelas convenções processuais pode ser mais vantajosa em razão do maior debate entre as instituições envolvidas e diretamente interessadas: Poder Judiciário, órgãos de advocacia pública, secretarias, Ministério Público, Defensoria Pública etc. Reconhece-se, no entanto, que há limites que somente a lei poderia transpor, sendo vedado aos acordos processuais como: previsão de hipóteses recursais, prazos recursais, dispensas de remessa necessária, dispensa de oitiva de Ministério Público em casos que a lei prevê que são obrigatórias etc. Há ainda doutrina que delinea limites das convenções processuais conforme o conteúdo dos direitos fundamentais discutidos<sup>57</sup>.

Nessa ideia de procedimento adequado à tutela do direito material, convenções processuais coletivas são formuladas para adequar o processo civil às demandas da saúde. Convenções processuais configuram simultaneamente instrumentos de procedimento adequado às tutelas de direito fundamental à saúde e formas de diálogo entre instituições democráticas.

<sup>55</sup> Em matéria de direito processual, o caso que retrata bem essa posição do Supremo refere-se aos limites do art. 24, X, da CF. Explica Remolo Letteriello: “No habeas Corpus nº 71.713-PB, o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade de um dispositivo da lei paraibana – o art. 59, que definia os crimes de menor potencial ofensivo. Naquele julgamento, concluíram os eminentes Ministros que os Estados estavam impedidos de legislar sobre ‘processo penal’ e ‘competência dos juizados especiais’. Algum tempo depois, em fevereiro de 1996, quando já vigorava a Lei 9.099, o mesmo Supremo, apreciando o Habeas Corpus nº 72.930, de Mato Grosso do Sul, reconheceu a inconstitucionalidade de vinte e seis artigos da nossa lei” (LETTERIELLO, Rêmol. Mato Grosso do Sul: onde nasceram os juizados especiais. Tribunal de Justiça. Poder Judiciário. Mato Grosso do Sul. 2005, p. 3. Disponível em: <[http://tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR\\_20050607181401.pdf](http://tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181401.pdf)> Acesso em: 13 mar. 2019.).

<sup>56</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, op. cit., p. 245. Seguindo uma linha de raciocínio parecida, há quem defenda que são inconstitucionais os limites impostos de remessa necessária do § 3 do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015 por violarem o pacto federativo (MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 3, 2018, p. 157-162).

<sup>57</sup> Luiz Filipe de Araújo Ribeiro defende, por exemplo, que negócios processuais devem passar pelo filtro interpretativo dos direitos fundamentais. Propõe a análise dos limites por meio de um método composto de três fases: na primeira, analisa-se o objeto tutelado pelo direito fundamental; na segunda, analisa-se a intervenção estatal; por fim, analisa-se a possibilidade de justificação da intervenção em face da aplicação de um limite constitucional (RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. Dissertação (mestrado em direito constitucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017, p. 98).



### 3.1. Os acordos processuais coletivos ou protocolos institucionais

Na seara dos acordos processuais coletivos, há aqueles destinados a disciplinar o procedimento civil e aqueles voltados à administração judicial. No caso das convenções destinadas a regulamentar o procedimento civil, os acordos funcionam como um instrumento de gestão coletiva dos processos. No segundo caso, trata-se de um instrumento de política pública da justiça.

Os acordos coletivos de procedimento civil são celebrados entre o Poder Judiciário, Poder Executivo, Ministério Público, advogados públicos e privados ou peritos, buscando suprir lacunas ou dificuldades hermenêuticas encontradas na lei quanto a regras procedimentais. Esses acordos aproximam a lei da realidade e, ao permitir a participação social na composição do procedimento judicial, legitimam a atuação do juiz. Já os acordos coletivos de administração judicial voltam-se a finalidades tais como garantir o controle de gastos e de prazos judiciais; organizar a comunicação eletrônica processual e, até mesmo, no âmbito penal; e organizar a prevenção e a luta contra a delinquência<sup>58</sup>.

Resalta-se que convenções coletivas processuais também podem ser chamadas de protocolos institucionais. Elas podem servir como importante instrumento de exercício da consensualidade em sede processual, superando dificuldades práticas e operacionais em prol de uma gestão processual coletiva mais eficiente. Observado o regime jurídico distinto a que se submetem os entes públicos na negociação processual, as possibilidades de sua utilização são variadas<sup>59</sup>. Há a possibilidade inclusive de se elaborar protocolos acerca de fornecimento de determinados medicamentos<sup>60</sup>.

Existe a possibilidade de celebração, pelo Estado, de inúmeras convenções processuais atípicas, com o escopo de atingir várias relações jurídicas processuais e pré-processuais entre os administrados e a Administração Pública. A convenção processual coletiva mais famosa, no âmbito dos estados, é a instalação de núcleos de assistência técnica da saúde em todos os processos judiciais que versam sobre demandas de saúde (NATjus)<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Tese (doutorado em direito público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 146.

<sup>59</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Tese (doutorado em direito público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 387.

<sup>60</sup> Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros: "Imagine-se, por exemplo, que o Poder Público, por sua unidade integrada ao Sistema Único de Saúde, passe a fornecer um determinado medicamento X, antes por ele não disponibilizado. Inúmeros processos que se refram àquela temática (fornecimento do medicamento X) poderão estar em tramitação no momento em que o ente público passe a fornecer o fármaco. Em diversos deles, poderá haver a cumulação do pedido de obtenção do medicamento com o pedido de danos morais, este não reconhecido pelo ente público" (Ibid., p. 385).

<sup>61</sup> Esses núcleos possuem por finalidade assessorar o Poder Judiciário com informações técnicas nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações, cirurgias e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS). Usualmente, os núcleos manifestam-se nas demandas de prestações de

Há casos de convenções específicas em relação a determinados tratamentos. Nesse sentido, ressaltam-se casos de convenções processuais na área da saúde em âmbito pré-processual ou pós-processual, sem a interferência do Poder Judiciário – que poderá, no entanto, fazer o controle de validade da convenção. Pode-se estipular prazos, procedimentos administrativos e atribuições institucionais para cumprimento de decisões de determinado tratamento cirúrgico por meio de termo de cooperação técnica entre Secretaria do Estado de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde, Defensoria Pública, Ministério Público<sup>62</sup>.

Essas convenções (NATs e específicas) configuram uma primeira fase dos diálogos entre as instituições em matéria de saúde pública. Nota-se ainda que as deliberações dos NATs seguem determinados padrões de uniformização. Alguns elementos utilizados por esses núcleos em suas deliberações foram posteriormente aceitos pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1657156/RJ (precedente vinculante) como, por exemplo, o registro na ANVISA e a preferência de fornecimento de medicamentos já oferecidos pelo SUS.

Há a necessidade, no entanto, de avançar nos diálogos e aprimorar as convenções processuais entre os poderes da república em matéria de saúde. Isso porque o sistema processual ainda é insuficiente e inadequado para dar respostas mínimas aos problemas de judicialização da saúde.

Um desafio proposto aqui é utilizar convenções processuais na área da saúde pública como forma de aproximar o direito processual do direito administrativo. Deve-se colocar o magistrado mais próximo do gestor público em uma relação de diálogo e equilíbrio e não em uma relação de poder, em que um se sobrepõe ao outro. Deve-se

---

saúde em face do Sistema Único de Saúde (SUS), fornecendo elementos técnicos aos juízes no momento da decisão. A composição do NAT e suas normas de financiamento e operação geralmente são estipuladas por meio de convênios entre Poder Judiciário e Poder Executivo de um ou mais entes federativos (estados, municípios e União). Nota-se que o regulamento do NATjus geralmente abrange todas as ações ajuizadas contra o SUS, sem distinção. No âmbito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por exemplo, as atividades do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) são regulamentadas pela Portaria nº 881, de 12 de fevereiro de 2016. Segundo o art. 3º de tal portaria normativa, é atribuição do NAT manifestar-se previamente em todas as ações judiciais cujas pretensões pleiteadas sejam prestações de saúde em face do Sistema Único de Saúde (SUS). Ressalta-se que análise feita por tal núcleo é meramente documental, sem qualquer contato direto com o paciente (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Portaria nº 881 de 12 de fevereiro de 2016. Aprova o Regulamento Interno do Núcleo de Apoio Técnico – NAT. Disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/\\_estaticos/\\_nat/Portaria\\_NAT.pdf](https://www.tjms.jus.br/_estaticos/_nat/Portaria_NAT.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2019).

<sup>62</sup> Um exemplo é o Termo de cooperação técnica nº 01/2017-MPF/PR/MS/GABPRDC realizado no Mato Grosso do Sul, em que a Secretaria do Estado de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde de Campo Grande/MS, Hospital Universitário da UFMS, Defensorias Públicas da União e do Estado, Ministérios Públicos Estadual e Federal estipularam várias cláusulas acerca da realização de cirurgias ortopédicas em cumprimento de decisões liminares (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Termo de cooperação técnica n. 01/2017-MPF/PR/MS/GABPRDC. Estipula cláusulas para execução de cirurgias ortopédicas em cumprimento de decisões judiciais. Convenção processual disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/\\_estaticos/\\_nat/termo\\_cooperacao\\_tecnica\\_mpf.pdf](https://www.tjms.jus.br/_estaticos/_nat/termo_cooperacao_tecnica_mpf.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2019).

efetivar o art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro, que exige a consideração dos obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas nas decisões judiciais e administrativas.

Tal tentativa não pode ser interpretada como um salvo-conduto para que os negócios processuais coletivos possam ocorrer sem qualquer espécie de controle judicial. Ao contrário, destaca-se a essencialidade do papel do Estado-juiz na função de controle dos pressupostos de existência, validade das convenções processuais nos casos concretos, de modo a evitar a violação dos direitos fundamentais. Para tanto, adverte-se que a intervenção estatal na área de proteção sempre deverá ter a respectiva justificativa constitucional devidamente fundamentada<sup>63</sup>.

Antes de se propor novos parâmetros para as convenções processuais, os limites estipulados pela doutrina ao conteúdo de tais acordos devem ser avaliados. Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>64</sup>:

*Na celebração de protocolos institucionais, ao menos três pontos devem ser especialmente observados: a) o acordo não pode ocasionar prejuízo a terceiro ou lhe impor ônus ou dever não decorrentes de lei (limite, aliás, aplicável a qualquer convenção processual, envolva ou não o Poder Público); b) o protocolo institucional não pode prejudicar o adequado desenvolvimento do serviço jurisdicional ou prejudicar o interesse público, devendo ser particularmente sopesadas as suas vantagens e desvantagens quando acarretarem acréscimo de gastos públicos; c) a convenção coletiva em questão não pode violar a independência funcional dos magistrados.*

Nota-se que, de maneira direta ou indireta, todos os requisitos dos protocolos institucionais estão relacionados com defesa dos seguintes preceitos: direito material do administrado; a garantia de acesso à justiça e do devido processo legal; e o poder geral de cautela do magistrado. Pode-se dizer que as convenções processuais não podem afetar os poderes e deveres do juiz<sup>65</sup> nem violar as garantias constitucionais do processo<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. Dissertação (mestrado em direito constitucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017, p. 98.

<sup>64</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Op. cit. p. 386.

<sup>65</sup> Nesse sentido, enunciado ENFAM nº 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de **amicus curiae**; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

<sup>66</sup> É o conteúdo do Enunciado ENFAM nº 37: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação”.

### 3.2. Algumas propostas: acordos processuais coletivos ou protocolos institucionais na seara da gestão pública orçamentária

Considerando os inúmeros problemas de gestão pública causados pela judicialização da saúde, alguns novos modelos de convenções processuais podem ser pensados. Listam-se alguns:

- a) *Estabelecimento de parâmetros judiciais orçamentários nos casos de decisões que versem sobre medicamentos de alto custo e cirurgias, com prazos, procedimentos e obrigações recíprocas entre instituições, inclusive o Poder Judiciário;*
- b) *Possibilidade de os bloqueios judiciais afetarem somente um fundo específico baseado no valor global de bloqueios judiciais no exercício financeiro anterior, evitando que se prejudique o planejamento e execução de outras políticas públicas;*
- c) *Criação de NAT de natureza contábil para analisar orçamentos médicos nos casos de cumprimento de decisões judiciais por entidades privadas. Na prática, haveria um faturista de orçamentos médicos apresentados em processos judiciais, podendo haver convênios para treinamento de servidores para tanto. Há o dever de economia por parte de todos os poderes da república, seja na execução por via administrativa ou judicial;*
- d) *Previsão de suspensão ou extinção coletiva de ações judiciais que tratem sobre casos de fornecimento de medicamentos, tratamentos e cirurgias posteriormente disponibilizadas e regularizadas pelo poder público;*
- e) *Dever judicial de respeito a contratos administrativos feitos pelo poder público com hospitais e associações médicas em detrimento de clínicas particulares não contratadas para os mesmos tratamentos; e*
- f) *Portais da transparência (sítios eletrônicos) com filas de pacientes que aguardam por procedimentos cirúrgicos, valores de bloqueios judiciais, tratamentos e medicamentos não registrados pela ANVISA, valores empregados, empresas beneficiárias, juízo responsável pela decisão, médicos responsáveis pela receita médica etc.*

A convenção processual coletiva deve ter um alto grau de persuasão técnica sem que isso interfira no poder geral de cautela do magistrado. O magistrado, no entanto, deverá fundamentar o motivo pelo qual a convenção processual não se aplica ao

caso (dever de motivação). Caso não se concorde com as razões invocadas pelo magistrado para afastar a convenção, poder-se-á interpor recursos com base na violação do acordo processual.

Em relação ao estabelecimento de prazos mínimos por convenções processuais, Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>67</sup> cita a problemática:

*Sob essa última perspectiva é que remanesce dúvida, por exemplo, acerca da possibilidade de celebração de protocolo institucional que objetive estabelecer prazos mínimos para o cumprimento de obrigações de fazer pelos entes públicos, a depender da matéria e do número de litisconsortes existentes em cada processo (evitando-se, assim, as decisões judiciais que determinam o cumprimento imediato da obrigação ou que estipulam prazo desarrazoado para tal atendimento). Muito embora haja uma grande vantagem no estabelecimento de tais prazos, especialmente no que diz respeito ao resguardo da segurança jurídica e da previsibilidade no cumprimento de decisões judiciais, pode-se contrapor a esse argumento o de que um protocolo institucional dessa natureza violaria a independência funcional dos juízes.*

Nota-se que a violação da independência funcional dos juízes a que a autora se refere diz respeito à tutela do direito material, ao acesso à justiça e ao poder geral de cautela do magistrado. Uma questão deve ser ressaltada em relação ao estabelecimento de parâmetros judiciais orçamentários e o estabelecimento de prazos: como todo procedimento administrativo, há sempre um determinado grau de burocracia. Não podem os trâmites burocráticos se sobreporem ao direito fundamental à saúde dos administrados, mas igualmente não é toda prestação material de direito à saúde tão urgente que não possa aguardar os trâmites. O que irá determinar, na prática, a natureza de urgência do provimento é o grau de risco envolvido. Enquanto uma cirurgia de caráter eletivo (cirurgia ortopédica ou de caráter estético, por exemplo) pode oferecer um risco menor no decorrer do tempo, a espera por vaga em UTI não comporta maiores dilatações temporais em matéria de procedimento<sup>68</sup>.

Partindo de tais premissas, não aparenta ser desproporcional a instituição de prazos e parâmetros orçamentários para decisões judiciais por meio de protocolos

<sup>67</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público, op. cit., p. 386.

<sup>68</sup> Sobre os direitos dos administrados quando da interpretação das convenções processuais coletivas, pode-se invocar o art. 22 da LINDB conforme o entendimento de Eduardo Jordão. O autor debruça-se sobre o conflito entre os direitos dos administrados e as dificuldades reais do gestor público: "Pense-se na judicialização da saúde: num contexto real de finitude orçamentária, conceder determinado tratamento médico excessivamente custoso a um cidadão implicará necessariamente o desfalque orçamentário que prejudicará o atendimento a outros direitos de outros cidadãos. Dito de outro modo, haverá quase sempre direitos em conflito – e esta pode, inclusive, ser a 'dificuldade real' enfrentada pelo gestor público no caso concreto. Neste contexto, supor que a lei tenha determinado aprioristicamente que 'direitos não podem ser afetados', independentemente das circunstâncias do caso concreto, simplesmente não é realista, nem é razoável". (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro, op. cit., p. 82).

institucionais. Em relação aos limites dos protocolos institucionais, não se vislumbra quaisquer vícios nas propostas de convenções processuais expostas no início da subseção.

Protocolos institucionais sobre normas orçamentárias e gestão pública impõem ônus ou deveres já previstos na Constituição e em normas infraconstitucionais. No tocante ao devido processo legal (art. 5º, LV e LIV, da Constituição; e art. 190 do CPC/2015), as convenções processuais buscam apenas efetivar o direito material a uma política pública efetiva para o maior número possível de usuários conforme um procedimento adequado à tutela do direito fundamental à saúde.

Em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais que regem e organizam o SUS, os acordos podem servir para efetivar tais normas (arts. 196 e seguintes da Constituição; e Lei n. 8080/90). As normas de gestão orçamentária, por sua vez, estão previstas nos arts. 163 e seguintes da Constituição Federal e nas leis federais n. 4.320/64 (Lei de Normas Gerais de Direito Financeiro) e complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Convenções processuais coletivas sobre normas de gestão orçamentária atendem ao interesse público e auxiliam o adequado desenvolvimento do serviço jurisdicional. Ao prever normas de transparência, responsabilidade fiscal e economicidade à atividade do juiz, a gestão pública pode se articular melhor – inclusive o orçamento das políticas sociais torna-se mais republicano e distribuído de forma mais igualitária entre os administrados. Os custos operacionais seriam, em tese, menores que os benefícios gerados pelos onerosos bloqueios judiciais sem critérios objetivos.

No que diz respeito ao poder geral de cautela do magistrado e o devido processo legal (alguns dos fundamentos da independência funcional), os protocolos buscam efetivar os artigos 20 e 22 da LINDB, que já fixam parâmetros e diretrizes para magistrados quando do julgamento de atos e omissões do poder público em suas políticas econômicas e sociais.

Em relação ao artigo 20 da LINDB (segurança jurídica, transparência e concretude nas decisões judiciais), a decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação de valores indissociável do universo fático existente. Isso implica no dever judicial de observar os impactos concretos de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento principal de decidir. Sob determinado aspecto, a determinação do art. 20 é apenas uma especificação da regra já contida no art. 5º da mesma LINDB, que prevê que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas, op. cit., p. 23-27.

O artigo 22 da LINDB (reconhecimento judicial das dificuldades do gestor público), por sua vez, objetiva combater a idealização excessiva dos fatos. A respeito da natureza das dificuldades de gestão que devem ser consideradas pelo magistrado, têm-se citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Tais circunstâncias, evidentemente, podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são exemplos de dificuldades frequentes que a administração pública encontra em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras<sup>70</sup>.

A questão da transparência da atuação do judiciário nas demandas de saúde merece um tópico à parte. Como todas as normas administrativas e orçamentárias, a utilização de verbas públicas por meio de decisões judiciais necessita maior transparência, não sendo o caráter de publicidade das decisões judiciais suficiente para suprir tal lacuna.

### 3.3. Transparência e accountability<sup>71</sup> de verbas públicas utilizadas nas demandas judiciais contra o SUS

Transparência administrativa não se confunde com publicidade de atos administrativos e processuais. Embora aquela dependa desta, a publicidade foca-se na disponibilidade pública das informações e atos, enquanto a transparência diz respeito ao direito do cidadão de receber informações de forma clara e compreensível. Nas palavras de Têmis Limberger: “Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair”<sup>72</sup>.

A publicidade na administração pública brasileira está estabelecida como princípio no *caput* do artigo 37 da CF/88. A publicidade de atos judiciais advém do art. 5º, LX, da Constituição, que determina: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. As duas normas, no entanto, possuem o mesmo fundamento e devem ser lidas de forma conjunta.

Em relação à natureza dos interesses tutelados, o princípio da publicidade dos atos processuais atende não só ao interesse das partes (administrador/administrado

<sup>70</sup> JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro, op. cit., p. 76.

<sup>71</sup> O conceito, cuja palavra não foi traduzida para a língua portuguesa, remete ao princípio de que indivíduos e organizações são responsáveis por seus atos e devem prestar contas dos mesmos (CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. Orçamento por Desempenho: Brasil x EUA – análise qualitativa comparada dos modelos de avaliação dos programas governamentais. REGE. **Revista de Gestão USP**, 2010, p. 15).

<sup>72</sup> LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 244, 2007, p. 262.

ou autor/réu), mas igualmente ao interesse público. A existência do princípio da publicidade processual é baseada na necessidade de controle do processo pelas partes e pela opinião pública. O preceito possui o escopo de proteger as partes de abusos, arbítrios e prepotências dos agentes do Estado. Tal princípio protege igualmente o juiz, ao permitir que a sociedade tenha uma exata noção de sua atuação e, por fim, tutela a coletividade, ao permitir o controle dos atos processuais e sua consonância com os objetivos constitucionais. A publicidade dos atos processuais e a publicidade da atuação da administração pública estão mais voltadas a estabelecer a exigência constitucional de que os poderes públicos socializem informações sobre suas atuações<sup>73</sup>.

A transparência, como princípio da gestão fiscal responsável, pressupõe a publicidade e a compreensibilidade das informações. Nota-se que o princípio da transparência é mais amplo que o da publicidade, visto que a mera divulgação de informações sem tornar o conteúdo compreensível para a sociedade não é transparência, assim como a ausência de informação compreensível sem a necessária divulgação também não é transparência. A transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, aparece como um instrumento para que a sociedade possa tomar conhecimento das contas e ações governamentais<sup>74</sup>. A interdependência entre transparência e efetividade dos direitos humanos fundamentais possui reconhecimento internacional, daí o motivo de constar expressamente da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável da ONU<sup>75</sup>.

Daí o motivo pelo qual faz-se tão necessário um portal da transparência no âmbito da judicialização da saúde, com filas de pacientes que aguardam por procedimentos cirúrgicos, bloqueios judiciais, tratamentos e medicamentos não registrados pela ANVISA, valores empregados, empresas beneficiárias, juízo responsável pela decisão, médicos responsáveis pela receita médica etc.

A população, composta por usuários do Sistema do Sistema Único de Saúde, deve conhecer, opinar e participar do processo de argumentação utilizado pelo juiz, emitindo juízo de valor sobre a destinação das verbas públicas destinadas aos serviços de saúde. Toda vez que um juiz determina o fornecimento ou um tratamento experimental, ou não registrado na ANVISA; ou substitui um medicamento fornecido pelo

<sup>73</sup> COPETTI, André. Comentário ao artigo 5º, LX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 835.

<sup>74</sup> PLATT NETO, Orion Augusto et al. Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 1, 2009, p. 80.

<sup>75</sup> Destaca-se que o objetivo 16.10 da Agenda 2030 é: “Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais”. A importância da relação integral entre o acesso público à informação e o respeito pelos direitos fundamentais não deve ser subestimada. Ambos são princípios que se reforçam mutuamente e foram combinados em um único objetivo unificado nos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) por boas razões (ORME, Bill. De la regulación a la implementación: políticas de acceso a la información en acción. **Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información**, v. 8, 2017, p. 16-17).



SUS sem sua comprovação de ineficácia, ele deixa de aplicar normas de caráter sanitário e orçamentário.

Quando afirma que a lei é inadequada para a efetivação de um direito fundamental, o magistrado deve argumentar que a lei interfere sobre o bem jurídico que foi excluído da sua esfera de proteção. Deve o órgão julgador demonstrar, por meio de adequada argumentação, que a lei colide com o direito fundamental e não simplesmente opor o direito fundamental à lei de forma abstrata. Ao afastar uma lei para efetivar um direito fundamental, configura-se uma oposição entre uma argumentação jurisdicional em favor da sociedade e a decisão tomada pelos representantes eleitos pelo povo<sup>76</sup>.

O fato de haver uma infinidade de decisões judiciais públicas sobre assistência à saúde diariamente não significa a existência de transparência. Mesmo podendo acessar grande parte dos processos judiciais, o cidadão comum não consegue saber com clareza como estão sendo efetuados os gastos da judicialização da saúde pública de maneira singular por paciente e global por hospital, empresa farmacêutica, procedimento etc. A sociedade, como beneficiária do SUS, deve possuir acesso a tais informações de forma clara e compreensível.

O Poder Judiciário, além de utilizar critérios técnicos quando da formação da argumentação jurisdicional na área da saúde em cada decisão judicial, deve informar a sociedade e viabilizar sua participação. A judicialização da saúde interfere na gestão de políticas públicas, devendo-se dar publicidade e transparência para as decisões e impactos de forma detalhada e igualmente global. De tal forma, as decisões judiciais passam a ter um maior grau de legitimidade.

As decisões judiciais na área da saúde pública devem ter maior grau de *accountability*, possibilitando uma melhor auditoria dos bloqueios judiciais, facilitando investigações criminais de atos de corrupção, auxiliando a possibilidade de ações de reparação de danos por parte do poder público e permitindo a restituição de valores por parte de planos de saúde privados.<sup>77</sup> Um portal da transparência de dados de judi-

<sup>76</sup> Segundo Marinoni, a argumentação judicial “[...] deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito fundamental”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, n. 347, set./2006, p. 304).

<sup>77</sup> O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 597064, julgou constitucional a cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98, ostentando natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária). O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias. Segundo tal norma: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS”.

cialização do SUS abre a possibilidade de mapear as deficiências na oferta de serviços de saúde conforme o índice de judicialização em cada região inclusive.

Conquanto a transparência seja um conceito inerente à responsabilização, não se pode entender a lista transparente de bloqueios como violação à independência funcional do magistrado por vários motivos: as verbas bloqueadas do SUS são do erário e assumem regime próprio de transparência; as decisões do judiciário são públicas por natureza; não existe, no Brasil, responsabilização dos juízes pelo conteúdo decisório, mas apenas por infração dos deveres funcionais; e todo poder emana do povo, devendo os atos do poder judiciário passarem pelo crivo democrático.

Não há responsabilização por decisão contramajoritária no Brasil, visto que feriria a independência do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o acesso à justiça. Discute-se a responsabilização por conteúdo decisório ou *decisional accountability*<sup>78</sup> nos Estados Unidos da América, mas deve-se considerar que os magistrados estadunidenses são majoritariamente investidos no cargo por meio de eleições. Isso implica que juízes podem não permanecer nos cargos se seus eleitores não estiverem convencidos da justiça de suas decisões judiciais<sup>79</sup>.

A *accountability* na judicialização da saúde deve abranger aqueles que são intermediários e beneficiários diretos e indiretos das decisões judiciais, considerando os elementos da transparência, da prestação de contas e da responsabilização na gestão das verbas públicas. São intermediários e beneficiários: pacientes, gestores, agentes públicos, empresas de medicamentos, agentes de saúde etc.

Percebe-se, assim, que os negócios jurídicos processuais com normas de gestão pública orçamentária estariam incompletos se não houvesse instrumentos de transparência hábeis para dar publicidade aos atos dos poderes e instituições envolvidas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que os problemas práticos da judicialização da saúde não se limitam às complexidades próprias da área da saúde, sendo igualmente graves na área de gestão pública orçamentária. Algo é certo: o processo civil, da forma como é utilizado hoje, é incapaz de dar respostas minimamente adequadas aos problemas da gestão pública da saúde.

Com o escopo de fornecer um procedimento adequado à tutela do direito material, convenções processuais coletivas são formuladas para adequar o processo civil às demandas da saúde mediante a flexibilidade própria desses instrumentos. Convenções

<sup>78</sup> GEYH; Charles Gardner. Rescuing judicial accountability from the realm of political rhetoric. **Case W. Res. L. Rev.**, v. 56, 2005, p. 922-924.

<sup>79</sup> DUBOIS, Philip L. **Accountability, independence, and the selection of state judges: The role of popular judicial elections.** SW LJ, v. 40, 1986, p. 51-52.

processuais configuram simultaneamente instrumentos de procedimento adequado às tutelas de direito fundamental à saúde e às formas de diálogo entre instituições democráticas.

Há a necessidade, no entanto, de avançar nos diálogos e aprimorar as convenções processuais entre os poderes da república em matéria de saúde. Isso porque as convenções processuais coletivas existentes, em sua maioria, focam apenas em critérios técnicos da área da saúde, havendo a necessidade de previsão de critérios de gestão pública orçamentária.

Ressalta-se que o foco dos diálogos institucionais não é as instituições, mas a coletividade, que possui o direito a um sistema único de saúde funcional, eficiente e sustentável. A intenção é democratizar e aprimorar o debate de determinadas questões postas em frente ao Poder Judiciário.

O acesso à justiça é uma garantia constitucional contra a síndrome da inefetividade dos direitos sociais. Pelo ponto de vista institucional, no entanto, uma melhor organização da judicialização da saúde pública poderia auxiliar o Estado a regularizar o fornecimento de medicamentos que eram para ser fornecidos pelo SUS e, no entanto, não o foram (embora constantes no planejamento). De uma forma ou de outra, a regularização em tais casos poderia diminuir o número de ações de saúde posteriores que o Judiciário teria que julgar por falha de execução da política pública.

Um desafio proposto aqui é utilizar convenções processuais na área da saúde pública como forma de aproximar o direito processual do direito administrativo. Deve-se colocar o magistrado mais próximo do gestor público em uma relação de diálogo e equilíbrio e não uma relação de poder, em que um se sobrepõe ao outro. Considerando os inúmeros problemas de gestão pública causados pela judicialização da saúde, alguns novos modelos de convenções processuais podem ser pensados no contexto atual.

A lista apresentada ao longo do trabalho é meramente exemplificativa. Mesmo que uma ou outra se mostre de difícil aplicação em determinado contexto fático, é preciso insistir em novos procedimentos para as ações que discutam prestações sociais fornecidas pelo poder público.

## 5. REFERÊNCIAS

AVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 83-108, 2018.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Tese (doutorado em direito público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

BRASIL. DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA DO SUS (DATASUS). Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de Abril de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e inclui disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <<https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/571256856/lei-13655-18>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=REPETITIVOS&processo=1657156&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34483 MC, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MANDADO+DE+SEGURANCA+N%BA+34483+MC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4nwhrt5>> Acesso em: 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 405- RJ, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MANDADO+DE+SEGURANCA+N%BA+34483+MC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4nwhrt5>> Acesso em: 13 dez. 2018.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. W.W. Norton & company. Nova Iorque, 1984.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. **Orçamento por Desempenho: Brasil x EUA – análise qualitativa comparada dos modelos de avaliação dos programas governamentais**. REGE. Revista de Gestão USP, v. 17, p. 13-25, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 2, n. 3, p. 183-206, 2015.

COPETTI, André. Comentário ao artigo 5º, LX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 831-836.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual**. 19ª. ed. São Paulo: Gen, 2016.

DUBOIS, Philip L. **Accountability, independence, and the selection of state judges: The role of popular judicial elections.** *SW LJ*, v. 40, 1986.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** Tese (doutorado em direito processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 82, p. 165-186, 2016.

GEYH, Charles Gardner. Rescuing judicial accountability from the realm of political rhetoric. **Case W. Res. L. Rev.**, v. 56, p. 911, 2005.

GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB-Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135-169, 2018.

HECKMAN, James J. The economics of inequality: The value of early childhood education. **American Educator**, v. 35, n. 1, 2011.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. **The University of Chicago Law Review**, v. 51, p. 366, 1984.

LEÃO, André Ladeira da Rocha. Da universalização “judicial” do direito à saúde à uniformização de sua tutela. **Coleção “CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 30 anos 1988 – 2018”**. TJMG. Belo Horizonte, p. 57-77, 2018.

LEITE, Ivan Corrêa; DE OLIVEIRA BASTOS, Paulo Roberto Haidamus. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. **Argumentum**, v. 10, n. 1, p. 102-117, 2018.

LETTERIELLO, Rêmol. **Mato Grosso do Sul: onde nasceram os juizados especiais.** Tribunal de Justiça. Poder Judiciário. Mato Grosso do Sul. 2005. Disponível em: <[http://tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR\\_20050607181401.pdf](http://tjms.jus.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181401.pdf)> Acesso em: 13 mar. 2019.

LEVIN, Ronald M. Administrative Procedure and Judicial Restraint. **Harvard Law Review**, v. 129, p. 338-349, 2016.

LIMBERGER, Têmis. **Transparência administrativa e novas tecnologias**: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 244, p. 248-263, 2007.

MAINGUÉ NETO, Wilson. **Efetivação do Direito à Assistência à Saúde**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, RS: Notadez, n. 347, p. 275-306, set./2006.

MASCARENHAS, Caio Gama. Recorribilidade de imediato das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais da Fazenda Pública: isonomia e interesse público. *Revista dos Juizados Especiais*, v. 19, p. 23-37, 2017.

MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 3, p. 138-171. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Termo de cooperação técnica n. 01/2017-MPF/PR/MS/GABPRDC**. Estipula cláusulas para execução de cirurgias ortopédicas em cumprimento de decisões judiciais. Disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/\\_estaticos/\\_nat/termo\\_cooperacao\\_tecnica\\_mpf.pdf](https://www.tjms.jus.br/_estaticos/_nat/termo_cooperacao_tecnica_mpf.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Portaria nº 881 de 12 de fevereiro de 2016**. Aprova o Regulamento Interno do Núcleo de Apoio Técnico – NAT. Disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/\\_estaticos/\\_nat/Portaria\\_NAT.pdf](https://www.tjms.jus.br/_estaticos/_nat/Portaria_NAT.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2019.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda-2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ORME, Bill. De la regulación a la implementación: políticas de acceso a la información en acción. **Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información**, v. 8, p. 5-24, 2017.

PLATT NETO, Orion Augusto et al. Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 1, p. 75-94, 2009.

RIBAS, Lídia Maria; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os conflitos nas sociedades brasileira e portuguesa do Século XXI. THEMIS: **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, p. 7-21, 2015.

RIBAS, Lídia Maria; COSTA, Thaise Graziottin. Inovação na Jurisdição Estatal: de Contenciosa para uma Jurisdição Singular, Compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. **Conpedi Law Review**, v. 3, n. 1, p. 190-215, 2017.

RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios processuais e seus limites a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. Dissertação (mestrado em direito constitucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 3550-3563.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SHAH, Anwar. A Practitioner's Guide to Intergovernmental Fiscal Transfers. In: SHAH, Anwar; BOADWAY, Robin. **Theory and Practice of Intergovernmental Transfers: principles and practice**. The International Bank for Reconstruction and Development. The World Bank. Washington, DC. 2007.

VERMEULE, Adrian. **Deference and Due Process**. *Harvard Law Review*, v. 129, p. 1890, 2015.

VERONESE, Alexandre et al. Vida de assessor: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada. **Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar**, v. 7, n. 2, p. 365, 2017.

ZEBULUM, José Carlos. Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde?. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 180-206, 2017.





# 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 sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

#### **4. IDIOMAS**

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

#### **5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS**

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

**5.5.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**5.5.8.** Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**5.5.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

**5.5.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**5.5.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**5.5.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

**5.6.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**5.7.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## 6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

**6.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**6.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

**6.1.2.** Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

**6.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**6.1.3.1. Livros:** SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de "p."].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

**6.1.3.3. Artigos em revistas**: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

**6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação**: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

**6.1.4.** Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

**6.1.4.1. Autor**: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

**6.1.4.2. Edição**: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

**6.1.4.3. Ano**: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

**6.1.5.** Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

**6.1.5.1.** Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

**6.1.5.2.** Ausência de editora: substituir por [s.n.].

**6.1.5.3.** Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

**6.2.** As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

**6.2.1.** Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

**6.2.2.** Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

**6.2.3.** Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

**6.2.4.** Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

## 7. REDAÇÃO

**7.1.** Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

**7.2.** No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

**7.3.** As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

## 8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

## 9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

**9.1.** Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

**9.2.** Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

**9.3.** Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

## **10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES**

**10.1.** Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

**10.2.** Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

**10.3.** No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

**10.4.** Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

**10.5.** As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

## **11. CONFLITO DE INTERESSES**

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

**11.1.** É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

**11.2.** Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

**11.3.** Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

**11.4.** Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

**11.5.** Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

**11.6.** Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

**11.7.** No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

**11.8.** Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

**11.9.** Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

## **12. OUTRAS INFORMAÇÕES**

**12.1.** Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

**12.2.** Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

**12.3.** Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

**12.3.1.** Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

**12.3.2.** O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

**12.3.3.** O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.