



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 8 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2021 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 8 | n. 1 | janeiro/abril 2021 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

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

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

Publicação eletrônica de acesso aberto

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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342
CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

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

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

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

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

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

Editores Associados

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

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

Editor-Adjunto

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

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Karl-Franzens-Universität Graz – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edison 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

Anderson Henry Kwan (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

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

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

Sumário

Contents

Editorial

Editorial

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.82739

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria7

Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation

Crêrios para testar novos direitos: protegendo os direitos contra uma proliferação artificial

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.82654

Luísa Netto 11

Las competencias de los ayuntamientos para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico: especial referencia a Catalu a

Municipalities as promoters of photovoltaic self-consumption in the domestic sector: special reference to Catalonia

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.82327

Laura Presicce77

Desintegração jurídica e uma teoria do Estado

Legal Disintegration and a Theory of the State

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.82326

William H. Clune.....107

Interpretative skepticism and constitutional interpretation: a criticism of Brazilian constitutional court decision

Ceticismo interpretativo e interpretação constitucional: uma crítica   decisão da Corte Constitucional brasileira

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.69875

Martha Toribio Le o135

Democracy, fundamental rights and public finance: a constitutionalist criticism of the Steuerle-Roeper Index

Democracia, direitos fundamentais e finanças públicas: uma crítica constitucionalista ao índice Steuerle-Roeper

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.72768

Francisco Mata Machado Tavares161

Direitos humanos, constitucionalismo transnacional e redução das desigualdades raciais: desafios pós-pandemia de Covid-19

Human rights, transnational constitutionalism and racial inequality: post-Covid-19 pandemic challenges

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.74326

Anderson Vichinkeski Teixeira, Fernanda Frizzo Bragato185

A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?

The override of Brazilian Supreme Court's decisions by the National Congress through constitutional amendments: forced dialogue or overlapping monologues?

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.82738

Daniel Wunder Hachem, Eloi Pettechust209

Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle

Anti-conventionality: errors, inconsistencies, and paradoxes of a control instrument without control

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.71780

Lucas Catib de Laurentiis, Felipe Grizotto Ferreira237

A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada

Overruling precedents in the theory of institutional dialogs: analyzing the case of "vaquejada"

DOL: 10.5380/rinc.v8i1.71072

**Shayane do Socorro de Almeida da Paixão, Sandoval Alves da Silva,
Rosalina Moitta Pinto da Costa275**

Instruções para autores

Instructions for authors

..... 303

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82739

Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



DANIEL WUNDER HACHEM ^{1,*}

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)

danielhachem@gmail.com

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

LUZARDO FARIA ^{1,**}

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)

fariacruzardo@hotmail.com

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

Inauguramos o volume 8 da **Revista de Investigações Constitucionais** com este número 1, dando início às publicações do ano de 2021. Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Holanda, Espanha, Estados Unidos e de 5 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Norte: Paraná, Rio Grande do Sul, São Paulo, Goiás e Pará. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 22% redigidos em língua estrangeira, 33% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 88% 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. 8, n. 1, p. 7-9, jan./abr. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82739.

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

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

- Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation

Luísa Netto

Assistant Professor of Law Economics and Government at Utrecht University School of Law (Utrecht, Netherlands)

- Las competencias de los ayuntamientos para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico: especial referencia a Cataluña

Laura Presicce

Profesora de Derecho Administrativo e investigadora del Cedat (Centro de Estudios de Derecho Ambiental Tarragona), de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)

- Desintegração jurídica e uma teoria do Estado

William H. Clune

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (Madison, Estados Unidos)

- Interpretative skepticism and constitutional interpretation: a criticism of Brazilian constitutional court decision

Martha Toribio Leão

Professora de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP, Brasil)

- Democracy, fundamental rights and public finance: a constitutionalist criticism of the Steuerle-Roeper Index

Francisco Mata Machado Tavares

Professor adjunto na Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, 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)

- Direitos humanos, constitucionalismo transnacional e redução das desigualdades raciais: desafios pós-pandemia de Covid-19

Anderson Vichinkeski Teixeira

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

Fernanda Frizzo Bragato

Professora de Direitos Humanos na Graduação e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil).

- A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?

Daniel Wunder Hachem

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

Eloi Rodrigues Barreto Pethechust

Professor da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil).

- Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle

Lucas Catib de Laurentiis

Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas-SP, Brasil)

Felipe Grizotto Ferreira

Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas-SP, Brasil)

- A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada

Shayane do Socorro de Almeida da Paixão

Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil)

Sandoval Alves da Silva

Professor da Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil)

Rosalina Moitta Pinto da Costa

Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil)

Com a permanente expectativa de, com mais essa edição, difundir pesquisas relevantes e críticas sobre a dogmática do Direito Constitucional, desejamos ao nosso público-leitor uma ótima leitura.



Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation

Critérios para testar novos direitos: protegendo os direitos contra uma proliferação artificial

LUÍSA NETTO ^{1,*}

¹ Utrecht University (Utrecht, Netherlands)

lcpnetto@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2379-8188>

Recebido/Received: 18.02.2020 / February 18th, 2020

Aprovado/Approved: 04.12.2020 / December 4th, 2020

Abstract

Human and fundamental rights are powerful legal means to protect and promote human dignity. On the one hand, the recognition of implicit and new rights appears unavoidable and desirable as history and its evolving circumstances permanently present new challenges to human dignity. On the other hand, an artificial proliferation of rights can weaken rights' legal and political worth. The rights system cannot expand limitless, hence criteria to test new rights must be construed in the search of adequate parameters to update the system. These criteria should reveal the presence of substantial fundamentality in rights not explicitly or formally enshrined in the constitutional text. The testing path of new rights is conceived as a discursive process which reinforces the mutual relation between rights and democracy.

Keywords: fundamental and human rights; rights system; new rights; scrutinizing criteria; substantial fundamentality; rights overreach; democracy and rights.

Resumo

Os direitos humanos e fundamentais são poderosos instrumentos jurídicos para proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Por um lado, o reconhecimento de direitos implícitos e novos direitos se mostra inevitável e desejável, uma vez que o evoluir histórico sempre coloca renovados desafios à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, uma proliferação artificial de direitos pode enfraquecer seu valor jurídico e político. O sistema de direitos não pode se expandir de forma ilimitada; é então necessária a construção de critérios para buscar uma adequada parametrização da atualização desse sistema. Esses critérios devem revelar a presença de fundamentabilidade material em direitos que não foram previstos de maneira expressa no texto constitucional. O caminho para testar novos direitos é concebido como um processo discursivo que reforça a relação mútua entre direitos e democracia.

Palavras-chave: direito fundamentais e humanos; sistema de direitos; novos direitos; critérios para testar novos direitos; fundamentabilidade material; proliferação de direitos; democracia e direitos.

Como citar esse artigo/How to cite this article: : NETTO, Luísa. Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 11-75, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82654.

* Assistant Professor of Law Economics and Government at Utrecht University School of Law (Utrecht, Netherlands). Postdoc researcher at Leiden University. Holds a Ph.D in Law from Lisbon University. Email: lcpnetto@gmail.com.

CONTENTS

1. Introduction; 2. The legal system of the constitutional state and the fundamental rights; 3. The fundamental rights system of the constitutional state; 4. The openness of the fundamental rights system – compensatory constitutionalization of rights; 5. Openness and closure of the fundamental rights system – criteria for approaching substantial fundamentality; 6. Closing remarks; 7. References.

1. INTRODUCTION

This paper is built upon the characterization of the fundamental rights system in the constitutional state. In such state – based on the principles of rule of law, democracy and welfare –, human dignity assumes the central role in the legal order. Human dignity is concretized by fundamental rights, which are not confined to a subjective dimension nor to the classical public liberties. Fundamental rights embrace the expansive potentialities of dignity, which constantly faces new necessities and threats. The protection of dignity, hence, requires the permanent updating of the fundamental rights system, imposing its construction as an open system.

The conception of openness developed in the paper cannot be reduced to the existence of explicit open clauses, often present in contemporary constitutions, it identifies a much broader phenomenon. Openness manifests itself in the interpretation and creation of norms through different paths – structural, derived from an implicit principle of openness, and resulting from the interaction between national law and international law –, and counting on various ways of realization. Openness enables to welcome implicit and new rights into the system¹.

The acknowledgment of the open character of the system has multiple consequences to this very system, such as the danger of an artificial recognition of fundamental rights, and to the constitutional system, namely to the separation of powers and constitutional normativity. Openness presents the risk of weakening these systems' normative force.

The paper is an attempt to offer theoretical foundations to the openness of the fundamental rights system. The goal is to preserve the core values and elements of the

¹ The core ideas concerning the open nature of the fundamental rights system were initially developed in my Ph.D thesis (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional*. Curitiba: Íthala, 2016).

The original argumentation is being revisited and enriched during the postdoc research periods at the Amsterdam Centre for International Law, Amsterdam University (ACIL – UvA), and at Leiden University. These postdoc periods were made possible due to institutional support provided by the General State Attorney Office for the state of Minas Gerais, the Catholic University of Minas Gerais, and by the universities of Amsterdam and Leiden, where I was welcomed by Professor Yvonne Donders and Professor Wim Voermans, respectively.

The present paper aims to update and deepen those ideas, putting them into discussion within a broader English-speaking audience. New insights and argumentation regard especially the international law on human rights, the relation between rights and democracy, and the challenges posed by an alleged rights overreach. Relevant literature has also been incorporated.

system and prevent the denaturation of the concept of fundamental rights. The system of fundamental rights cannot expand limitless; openness must be combined with some degree of closure, protecting rights against artificial proliferation.

This is the challenge the paper aims to face; to present and discuss some criteria to identify the substantial fundamentality in rights which are not formally enshrined in constitutional provisions. These criteria should guide the test of new rights which claim compensatory constitutionalization, parametrizing the update of the system.

The paper is organized as follows. The first section offers the underlying conception of the legal system of the constitutional state. The second section provides an overview of the fundamental rights system, exposing its axial elements. The third section presents the understanding of the openness of the fundamental rights system, explaining how the compensatory constitutionalization of new rights can occur. The fourth section delves into the criteria developed to test the substantial fundamentality of new rights. At the end some closing remarks are advanced pointing to possible further research paths.

2. THE LEGAL SYSTEM OF THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS

The possible institutional scenario needed to approach the theme can be drafted departing from the generic concept of a *democratic nation*, suggested by Mark Tushnet²; a state built upon the principles of (i) the rule of law³, (ii) democracy⁴ and (iii)

² TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

³ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 12-13/25; GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 10; ALLAN, T. R. S.. Constitutional rights and the rule of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 132-142.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Cambridge: MIT Press, 1998; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 144-146; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 22 ss; HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 89-90; BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 92 ss; WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; ALEXY, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 330; ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, año V, n. 8, ene./jun., 2000, p. 40; ALEXY, Robert. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law. **Ratio juris**, v. 7, n. 2, jul., 1994, p. 232-235; PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador**. 3.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 203-206; BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española**

social welfare⁵. The power in this state is constrained by a constitution, which is based on the norm of human dignity and offers ground for the entire legal system.

In this legal institutional design, the rule of law asserts the importance of law as limit and guide to state action. Law is democratically established through the political participation of citizens which are necessarily entitled to legal specific precipitations of human dignity, i.e., fundamental rights. These rights are not confined to public liberties or to the classical negative rights but also impose duties on state towards securing minimum conditions of welfare.

The legal system of this democratic or constitutional state (hereafter interchangeably referred) is an ensemble of norms systematically ordered which holds unity and coherence. Frictions between norms which rest upon axiological tensions may occur and should be approached relying on the system's appetite towards coherent unity. Moreover, this ensemble of norms is not complete or closed, but evolutive, what leads to another characteristic: openness. These characteristics sustain the conception of law as a system structured not only on logical or formal deductions, but on substantial and axiological relations among its norms⁶.

Furthermore, the legal system holds a claim to correctness⁷. This claim, using Robert Alexy's construction, exposes the assumption that there is a necessary connection between law and morality⁸. Law ought to be regarded and structured as a pathway to

de Derecho Constitucional, Madrid, ano 20, n. 59, mayo-agosto, 2000, p. 48; MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 227 ss; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 60.

⁵ BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 540-541; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 24.

⁶ The systemic conception of law was develop mostly leaning on the construction of Claus-Wilhelm Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996). To approach a systemic conception of law, contributions of other writers were also welcomed. See, among others BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005; RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. **Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre**. 6. Auf. München: C. H. Beck, 2011, p. 88 ss; GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 71-72; ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. **Rechtstheorie**, 18. Band, 1987, Heft 4, p. 409 ss; MODUGNO, Franco. Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale. In: AZZARITI, Gaetano. **Interpretazione costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 70; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁷ GARDNER, John. How law claims, what law claims. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 29-44.

⁸ On the relation between law and morality, see ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. **Ratio juris**, v. 13, n. 2, jun., 2000, p.138-147; ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio juris**, v. 16, n. 2, jun., 2003, p. 135; ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio juris**, v. 17, n. 2, jun., 2004, p. 159-160/163 ss; ALEXY, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 319-324; KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.).

achieve goals related to correction and justice. Consequently, not every content should be possible within the legal system; its fundamental principles, as well as its rules, must be justifiable by means of rational arguments⁹. The claim to correctness imposes substantial requirements on the legal system. Nonetheless, it does not imply a metaphysical morality, instead, it relies on a universalist morality based on procedural discursive ethics¹⁰.

This conception of law, a systematic set of norms – rules and principles – that holds a claim to correctness, requires procedures to ensure rationality (*“rationalitäts-sichernde Prozedur”*); the claim to correctness leads to a claim to justifiability. What is at stake is the rational grounding and evaluation of axiological choices and decisions. When law is conceived as related to morality, as an open system, legal argumentation becomes essential¹¹.

From another perspective, the constitution is central to this conception of law. The constitution, with its undeniable normative nature, stands on the top of the legal system and congregates the most important decisions on the coexistence of the political community and the state. This paramount legal ensemble has the role of constituting power, not only modifying it. In addition, it ought to guarantee the democratic exercise of political power, marking the procedural and substantial boundaries within which the democratic game can unfold legitimately¹². Constitutional norms compose

Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 12-13; GARDNER, John. How law claims, what law claims. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 29-44; MURPHY, Mark C.. Defect and deviance in natural law jurisprudence. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 54-60; SIECKMANN, Jan-R.. Los derechos fundamentales como principios. In: SIECKMANN, Jan-R.. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales:** estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 38-39; POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 221-229; BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. **Ratio juris**, v. 13, n. 2, jun., 2000, p. 133-137; HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 201 ss.

⁹ ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connexion between law and morality: Bulygin's critique. **Ratio juris**, v. 13, n. 2, jun., 2000, p.138-147; SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 97.

¹⁰ On the claim to correctness, see ALEXY, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 319-322; KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, pp. 5; GARDNER, John. How law claims, what law claims. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason:** the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 29-44.

¹¹ ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. **Rechtstheorie**, 18. Band, 1987, Heft 4, p. 416 ss; ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation:** the theory of rational discourse as theory of legal justification. Oxford University Press, 2010.

¹² See, among others, HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 2 ss; GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p. 27 ss; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta,

a system which combines impositions, prohibitions and permissions concerning the state powers¹³.

The constitution is a key legal element in the social plurality of the democratic state. Still departing from a monistic legitimacy foundation, through the affirmation of the democratic principle combined with popular sovereignty, the constitution appears as the central and paramount normative element that guarantees state unity and drives political processes. The constitution becomes a “*concrete-historical order of secularized and pluralist political societies*”, an essential element in the face of the growing axiological cleavages which inform the constitutional consent and are present in the constitutional practice¹⁴.

In addition, fundamental rights understood as principles have a substantial impact on the conception of the constitution¹⁵. Within the legal system of the democratic

2008, p. 39 ss; GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**, p. 48-49; ALEX, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft. Rechtstheorie*, 18. Band, 1987, Heft 4, p. 405.

¹³ ALEX, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010; ALEX, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 343. See also JESTAEDT, Matthias. The doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 167-169; KUMM, Matthias. Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 209 ss; KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 16; POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 218-247; SIECKMANN, Jan-R.. Los derechos fundamentales como principios. In: SIECKMANN, Jan-R.. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 27-50; PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador**. 3.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 883 p; POSCHER, Ralf. Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, Jan-R.. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 71-92.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 12-13/37-39/114 ss/151 ss; SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 122-124.

¹⁵ The expression chosen to refer these rights in this paper is “*fundamental rights*” as it is at the moment, to a certain extent, an *acquis* in many domestic traditions and constitutions, such as in the Portuguese speaking countries (“*direitos fundamentais*”), in many Spanish speaking countries (“*derechos fundamentales*”), in Italy (“*diritti fondamentali*”) and even in France, the crib of public liberties (“*droits fondamentaux*”). In the German scenario, the expression commonly found is “*Grundrechte*” which would possibly lead to different translation options, such as basic rights. In Dutch one would also speak of “*grondrechten*”. It seems relevant to note that Robert Alexy wrote his theory on the “*Grundrechte*” (*Theorie der Grundrechte*) which has been translated in Spanish and Portuguese using the expression “*fundamental rights*”. Nonetheless, in the English translation the expression chosen was “*constitutional rights*” (ALEX, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010).

Having exposed the translation idiosyncrasies, what should be held is that these are the rights that structure the relation between individuals and the state and to some extent between individuals and private actors yielding power. These rights are regarded as so important that they deserve guarantee on the constitutional level, so they combine their substantial importance with a formal normative *status* that enables them to

state, the set of fundamental rights gains relevance, tracing the individual *status vis a vis* the state and in many aspects *vis a vis* other individuals and organizations¹⁶. The democratic state is impregnated by fundamental rights (*grundrechtsdurchdrungenen Verfassungsstaat*), whose systemic structuration takes part in building the state identity¹⁷. In other words, the set of fundamental rights is required to enable law to fulfil the claim to correctness.

Specifically considered, fundamental rights are legal subjective advantage positions linked (in distinct intensity) to human dignity. This relation to human dignity reveals the substantial fundamentality of the rights. Fundamental rights are positivized in a state legal order, preferably in its constitution, as legal norms with subjective and objective content, safeguarded against and through state powers. Nonetheless, fundamental rights, even regarded as positivized legal norms, should not be conceived as pure states' concessions towards individuals. They are necessary norms in a democratic state legal system because they are the most concrete and specific legal protection for human dignity.

As fundamental rights are positivized in the constitution, they profit from formal fundamentality; they explicitly have constitutional *status*. The theoretical and practical consequences of this *status* can be found in the protection granted to constitutional norms, as they are situated on the top of the normative hierarchy. On the one hand, fundamental rights norms are protected from the ordinary legislative activity and require, in general, special procedures to be modified through constitutional amendment. On the other hand, they claim a minimum of effectiveness imposing legislative and executive action, as well as judicial activity in case of violation.

The paramount set of norms organized in the constitution is meant to have some stability and endure historical changes. Nevertheless, to persevere through time, constitution must combine a stable core identity with the possibility of adaptation. Through evolutive interpretation and amendments, the constitution can live up to new needs and burdens laid on the legal system.

In the same way, the enumeration of constitutional rights should not be immutable. It is not feasible that the constituent power would be able to write down all rights required to warrant human dignity. Even if the enumeration of rights could be

protect human dignity. Substantial fundamentality is conjugated with formal fundamentality, i.e., the positivization in the Constitution to save them from political conjunctural majorities. See on this positivization HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 5; STERN, Klaus. *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 12/20 ss.

¹⁶ STERN, Klaus. *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 21

¹⁷ STERN, Klaus. *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 5.

adequate at a specific historical time, the evolving circumstances would always be able to present renewed challenges either to human dignity or to its integration in the political community.

The recognition of the incompleteness or openness of the constitutional enumeration of rights brings to light that not all the rights that carry substantive fundamentality are constitutionally positivized and might claim compensatory constitutionalization, to borrow Anne Peters' expression¹⁸.

Even though the idea of openness of the set of fundamental or human rights¹⁹ is not novel, it requires being systematically addressed²⁰. The following section attempts to present this systematic approach.

3. THE FUNDAMENTAL RIGHTS SYSTEM OF THE CONSTITUTIONAL STATE

Notwithstanding the existence of remarkably diverse concrete fundamental rights systems enshrined in the various domestic constitutions²¹, it is possible to work with a generalization, likewise above suggested regarding the democratic or

¹⁸ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 19, pp. 579-610, 2006.

¹⁹ *Fundamental and human rights* cannot simply be considered synonyms. They constitute close but differentiated categories. "*Fundamental rights*" is the expression that more precisely indicates human rights that have been positivized in a domestic legal order, i.e., that are foremost enshrined by constitutional provisions. This definition brings about important consequences on the enforcement and justiciability of these rights in the domestic arena. "*Human rights*" are a broader concept that goes beyond domestic legal orders and constitutional positivation; these rights claim to be universal and, to a certain extent, they impose themselves to states departing from various international law norms. The expressions are often used interchangeably, not disregarding these differences. In fact, beyond these differences it is possible to point out many rapprochements and the undeniable mutual influence exercised by both the fundamental rights systems and the international human rights system.

²⁰ Much has been written on "constitutional open clauses", but not much can be found on the broader openness phenomenon. About open clauses, see, for a first approach, in the United States: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 774-775. In Portugal: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995, p. 152ss; MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 562-563; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403ss; OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: *Ab vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 1061-1090; ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa: a construção dogmática*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 381ss. In Brazil: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90ss; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ Every concrete system carries specificities and is to a certain extent product of social, historical, cultural and economic circumstances (STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staats Rechts*. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 47; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 249).

constitutional state. The aim is to approach this general rights system of the constitutional state; to reveal the components inherent to fundamental rights norms; to advance their sustaining principles (*tragenden Prinzipien*) and their meaning connections (*Sinnzusammenhänge*). The underlying purpose is to order the fundamental rights norms to fulfil theoretical and practical goals. This purpose is grounded on the premise that there is an inherent systemic connection linking the fundamental contents; fundamental rights converge into a system (*systemkonvergent*)²². The system is not axiomatic, logical or deductive, its inner connections derive from its positivized axiological content.

Based on these ideas, the structuration of the fundamental rights system can be embedded in its substantive connections and developed departing from the following elements²³:

1. Structuring elements: human dignity, freedom, equality, solidarity;
2. Forming elements – fundamental rights norms: explicit positivation, joint positivation of liberty rights and social rights (negative and positive rights), indivisibility and interdependence of various categories of rights, positivation through a combined model of rules and principles, restrictability;
3. Warranting elements – norms on fundamental rights: efficacy provisions, limits on limits, endurance ability, legal protection, support on international norms.

These elements will not be deeply analysed in this paper; instead, they are shortly named to contextualize the axial ideas underlying the systemic conception of rights²⁴.

The structuring elements are the ones on which the system relays, they serve as axiological and substantive foundations to the system, providing coherence and unity.

The first structuring element is human dignity. The conception of human dignity rests upon jusnaturalist roots²⁵, specially laid down in the western tradition by Immanuel Kant. Human dignity, as the core of human personality, marks the boundaries for the relations between state and individuals and between individuals. For Kant, the individual is always an *end* in itself and never a *means*; each and every person is worthy and deserves to be respected. Dignity places every individual in equal standing, even if formally; every individual has equal dignity and ought to respect others' dignities.

²² STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 63.

²³ For a complete development of these ideas, see **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

²⁴ For a deeper development on the rights system, see NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

²⁵ STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 6 ss.

Moreover, dignity has no price; it has an absolute value. In the Kantian construction, dignity finds its foundation in autonomy; autonomy, in its turn, finds limits in dignity²⁶.

The importance of moral considerations on human dignity is undoubtful. Nonetheless, human dignity must also be regarded as a legal norm enshrined in the constitution as the foundation of the legal system, precipitating into specific fundamental rights norms²⁷. Besides these core ideas, it is essential to conceive dignity in a social insertion of the individual, connecting him or her to the political community and with his or her multiple roles, as a person, citizen, worker, and as an inhabitant of a planet with limited resources.

From another perspective, it is relevant to advance that human dignity, as the grounding norm of the legal system, must be approached as an open conception, not as an official concept. The protection offered by this legal norm also assures that each individual is entitled to defining his or her own understanding of dignity, within the essential boundaries of the system²⁸. Human dignity is the ultimate goal of fundamental rights and it works as a door to the updating re-readings of fundamental rights norms²⁹.

In addition to human dignity, there are other structural elements: freedom, equality, solidarity. Hereby, freedom is briefly understood as protection against the state and through the state; it refers to the idea of restraining power by law to favour the individual. Freedom was the first substantial grounding for rights, revealing their first defensive function³⁰. Departing from a formal conception, freedom unfolded into a sphere of factual consideration, which requires the possibility and the means for individuals to determine their own life choices and to equally participate in the political community³¹. Freedom in the constitutional state is not absolute; it is social bond and

²⁶ KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of Morals**. Cambridge: Cambridge.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 106-109/344-345; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 248.

²⁸ STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 7; BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad, p. 124; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 17-18.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo: Unesp, 2012, p. 9-10; BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad, p. 117; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 7; HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales, p. 87.

³⁰ STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, p. 97-98; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 21; GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p. 77 ss.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 494 ss.

parametrized by the other constituent values of the legal order, such as equality, solidarity and the duties imposed by sustainability³².

Equality, concisely considered as a structuring element of the rights system, means equal treatment and consideration³³ by the state concerning actions and abstentions and equal participation in the exercise of democratic political power³⁴. Moreover, equality goes hand in hand with an idea of justice incorporated in the legal system; equality legitimated as an open space where different conceptions of justice welcomed by the constitution can confront themselves through democratic processes and pursue actualization³⁵.

In a nutshell, for its turn, solidarity participates in structuring the system by imposing to the state the fulfilment of duties of welfare required by human dignity. The state has to warrant a minimum material support for a dignified life by means of actions and abstentions, normative and concrete behaviours. Besides, the state ought to interact with society aiming at welfare. Solidarity as an element of the fundamental rights system enables to conceive freedom and equality in a not antagonistic or incompatible relation. Therefore, sociality becomes a constitutive aspect of freedom, it imposes duties on state and urges the participation of society in the pursuit of collective welfare. From another point of view, solidarity conveys to the system a new role for rights; fundamental rights demand the preservation of the planet for future generations and other species.

In conjunction with these structuring elements, the system holds forming elements, which concern the nature of the fundamental rights norms themselves and how they are positivized. In the democratic state, the rights system requires explicit positivization of fundamental rights norms, it is not enough to establish general clauses, such as human dignity, rule of law or welfare state. Constitutional norms must directly convey fundamental rights and combine negative with positive rights³⁶.

From a theoretical point of view, which depends on the wording of the constitutional provisions, fundamental rights ought to be conceived in a combined model of rules and principles³⁷. On the one hand, rules provide for immediate normative answers delivering security and determinability. On the other hand, principles function as respirators to the system due to their more general and comprehensive regulation ability

³² STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 53.

³³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

³⁴ STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 22-23

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 95 ss.

³⁶ WEBER, Albrecht. L'État social et les droits sociaux en RFA. **Révue française de droit constitutionnel**, Paris, n. 24, 1995, p. 681.

³⁷ ALEXI, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 80 ss.

and their behaviour in normative conflicts. Besides, principles lead to conceive rights as more far-reaching than their minimum or core contents, they enable the idea of *prima facie* norms³⁸ (also of “rights as a whole” or “cluster-rights”). On top of this, principles elucidate that every right in the system is intrinsically restrictable³⁹.

In addition to the specific fundamental rights norms, the system encompasses norms on rights, norms that discipline the regulatory behaviour of rights norms. These norms on norms are the warranting elements of the system. In this general system here briefly presented, norms that establish the efficacy of fundamental rights norms are warranting elements; they may grant fundamental rights norms immediate efficacy and they regulate fundamental rights norms interpretation. Within the warranting elements, norms concerning the legal means of protecting fundamental rights ought to be established, such as access to justice, judicial protection with its processual and procedural means.

Because fundamental rights often demand legislative action in order to be effective, constitutional norms which provide protection against insufficient or erosive legislative action should also figure among the warranting elements of the system. Beyond that, a crucial warranting element concerns the protection of fundamental rights against constitutional amendments, providing them some capacity to resist, guaranteeing them the *status* of substantive limitations on constitutional amendments.

Finally, the protection required by fundamental rights also rests on the interaction between national and international law. Constitutional provisions that anchor domestic fundamental rights in international law and open the domestic legal order to international norms are essential warranting elements of the rights system.

These are the axial guidelines which allow to understand the set of rights in the constitutional state as a system and pave the path for exposing the open nature of this system. As a matter of fact, openness itself, which will be addressed in the following section, constitutes an overarching warranting element of the rights system.

4. THE OPENNESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS SYSTEM – COMPENSATORY CONSTITUTIONALIZATION OF RIGHTS

The rights system of the constitutional state as here conceived is an open system; it is not immutable nor complete, it is capable of welcoming renewed interpretations and new rights. The openness of the system appears threefold; it is a structural condition; it is commanded by an implicit principle; and it is imposed by international law. Furthermore, openness operates on two levels, not always wholly distinguishable: interpretation and creation of norms.

³⁸ ALEX, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 57-59.

³⁹ ALEX, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

In order to affirm openness as an intrinsic characteristic of the system, grounding reasons must be presented. First, structural openness is a consequence of the nature of legal norms, of the wording of constitutional norms and of the presence of positivized general clauses and general rights. Structural openness converges to the open texture of law, as shall be explained hereafter.

From another perspective, since the assumption is that openness, in one of its façades, is an implicit principle which belongs to the system, it is imperative to advance its normative anchors. In the domestic constitutional order, a general foundation for the principle of openness can be found in the norm of human dignity and in the democratic principle. A specific foundation should be sought in constitutional explicit open clauses; in norms which determine the reception of international law norms; in explicit norms of fundamental rights (general or specific rights); in norms which establish fundamental rights regime; and in norms which grant legislative and constitutional amendment competences. All these explicit norms offer normative foundation to an implicit principle which commands that the rights system must evolve to protect human dignity.

Finally, openness towards international law can be justified by means of constitutional provisions which determine the domestic incorporation of international norms, as well as provisions which recognize guiding interpretative authority to international norms and standards. In addition, it is possible to affirm that openness is imposed by international law based on the *jus cogens* nature of some of its norms.

To make these ideas clearer, it seems adequate to address the various ways in which openness unfolds.

4.1. Structural openness

The legal system is understood as an open system and so is the fundamental rights one; an open set of principles and rules, with substantial unity, coherence and claim to correctness as briefly exposed above.

Openness derives from the characteristics of language, which inevitably leads to law's open texture. The legal norm is not a given to be found or discovered but a meaning to be construed departing from the text of the legal provision and from the other systemic legal elements. The norm is formulated through interpretation, which relies upon rational argumentative processes to support the meaning defended⁴⁰. Interpre-

⁴⁰ For a similar approach to interpretation, but then especially concerning international law, see VENZKE, Ingo. Understanding the authority of international courts and tribunals: on delegation and discursive construction. *Theoretical Inquiries in Law*, 14(2), 381-409, 2013. <https://doi.org/10.1515/til-2013-020>; VENZKE, Ingo, Authoritative Interpretation (October 11, 2018) In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**; Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-28; Amsterdam Center for International Law No. 2018-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264566>; VENZKE, Ingo, **The Practice of Interpretation**

tation reveals the probable and possible meanings that should be justifiable within the textual and systemic boundaries⁴¹. There is no such only one right meaning to be discovered departing from every legal text or provision. On the contrary, there are various interpretations that deliver possible norms which claim to be adequately and sufficiently justified. There is an indeterminacy in law which cannot be eliminated, even when it is desirable and viable to establish mechanisms to limit indeterminacy and enhance legal security. Indeterminacy is part of law's nature⁴².

The open texture mentioned is even more present in constitutional provisions, including fundamental rights ones⁴³, for reasons that cannot be addressed in this occasion. It is enough to notice the remarkable indeterminacy in the field of rights, which leads to the structural openness of the rights system.

On the structural level, it is possible to explore the phenomenon of construing unwritten or unenumerated rights: rights norms which are implicit in constitutional general clauses and general rights. As Robert Alexy explains, "derivative norms"⁴⁴ can be construed and grounded departing from other explicit constitutional norms. In fact, constitutional general clauses positivized as norms, such as human dignity, welfare state⁴⁵, rule of law, equality, as well as general rights, such as general liberty right⁴⁶, general

in International Law: Strategies of Critique (September 10, 2018). Accepted paper In: International Legal Theory: Foundations and Frontiers (edited by Jeff Dunoff & Mark A. Pollack, CUP 2019); Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-22; Amsterdam Center for International Law No. 2018-07. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247125>.

⁴¹ On textual limits, among others, see SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 307-316.

⁴² Important input to the discussion on positivism, law's indeterminacy and judicial discretion can be found comparing the contributions of Herbert L. A. Hart (HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford. 2012, especially p. 124 ss) and of Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

⁴³ To approach the discussion, see SHAPIRO, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed** (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>; BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language. Springer. **Law and Philosophy**, Vol. 10, No. 1 (Feb., 1991); BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. Published to Oxford Scholarship Online: March 2012. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198260509.001.0001.

⁴⁴ Calling attention to the open texture of law concerning human rights provisions, see ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In: GOVAERE, I., GARBEN, S. (Eds.). **Interfaces between European and International Law** (pp. 101-124). (Modern Studies in European Law; Vol. 89). Oxford: Hart Publishing, 2019. <https://doi.org/10.5040/9781509923410>.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 38-43.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 419-420. See also, not necessarily with the same understanding, WEBER, Albrecht. L'État social et les droits sociaux en RFA. **Révue française de droit constitutionnel**, Paris, n. 24, 1995, p. 684-685.

⁴⁷ STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 97 ss.

equality right⁴⁷, right to the development of personality, make the structural openness patent in the field of fundamental rights. The general clauses and rights enable to anchor implicit or unwritten rights in their provisions; they provide legal reasons to justify the interpretative results which recognize these derivative norms as part of the system.

In addition, the *objective dimension of fundamental rights* – a concept connected with the irradiating efficacy of fundamental rights⁴⁸ – may be relevant in regard to the structural openness. The objective dimension determines that state powers ought to conform the legal system according to fundamental rights. State duties are to be derived from this objective dimension: duty to create and enact norms required by fundamental rights, duty to structure organization and procedures required by fundamental rights⁴⁹. From this objective dimension, it is possible, under certain circumstances and with caution, to derive new subjective fundamental positions⁵⁰ which update and enrich the system.

Another interpretative tool in the field of structural openness can be found in the conception of *broad fundamental rights provisions*⁵¹; their wide scope can unveil unprecedented fundamental subjective content.

Furthermore, it is relevant to mention Robert Alexy's conception of *rights as principles* and his concept of *right as a whole*; both seem to be critical elements to the

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 381 ss/415 ss; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte, Staatsrecht II**, 11.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995; MICHAEL, Lothar. Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales. In: SIECKMANN, Jan-R... (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 137-143.

⁴⁸ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 13, Issue 1, January 2015, Pages 9–29, <https://doi.org/10.1093/icon/mov005>.

⁴⁹ For different understandings on the objective dimension, see ALEXY, Robert. Grundrecht als subjektive Rechte und als Objektive Normen. **Der Staat**, 29. Band, Heft 1, 1990, p. 49-68; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. **Der Staat** (Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte). 29. Band. Berlin, Duncker und Humblot, 1990, p. 1-31.

⁵⁰ This idea of deriving subjective advantage positions with fundamental content from objective norms is not new in the constitutional theory, although it is not free from controversy. It seems interesting that it also appears in international law, and even as controversial, as made clear with the following example presented by Catherine Brölmann and Christina Binder: "Finally, a particular category of interpretive questions is whether a treaty creates individual rights, even if not explicitly addressed to individuals in the way of a human rights treaty. A well-known subject of debate is Article 36 of the Convention on Consular Relations, according to which local authorities must notify all detained foreigners 'without delay' of their right to have their consulate informed of their detention. In *Cornejo v County of San Diego* and *ors the Court held that this provision entailed no individual right.*" (BRÖLMANN, Catherine, BINDER, Christina. **The law of treaties before domestic courts and human rights bodies**. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-41 Amsterdam Center for International Law No. 2017-27.)

⁵¹ One can speak of broad interpretation or broad scope of rights (ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 201 ss). For an interesting approach specifically aimed at social and economic rights, see LEIJTEN Ingrid. **Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge, 2018, p. 98 ss.

idea sustained is this paper. Because principles are optimization commands⁵², fundamental rights as principles command to be fulfilled in the maximum possible extent, considering the factual and normative circumstances. This conception is based on the comprehension of principles encompassing *prima facie* and definitive norms.

All these theoretical constructions make it possible, departing from a fundamental right explicitly positivized in the constitution, from provisions that enshrine general rights or even from general constitutional clauses, to ground the interpretative result which recognizes and justifies new fundamental subjective contents.

International law also plays an important role in the structural openness. There are prominent examples of constitutional provisions that command the interpretation of national law according to international norms and standards, which could result in updating the domestic rights system. Additionally, the practice of regional and international courts should not be neglected. It exposes the renewing influence wielded by international law in the domestic interpretation of both national and international law. In this scenario, international law emerges, beyond the existence of binding norms, as an interpretative guideline. In domestic case law, it is possible to find references to treaties (with or without legal force) to support particular interpretations of domestic law, as pointed out by Catherine Brölmann and Christina Binder⁵³. Besides traditional international law, there are real speculations about an emerging global legal order which might be meaningful for the structural openness⁵⁴.

At this point it is also relevant to consider the growing dialogue between several national, regional, and international courts⁵⁵. This dialogue reveals cases of evident mutual influence in what is being called constitutional borrowing when concerning domestic constitutional courts⁵⁶.

⁵² ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 47-48.

⁵³ They even give an example: "Next to interpretation of binding treaty norms, courts may adopt an interpretive discourse and refer to treaties without legal force in the domestic legal order, in order to support and legitimize a particular reading of a domestic legal provision. One example of such 'treaty-conform interpretation' is the Englaro case mentioned above." (BRÖLMANN, Catherine, BINDER, Christina. **The law of treaties before domestic courts and human rights bodies**. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-41 Amsterdam Center for International Law No. 2017-27.)

⁵⁴ See, among others, KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 245-266; CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006; TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford, 2012.

⁵⁵ See NOLLAEMPER, Andre, Conversations Among Courts: Domestic and International Adjudicators. In ALTER, Karin, ROMANO, Cesare, SHANY, Yuval (eds), **Handbook of International Adjudication** (OUP 2013, Forthcoming), Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-30, Amsterdam Center for International Law No. 2013-08, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2270565> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270565>; MAUS, Didier. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. **Revue française de droit constitutionnel**. Paris, n. 80, oct., 2009, p. 675-696.

⁵⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and non borrowing. **International journal of constitutional law**. New York, v. 1, n. 2, ap. 2003, p. 196-223 GREWE, Constance. Les influences du droit allemand

Finally, constitutional *mutation* or constitutional evolutive interpretation must be addressed under the structural openness. New or renewed fundamental content can be construed as a result of the evolving meaning of constitutional provisions. The interpretation process of constitutional provisions is dynamic and can lead to new interpretive outcomes without changing the textual wording, without constitutional amendment procedures⁵⁷. This evolutive interpretation unfolds namely in the practice of constitutional courts.

Judicial application of law, either in common law and or civil law systems, especially developed by constitutional courts, which create precedents or customary judicial law, should be preferably located within the interpretative field. The decisions that result from the application of law do not go beyond interpretation; they do not ordinarily create new norms⁵⁸.

For its turn, the concretization of constitutional fundamental rights norms through further development by ordinary legislation appears to be somehow different. Because of the nature of constitutional provisions and their normative hierarchy, supplementary legislative development is often required to make constitutional norms applicable and effective. This is particularly important in the domain of fundamental rights. These rights claim legislative concretization, which can amplify fundamental contents by rendering them specifically established and clarifying the states duties they impose. The legislative concretization of fundamental rights constitutional norms goes beyond interpretation and deliver new ordinary law norms.

To a certain extent it is viable to differentiate openness of the fundamental rights system through interpretation and through the creation of norms. In other words, it is possible to distinguish between the recognition of implicit fundamental “new” content without constitutional amendment or legislative change and the addition of new fundamental content through the creation of new constitutional or ordinary legal

des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. **Révue universelle des droits de l’homme**, 2004, oct., v. 16, n. 1-4, p. 26-32; ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. Constitutional borrowing and non borrowing. **International journal of constitutional law**, New York, v. 1, n. 2, ap. 2003, p. 269-295. For an interesting approach on constitutional borrowing, with special attention to the use of proportionality, see ANDRADE NETO, João. **Borrowing justification for proportionality**: on the influence of the principles theory in Brazil. Springer, 2018.

⁵⁷ Interpretation in international law may not be exactly the same as in constitutional law, but, besides specificities, the interpretative enterprise in both fields holds important common aspects. In this context, it is interesting to quote Ingo Venzke on the possibility of changing in meaning without changing in the textual provision: “Be that as it may, an interpretation does not stop being an interpretation when it modifies the law.” (VENZKE, Ingo, Authoritative Interpretation (October 11, 2018) In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**; Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-28; Amsterdam Center for International Law No. 2018-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264566>). See also JELLINEK, Georg. **Reforma e mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵⁸ PONTTHOREAU, Marie-Claire. **La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française**: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel. Paris: Economica, 1994.

norms. Having presented how the structural openness can operate, it becomes clear it mainly arises on the interpretative level. It is important to note, however, that the judicial application of fundamental rights norms and the legislative concretization of fundamental rights might show that this differentiation is not absolute; the line between interpretation and legal creation can be rather blurred.

Finally, it is important to notice that the assertion of an implicit principle that commands the updating of the fundamental rights system influences the structural openness. Indeterminacy and the open texture of law are a given and cannot be entirely avoided. Nonetheless, these phenomena do not provide a normative guidance, an imposition on how structural openness of law should unfold. The principle of openness, if accepted as here advocated, lends a goal to the interpretation of fundamental rights provisions. The principle guides the interpretation, through indeterminacy and open texture, in the direction of actualizing and updating the norms and the system in favour of human dignity.

4.2. The principle of openness

One of the core arguments developed in this paper is that there is an implicit principle of openness which commands state powers (branches) to implement a constant update of the fundamental rights system in order to guarantee full respect to human dignity through evolving historical circumstances. As (an implicit) a legal norm, this principle imposes a renewing interpretation of the already existing fundamental rights norms (and other relevant norms of the system) as well as the integration, creation, and enactment of new norms. The openness principle can, reversely, also impose some restrictive interpretation or normative restrictive changes as far as these can be required by the system as a whole.

This principle of openness cannot be identified with constitutional explicit open clauses; it is a broader principle whose regulation capacity goes way beyond what is commanded by specific open clauses⁵⁹.

Considering that such an openness principle is not an explicitly formulated norm in concrete constitutions, it requires an argumentative path able to anchor it in

⁵⁹ The implicit principle of openness can be seen as multifunctional, since it can possibly: warrant the central position of human dignity in the constitutional system; warrant and promote the dynamic respect for human dignity; warrant the structuring function of the human rights system within the constitutional system; warrant the unity of the constitution; preserve the constitution through its capacity to adapt; impose the permanent update of the fundamental rights system; impose a comprehensive interpretation of the fundamental rights norms; impose a favourable interpretation towards the recognition of implicit rights; warrant the legitimacy of judicial decisions which recognize implicit rights or deduct rights from constitutional norms; impose and legitimate the updating interpretation of the fundamental rights system through constitutional evolutive interpretation; impose restrictive or accommodative modifications in the system if mandatory to update the system in the service of human dignity; impose the openness of national law towards international law.

explicit existing provisions. The following directly established provisions and norms offer enough legal foundation to affirm that the principle is a derivative norm: constitutional provisions concerning human dignity; the democratic principle; an explicit open clause (if present in the constitution); constitutional provisions on the reception of international norms and interpretation of domestic law according to international norms and standards; constitutional provisions specifically concerning fundamental rights; constitutional provisions that grant competence to constitutional amendment and legislative activity. Maybe it would be possible, in the European Union, to present an additional normative foundation to the principle of openness: the provisions which discipline the necessary interrelations between different fundamental rights regimes in order to achieve an adequate level of integration⁶⁰.

All these norms and explicit constitutional provisions deliver enough normative foundation to anchor the implicit principle of openness, which emerges as a warranting element of the fundamental rights system of the constitutional state. In other words, they enable to affirm the principle as part of the domestic rights systems. The core normative content of the principle was exposed above and is mandatory either to interpretation or to other state activities, especially the legislative one.

Openness is, therefore, threefold: structural, commanded by a principle and imposed by international law. Furthermore, openness operates on two levels, interpretation and the creation of norms. Before exposing the last façade of openness as imposed by international law it seems essential to address how it operates on the level of normative creation.

4.3. Openness to receive new norms

The openness that operates beyond the interpretative level and means aggregating new normative elements to the system may bring these new fundamental contents inside through various doors.

A well-known door is represented by the explicit open clauses present in many contemporaneous constitutions. The existence of an explicit constitutional provision enshrining an open clause is a specific precipitation of the broader principle of openness and can manifest in various concrete ways in different constitutional provisions. Such provisions can be found in the Brazilian Constitution (Art 5, paragraph 2: *The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others deriving from the regime and from the principles adopted by it, or from the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party.*), in the IX Amendment to the Constitution of

⁶⁰ ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In GOVAERE, I., GARBEN, S. (Eds.). **Interfaces between European and International Law** (pp. 101-124). (Modern Studies in European Law; Vol. 89). Oxford: Hart Publishing, 2019. <https://doi.org/10.5040/9781509923410>.

the United States of America (*The enumeration In the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*)⁶¹, in the Portuguese Constitution (Art. 16. n. 1: *The fundamental rights enshrined In the Constitution shall not exclude any others set out In applicable International laws and legal rules.*), to quote only a few examples.

It seems clear that an explicit open clause can also have an impact on the interpretative level, since unwritten rights can be implicit, deriving from existing constitutional provisions. Nonetheless, explicit open clauses exercise a more central role in the openness of the system beyond the interpretative level or even in the blurred space between interpretation and new normative content creation and enactment. This is the terrain where open clauses make it irrefutable that new content ought to be accepted into the system.

This is no neutral data for the argumentative process in favour of opening the system towards welcoming new fundamental content. The importance of such an explicit open clause should not be undermined; it makes the open nature of the system irrefutable. In doubtful situations, an open clause hinders the possibility of denying the acceptance of new fundamental content into a specific rights system.

The welcoming of new fundamental content to the system can happen, depending on the specificities of the concrete constitutional system concerned, through the reception of international law norms, through constitutional amendment and through the enactment of new legislative norms. All these phenomena are here understood falling under the regulative field of the implicit principle of openness.

It is common that constitutions, besides or not to an explicit broad open clause, enshrine specific open clauses towards international law. Many constitutions stipulate the reception of international law norms that can convey new rights, norms on interpretation, norms on legal remedies and even norms on rights restrictions⁶².

⁶¹ MASSEY, Calvin R.. **Silent rights**: the ninth amendment and the Constitution's unenumerated rights. Philadelphia: Temple University, 1995; BARNETT, Randy E. Reconceiving the ninth amendment. **74 Cornell Law Review**, 1, 1988-1989, p. 1-42; BARNETT, Randy E..Who's afraid of unenumerated rights. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, 1, 2006-2007, p. 1-22; DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: whether and how *Roe* should be overruled. **The University of Chicago Law Review**, 59.1992, p. 381-432.

⁶² See the example of the Brazilian Constitution: "Art. 5, paragraph 3: *International human rights treaties and conventions which are approved in each house of the national congress, in two rounds of voting, by three fifths of the votes of the respective members shall be equivalent to constitutional amendments.*" In the Portuguese Constitution there is this provision: "Art 16. n. 2: *The constitutional precepts concerning fundamental rights must be interpreted and completed in harmony with the Universal Declaration of Human Rights.*"

⁶³ open clauses in Latin American Constitutions, see BREWER-CARÍAS, Allan. **Constitutional protection of human rights in Latin America**. Cambridge, 2009, p. 21 ss; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

⁶⁴ Maybe the Dutch Constitution should receive special attention. Although much has been written about its openness towards international law, because of its explicit provision on the matter (Article 93: "*Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.*"), a punctual approach in this specific fundamental rights scenario might be particularly interesting.

Another door for new fundamental content is the traditional process of constitutional amendment, well-known either in rigid or in flexible constitutional models, which leads, within their idiosyncrasies, to accommodating new content in the fundamental rights system.

The constitutional amendment relates to the norm of openness but requires specific attention. The presence of constitutional provisions disciplining constitutional amendment tries to parameter the tension between the necessity of having basic norms settled and the necessity of regularly exercising democratic power to respond to historical changes. The implicit principle of openness commands the update of the system to face new challenges posed to human dignity. Nonetheless, there are legal obstacles to assert an obligation to amend the constitution. The competence or the possibility to do so might be disciplined in the system, but its exercise rests upon democratic will within the constitutional order.

The fundamental rights system participates in the architecture of the constitutional identity and must, therefore, maintain its core meaning; core provisions represent substantial limits on constitutional amendment. Notwithstanding, there can be, to a certain extent, restrictive constitutional amendments concerning fundamental rights. What is important to note is that constitutional amendment is a proper way of updating the fundamental rights system and that it happens beyond interpretation, through textual provision modification.

Considering the general nature of constitutional fundamental rights provisions and the various duties they necessarily impose on state, the effectiveness of fundamental rights depends for a great extent on state normative and concrete activities. Constitutional fundamental rights norms often require further legislative development. Ordinary law provisions may carry new fundamental content capable of claiming compensatory constitutionalization.

4.4. Openness imposed by international law

In our kaleidoscopic multilevel legal world, the interaction between various legal orders seems unavoidable⁶³. The mutual influence exercised by international law, global law and domestic constitutional law (it seems more appropriate to think of constitutional *laws* in order to emphasize the multitude of legal domestic orders that interact), has an appealing impact on rights and on the openness of the fundamental rights

⁶³ The expression *kaleidoscopic* was borrowed from Edith Brown Weiss (WEISS, Edith Brown. Intergenerational Equity in a Kaleidoscopic World, **Environmental Policy and Law**, vol. 49, no. 1, pp. 3-11, 2019. <<https://content.iospress.com/download/environmental-policy-and-law/epl190115?id=environmental-policy-and-law%2Fep190115>> accessed 21 January 2020; WEISS, Edith Brown. International Law in a Kaleidoscopic World (2011). **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 1622. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1622>).

system. This phenomenon operates either through interpretation as through adding new norms to the system; the different ways of openness relate and strengthen each other.

It seems important to note, as pointed out by Christina Eckes, when writing on human rights protection in the European and international scenario, that human rights constitute a special case in the interaction between different legal spheres⁶⁴.

A first open door in the international law field is the recognition of an *International law of human rights*⁶⁵. It is somewhat controversial but still affirmed that some international norms on human rights hold *jus cogens* nature⁶⁶. The reserved state domain suffers an erosion when it comes to rights; beyond the field of autonomous commitments, the set of *jus cogens* norms amounts, imposing itself heteronomously, and does no longer simply fall into states' sovereign decision terrain.

The absence of international institutions and courts to enforce these norms represent relevant theoretical and practical problems to their acceptance. However, this does not preclude the possibility and importance of cogitating of *International human rights law* and approaching it as a significant way of openness of the domestic fundamental rights systems.

⁶⁴ Christina Eckes wrote: "Human rights are a special case when it comes to the interaction of different legal spheres. I would go as far as claiming that fundamental rights constitute the most difficult area when pondering questions of resilience, autonomy and porosity of one legal sphere vis-à-vis another. The following five substantive reasons support this position. They also explain why institutionally rights have proven so problematic within the history of EU integration." For these five reasons and further development, see ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In GOVAERE, I., GARBEN, S. (Eds.). *Interfaces between European and International Law* (pp. 101-124). (Modern Studies in European Law; Vol. 89). Oxford: Hart Publishing, 2019. <https://doi.org/10.5040/97815099234100>.

⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The law of international human rights protection*. Oxford: Oxford, 2009.

⁶⁶ Discussing this problematic from different perspectives, see, among others, CRIDDLE, Evan; FOX-DECENT, Evan. Fiduciaries of humanity: how international law constitutes authority. *Oxford scholarship online*. 2016 (DOI:10.1093/acprof:oso/9780199397921.001.0001); TASIOLAS, John. Custom, *jus cogens*, and human rights. In: BRADLEY, Curtis A. ed. *Custom's future: international law in a changing world*. Cambridge University Press, Forthcoming, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2581763&download=yes> accessed 21 January 2020; PETERS, Anne. 'Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures', *19 Leiden journal of international law* (2006); BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 3 © EJIL 2008; PARKER, Karen. Jus Cogens: compelling the law of human rights. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989; DE WET, Erika. The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order. *Leiden Journal of International Law*, 2006, n. 19, p. 611-632; DE WET, Erika. The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making. *PER/PLJ*, 2007, v. 10, n. 2, p. 21-46; DE WET, Erika. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, jan., v. 55, p. 51-76; DE WET, Erika. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, 2004, v. 15, n. 1, p. 97-121; BAPTISTA, Eduardo Correia. *Jus cogens em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997.

Besides this heteronomous content which imposes itself to states, international law conveys substantial new fundamental content to the fundamental rights system through self-commitment of states. Many constitutions, as mentioned above, discipline the integration of international norms within the domestic legal order, which would fall within the traditional international public law. States commit themselves through international law binding instruments which bring new content into their domestic rights systems.

Furthermore, the emergence of a global legal order and global or transnational constitutionalism also comes into play; there is an attempt to construct a global law which goes beyond the traditional public international law⁶⁷. Many scholars write about constitutionalism beyond the state; in these discussions, human rights take an important position as they are crucial in any constitutionalizing movement of the global space. Despite all difficulties faced by such a construction, it seems possible to speak of an emerging global values system: a set of principles and moral norms vehiculated by legal means in which human dignity, human rights and fair procedures stand in the very centre. In such a scenario, states do not lose their role towards rights, but state sovereignty claims are revisited⁶⁸.

On the one hand, the legal interactions here addressed can lead to new content being integrated into the fundamental rights system of a constitutional state as new norms. On the other hand, interpretative operations based on these interactions are no less capable of fertilizing the system. It is important to highlight that the influence is mutual; international law influences domestic law but is in its turn also significantly enriched by national jurisdictions and legal contributions.

⁶⁷ PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULF-STEIN, Geir. **The constitutionalization of international law**. Oxford: oxford, 2009, p. 153-262. With different points of view on these matters, see: CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006; TEUBER, Gunther. Fragmented foundations: societal constitutionalism beyond the national state. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 327-341; DOBNER, Petra. More law, less democracy?: democracy and transnational constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 141-161; TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford, 2012; LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 47-69; KUMM, Matthias. The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis. **The European Journal of International Law**, 2004, v. 15, n. 5, p. 907-931; GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 3-22; KUMM, Matthias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 201-219; KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 245-266. KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law**. Oxford: Oxford, 2010.

⁶⁸ PETERS, Anne. Humanity as the Λ and Ω of sovereignty. **The European Journal of International Law**, 2009, v. 20, n. 3, p. 513-544.

At this point, the open nature of the fundamental rights system of the constitutional state as a general theoretical conception has been presented in its core ideas. It is guided by the goal of providing human dignity with updated and adequate protection and means to self-development. Openness is unavoidable. Nonetheless, openness as stated, claims for boundaries, which will be addressed in the following section.

5. OPENNESS AND CLOSURE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS SYSTEM – CRITERIA FOR APPROACHING SUBSTANTIAL FUNDAMENTALITY

The argumentation developed so far focused on the systematic organization of fundamental rights in domestic constitutions and on the inherent open nature of these rights systems. The central idea is that the grounding legal norm of human dignity claims updated protection and promotion to face evolving challenges and threats. This underlying assumption reinforces the importance of fundamental rights and, consequently, all the theoretical construction aims to strengthen its concept, enforceability, and effectiveness.

In this context, respecting these very central premises, the acknowledgement that fundamental rights are powerful legal means to protect and promote human dignity is crucial. Nonetheless, it does not follow that an endless expansion of rights leads to a better protection for human dignity. An artificial proliferation of rights can have deleterious effects on the domestic separation of powers, on the capacity of states to guarantee rights, on the normative force of rights.

To face an alleged rights overreach and its consequences and guarantee the role of rights as effective legal means implying feasible obligations, it is vital to offer theoretical foundations and boundaries to the conception of an open rights system. The goal is to prevent the denaturation and weakening of the concept of human and fundamental rights⁶⁹.

⁶⁹ The construction advanced above focused on the fundamental rights system; it offered a theoretical and general approach to rights systems enshrined in domestic constitutions. Some core ideas can be translated beyond the state as soon as the necessary adaptations to address a general human rights system are made. Specially the idea of interpretative openness seems adequate and useful. It does not appear impossible, however, to also cogitate of openness to new content on human rights considering the broader panorama of international law sources. In addition, one can think of openness as a consequence of the interaction with domestic legal orders. Anyway, the particularities of international law must not be neglected and lead to the necessity of further specific development on the openness of the human rights system. There is no such instrument as a global constitution, no such courts. Besides, the legal order beyond the state is fragmented and populated by a series of various actors. These clarifications having been made, it is relevant to assign that the phenomenon of an alleged rights overreach can be regarded either domestically either internationally and in this aspect it seems that a joint approach is possible. The argumentation hereafter will focus mainly in the domestic arena, but can be again translated, *mutatis mutandis*, to the global arena.

Therefore, this paper proposes to take a further step. Beyond asserting the open character of the fundamental rights system, it also aims to explore the consequences of this openness upon the constitutional system and upon the rights system itself. Hereafter, an attempt to strike an adequate balance between openness and closure of the rights system is made⁷⁰.

5.1 Consequences of the openness

The assumption that the fundamental rights system of the constitutional state holds an open nature forcibly delivers substantial consequences for the broader legal system of this state. The first pillar of this state model where these consequences appear is the separation of powers; openness implies an active role of the judiciary, especially of constitutional courts.

The conception of structural openness and the multitude of norms with a nature of principles, namely the fundamental rights, have a clear impact on the interpretation field. The judiciary is called to give the last word on interpretation, bringing to light the implicit rights, the unenumerated rights, the various subjective positions included in a fundamental right positivized as a principle. In this process the judiciary should present and justify implicit, derivative norms. This circumstance enhances the judicial control competences concerning legislative activity⁷¹. The judiciary cannot flee from this task but cannot, on the other hand, trespass its boundaries and become legislator. This would represent a disequilibrium in the division of functions and could also create burdens to executive action without direct democratic foundation.

Apart from the questions which arise from the importance given to interpretation, it seems undeniable that “new” rights always impose new burdens on all state powers. One often thinks of the classical social rights, which more clearly demand positive state action. Nonetheless, one should also consider some very actual “broad” rights, such as, for example, the alleged right to development⁷². Stephan Schill calls

⁷⁰ Hurst Hannun writes: *“Attempting to regulate ever more narrow slices of life under ever more diverse circumstances through promoting new human rights runs a serious risk of undermining both the legitimacy of human rights and their universality. The result may be to simply expand the number of rights that are routinely ignored rather than to bring real help to those whose rights, no matter how narrowly construed, are already being violated.”* (HANNUN, Hurst. **Rescuing human rights**: a radically moderate approach. Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 79)

⁷¹ For an interesting discussion departing from a concrete case, see: BURGERS, Laura; STAAL, Tim Climate action as positive human rights obligation: the appeals judgment in *Urgenda v the Netherlands*. In WESSEL, Ramesses A; WERNER, Wouter; BOUTIN, Bérénice (Eds.) **Netherlands Yearbook of International Law 2018**, T.M.C. Asser Press, forthcoming in spring 2019. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2019-01.

See also, KUMM, Matthias. Alexy’s theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 201-217.

⁷² For an interesting approach on the right to development, see BALDE, Aua. O direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. In: **African human rights yearbook**. V 3. Pretoria: Pretoria University Press, 2019, p. 49-71.

the attention that such a right demands governance structures because *“successful development depends on functioning political and economic structures”*⁷³. Yvonne Donders also makes the broad spectrum of this right evident, when explaining its meaning and content; the right to development entails that *“people are entitled to participate in, contribute to and enjoy economic, social, cultural, political development in which all human rights can be fully realized”*⁷⁴. Considering that fundamental or human rights impose significant burdens on states, it is not feasible to envisage an always escalating bundle of new rights and disregard states obligations, budget, organization and procedures⁷⁵.

Other consequences of the openness also challenge the constitutional system. The openness of the rights system culminates in operating a compensatory constitutionalization of rights not enshrined in constitutional provisions, either not explicitly formulated but capable of being arguably implicit or new rights conveyed by ordinary law or international law provisions. Ordinary norms or international norms that establish rights are lifted to a constitutional level, are constitutionalized. The assumption that these rights (especially the ones established by ordinary law provisions), which are not formally constitutional, participate in the substantive constitution presents the peril of subverting the normative hierarchy and depleting the superiority of constitutional norms.

This is not the opportunity to deepen and discuss in detail all possible consequences of the openness of the fundamental rights system for the constitutional system. It is important to acknowledge them in an attempt to draft a broad scenario, but the focus in this paper must lay on the rights system itself.

Within a wider possible range of consequences of openness for the fundamental rights system itself, the following must be highlighted: necessity of defining the legal protection regime of the rights; danger of uncontrolled enhancing of the so-called fundamental rights weakening their significance and importance; increased risk of conflict between rights; necessity of protection against backsliding; necessity of criteria for assessing the substantial fundamentality of “new” rights.

⁷³ SCHILL, Stephan; TAMS, Christian J., HOFMANN, Rainer. International investment law and development: friends or foes? (2015). In SCHILL, Stephan; TAMS, Christian J., HOFMANN, Rainer (eds.). **International investment law and development: bridging the gap** (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015) 3-42. DOI: 10.4337/9781784711351.00008, Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-26, Amsterdam Center for International Law No. 2017-22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2934251>.

⁷⁴ DONDERS, Yvonne; LAAKSONEN, Annamari. Finding **Ways to Measure the Cultural Dimension of Human Rights and Development** (November 9, 2009). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1657837> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1657837>

⁷⁵ In my professional experience as state attorney for the state of Minas Gerais in Brazil, I have experienced this aspect in the everyday practical legal activity. In Brazil, under the Constitution of 1988, an ever-growing number of lawsuits against states and federal government has taken place, with various demands on rights enforcement, especially in the field of the right to health. In this scenario, the judiciary becomes central, frequently determining that the government (the executive branch) must provide remedies and medical treatment with substantive consequences on public health policies and on public budget and expenditure.

A specific question concerning the compensatory constitutionalization of rights is their regime; which should be the legal regime of new, unwritten, or implicit rights? The first idea is that the regime of compensatory constitutionalized rights ought to be the same as the formal constitutional rights. Due to their substantial content, these “new” rights ought to be granted constitutional *status*, ought to receive the legal protection aimed at the formally enshrined rights. The underlying reason to constitutionalize rights is to guarantee them the protection offered by the warranting elements of the rights system.

The risk of weakening the constitutional normativity mentioned above appears as a specific risk of weakening the fundamental rights legal force. A hyperbolized “creation” or acceptance of new fundamental rights could unfold into a rights overreach or artificial proliferation. Openness could become a process of “panjusfundamentalization”, i.e., regarding every possible human claim or every state duty or obligation as a fundamental right. Since the state cannot cope with the burden brought by all these alleged fundamental rights, their effectiveness is in danger as well as the enforcement of the constitution. To turn the eyes again towards state powers, an overreaching compensatory constitutionalization of rights can lead to weakening constitutional normativity.

It seems relevant to approach “panjusfundamentalization” because it may empty the significance of fundamental rights and lead to deleterious effects on fundamental rights and on the constitutional system itself. It is possible to speculate of a “panjusfundamentalization” phenomenon (i) regarding the holder/titularity of the rights – artificial broadening of the conception of the right holder, advocating rights for legal persons, for animals, for the environment; (ii) regarding the protected good or content of the rights – subjectivizing contents that have an objective nature or a meta-individual common good, e.g., a right to legality, a right to environment, a right to a good administration, a right to a corruption-free administration, a right to transparency⁷⁶; (iii) regarding rights addressees – rights addressing not only state powers, but private actors and individuals.

It is important to notice that asserting or questioning if some content should receive legal protection under the framework of fundamental or human rights and answering that it should not, does not mean these goods or values do not deserve legal protection. It means that another juridical framework might be more suitable. One example may clarify the issue. It is common to assume a rights-based approach to corruption in developing or underdeveloped countries, relating rights insufficient

⁷⁶ With a similar approach see: “The first is substantive overreach. This relates to what we take to be human rights. There is a persistent tendency to present more and more political demands as human rights, but on very dubious grounds.” (TASIOULAS, John. Are human rights taking over the space once occupied by politics? *Newstatesmen* (26, August, 2019). (<<https://www.newstatesman.com/2019/08/are-human-rights-taking-over-space-once-occupied-politics>> accessed 07.02.2020).

enforcement with corruption and regarding corruption as a violation against rights; a right to a good and probe administration is often called upon⁷⁷. This exemplifies “panjusfundamentalization” or the now so-called rights overreach. There might be a more suitable legal framework to fight against corruption than labelling it within the rights discourse⁷⁸.

Because fundamental and human rights stand central in the legal orders (domestic and beyond the state) and touch axial issues that regard state, community, and the individual, they intertwine with almost every pungent political decision. A tendency to draw on rights framework to address these decisions and try to solve political, economic and social acute problems is understandable. Rights have been standing more and more in the centre of legal and political discussions after the Second World War. It is appealing to think that rights will offer the answer to climate and environment problems, that they will eventually help us through the dilemmas brought about by technology and science in a world still marked by enormous inequalities and undiagnosed risks. Nonetheless, rights legal framework might not be capable neither suitable for these challenges; some issues demand different approaches in the political and economic arena⁷⁹.

These considerations point to a steady defence of fundamental and human rights, but at the same time, to a prudent and conscious approach, not disregarding the necessity of caution towards a “panjusfundamentalization” or overreach phenomenon. The peril of not recalibrating the scope of rights discourse and legal practice, in order to strengthen their concept and normative force, might be, in reverse, strengthening scepticism and populist onslaughts against these very rights⁸⁰.

From another perspective, light must be shed on the fact that rights also have an impact in private relations and that an artificial proliferation of rights can have as a

⁷⁷ The Charter of Fundamental Rights of the European Union establishes a “right to good administration” in its article 41. For an interesting approach, see PETERS, Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights, **European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1251-1287, nov. 2018.

⁷⁸ PETERS, Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights, **European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1251-1287, nov. 2018.

⁷⁹ For an interesting approach on these issues, see HANNUM, Hurst. **Rescuing human rights**: a radically moderate approach. Cambridge, Cambridge University Press, 2019; TASIOLAS, John. Are human rights taking over the space once occupied by politics? **Newstatesmen** (26, August, 2019). (<<https://www.newstatesman.com/2019/08/are-human-rights-taking-over-space-once-occupied-politics>> accessed 07.02.2020).

⁸⁰ In this regard: “Often, growing scepticism about human rights is interpreted as a ‘populist backlash’. Recall the threat by then US presidential candidate Donald Trump to bring back ‘a hell of a lot worse than waterboarding’ for suspected terrorists, or Brazilian President Jair Bolsonaro’s dismissal of human rights as ‘manure for rascals’ – ‘rascals’ designating indigenous people, the criminally accused, and members of the LGBTQ community.” (TASIOLAS, John. Are human rights taking over the space once occupied by politics? **Newstatesmen** (26, August, 2019). (<<https://www.newstatesman.com/2019/08/are-human-rights-taking-over-space-once-occupied-politics>> accessed 07.02.2020).

side effect a compression in freedom, delivering an opposite legal effect than expected. The horizontal efficacy of fundamental rights is of great importance but requires caution to identify the power relations suited for its application.

Besides that, in the fundamental rights field conflict is not an unexpected problem that demands a definitive solution, it is a constant challenge which claims to be permanently managed. Conflicts between fundamental rights and between fundamental rights and other constitutionally positivized values or goals are inherent and unavoidable. Even though this is a well-accepted aspect⁸¹, a rights proliferation might flow into an overarching multitude of conflicts with a negative effect on rights.

At this point, it is relevant to notice that the affirmation of the open character of the fundamental rights system implicates its mobility not only to expand its content but also to evolve through restrictive changes concerning specific rights. These restrictions can derive from new interactions between rights and between rights and norms that protect other constitutionalized values and goals. New rights might ask for abstract restriction upon existing rights; past and present expansive changes may lead to the future need of restrictive changes in the system. The resistance capacity of rights comes into play: is it possible to speculate about a prohibition of regression or backsliding of rights protection?

In recent years it became popular in the field of fundamental rights, especially social rights, to discuss the possibility of backsliding, of regression of rights legislative concretization and implementation. Scholarly relevant material appeared in some contexts defending the idea that once rights had been granted some level of normative concretization assuring their effectiveness, it would become forbidden to eliminate this legislative concretization. This prohibition has been built into an implicit constitutional principle, which, despite being controversial, can be reasonably justified and normatively anchored⁸². In fact, the very normative force of fundamental rights norms as constitutional provisions can ground their resistance ability against the pure elimination of legislative norms necessary to assure their effectiveness.

Considering that most of the thinkable updating modifications in the system are expansive ones and that conflicts involving rights and other constitutional goals are unavoidable, an absolute prohibition of regression is not feasible. Nonetheless, regres-

⁸¹ DONDERS, Yvonne. **Towards a right to cultural identity?**. Cambridge: Intersentia, 2002; DONDERS, Yvonne. Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration (June 26, 2020). published in: **Japanese Yearbook of International Law** ("Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration", Japanese Yearbook of International Law, Vol. 62 (2019) International Law Association of Japan (February 2020), pp. 61-84.), Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-35, Amsterdam Center for International Law No. 2020-13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635993>.

⁸² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

sive measures must undergo strict control in order to be constitutional and adequate to the fundamental rights system. A heavy argumentative burden weighs on regressive changes. Firstly, it is essential to distinguish between concrete restrictive measures on fundamental rights when in conflict situations and abstract restrictive normative modifications on the constitutional or legislative level. The former indicates a concrete conflict in a one case ruling. The latter means precluding norms from the system. The restrictions approached here and limited by a prohibition of regression are restrictions on the abstract level, i.e., restrictions that mean stepping back on the concretization and effectiveness of rights by suppressing fundamental normative content of the legal system. These abstract restrictions must be proportionate and constitutionally acceptable⁸³.

Despite the seriousness of the questions and normative problems briefly presented as consequences of the openness, they ought to coexist with the assumption – made in this paper – that the enumerated rights as a static and immobile set of rights are not enough to offer the legal protection and promotion required by human dignity. This conclusion is followed by the idea that the system should not be closed and static; it is inherently open and dynamic. Openness is, at the same time, a necessity concerning the protection required by human dignity and an inevitable consequence of the open texture of law. Openness is unwavering; nonetheless, the problems pointed claim to be managed, the system cannot expand limitless neither can it expand at the cost of its elements or at the cost of the constitutional normativity. Openness must coexist with some closure in order to preserve the system identity and to face the problems briefly presented.

Conceiving openness as an implicit principle provides relevant theoretical tools to face its own limits. Principles, as optimization commands, can collide with each other and demand a normative solution in which one principle overweighs other(s) without expunging the colliding principle(s) from the system. Departing from the application of the principle of openness, the critical aspect of advancing the conditions in which new rights should be accepted into the rights system rests on disclosing their substantial fundamentality. The other way round, the presence of substantial fundamentality identifies the conditions of application of the principle of openness; it unlocks the door to compensatory constitutionalization. Adequate criteria are required to reveal substantial fundamentality.

⁸³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

5.2 Criteria for testing new rights

The criteria presented below were built upon the idea that openness translates the dynamicity of the rights system to evolve offering the protection claimed by human dignity and enhancing the normative strength of both the constitutional and the fundamental rights systems.

The criteria were construed as an attempt to strike an adequate balance between openness and closure of the system, revealing the conditions in which the principle of openness must be applied. As the principle of openness is no absolute, but coexists with other norms of the system, the criteria consider other normative elements that can collide with this principle. Not every advantage position or new subjective claim is able to trigger the application of the principle of openness trumping colliding norms, there must be substantial fundamentality. The fundamentality test, parametrized by the criteria, converges to the analysis of the possible normative conflicts which involve the principle of openness. This analysis aims to identify the conditions in which openness is the overwhelming norm and must be applied.

To start the testing process, it is essential to draft a concept of *fundamental right* to which the candidate trying to enter the system must be confronted. The structure of the candidate must undergo this preliminary analysis. If the structure of the candidate copes with the constitutionally adequate definition of *fundamental right*, it should be analyzed to determine whether it is *fundamental*. Nonetheless, it is important to leave some room to the conception of fundamental right to evolve. A present acceptable concept was advanced above⁸⁴.

As a threefold openness was presented, it seems important to note that the criteria to be explored do not aim with the same intensity at all forms of openness. The openness that operates through the nature of law, which has to do with legal interpretation and construing argumentation to support derivative fundamental norms, is not the first goal of the criteria. In this case, the legal argumentation is directed upon defending that a norm should be recognized as a derivative norm, i.e., as an implicit norm anchored in one or more explicit provisions which already make part of the system. This argumentation is precisely grounded on the idea that this norm is implicit, it holds formal fundamentality. Because it is implicit or derivative, it already presents a normative foundation. It is certainly important to follow an argumentation process and to highlight the substantial fundamentality, to affirm how fundamental the content defended is and how it is linked to other norms directly deduced from explicit provisions. Nonetheless, the substantial fundamentality, in this scenario, is still coupled with the formal fundamentality.

⁸⁴ Specifically considered, fundamental rights are legal subjective advantage positions linked (in distinct intensity) to human dignity. Fundamental rights are positivized in a state legal order, preferably in its constitution, as legal norms with subjective and objective content, safeguarded against and through state powers.

The main idea behind the criteria is to unveil the substantial fundamentality of rights and, departing from the assertion that this fundamentality exists, claim to treat these rights the same way as the ones which hold formal fundamentality are treated. This circumstance explains why the criteria are more suitable to test “new” rights, rights which do not profit from sufficient argumentation to be presented as already implicit in the system.

The pursuit of criteria to substantially test new candidates to enrich the fundamental rights system lays in the very foundations of fundamental rights and must be a combination of formal and substantial elements. There should be a procedure to check both source and content of rights. Nonetheless, a positive result of such a checking process must not be understood as an affirmation of the definitive validity or application of a fundamental right norm in a concrete case. Instead, the identification of substantial fundamentality leads to introducing the right in the fundamental rights system as a *prima facie* norm. Its application in a specific case must be verified in the very concrete case considering the other possibly applicable norms, as it happens to every norm in the system.

Concerning formal aspects, a first important observation is that openness as a principle is not itself a source of new rights, these must stem from some legitimate source of law to profit from the openness and enter the system. Rights and subjective positions may result from judicial activity which confers them broader or renewed significates through interpretation⁸⁵. As for sources in strictly technical meaning, rights may be stipulated by constitutional amendment, by legislative enactment of new infraconstitutional law and by international law instruments. Openness does not create new rights. Rights established by legitimate sources may be welcomed in the system through its openness.

The sources mentioned, except from constitutional amendment and to some extent international law instruments (according to constitutional provisions), are not legitimate to “create” “new” rights granting them the *status* of formal constitutional norms. This is the reason these rights must undergo a test to verify their substantial fundamentality in order to claim compensatory constitutionalization. They are not born as constitutional norms; if they carry substantial fundamentality, they ought to be constitutionalized.

Even when constitutions enshrine explicit open clauses, these clauses do not provide criteria for a definitive identification of substantial fundamentality of rights.

⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: CAVI-NO, Massimo (a cura di). **Esperienze di diritto vivente**: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo: Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia. Milano: Giuffrè, 2009. v.1, p. 279-312.

Sometimes there is some indication but, even then, there must be further theoretical and judicial elaboration. An example can illustrate what has been said. The Brazilian open clause establishes (art. 5, paragraph 2. of Brazilian Constitution): *"The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others deriving from the regime and from the principles adopted by it, or from the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party."* When a right is established in a treaty, it can be easily identified as the source is explicitly indicated by the constitutional open clause. Still, further elaboration might be needed, because not every right in every international law provision carries the *status* of fundamental or human right. For the rights that derive from the regime and the principles adopted by the Brazilian constitution, it becomes evident that further inquiry and elaboration are required. The constitution does not point out by which sources these rights can be positivized (ordinary law? Judicial decisions with *erga omnes* effects in constitutional review – a precedent?). The substantial parameters, on their turn, are far from leading to objective or predictable answers; which fundamental content falls under *deriving from the regime and from the principles adopted by the Constitution*?⁸⁶ This example shows that the presence of an explicit open clause does not preclude the necessity of presenting criteria to select the rights able to benefit from the openness provided by the very clause.

The same reasoning holds in the face of specific open clauses towards international law instruments. In the presence of provisions carrying rights, it might be necessary to question either they are "new" rights to the system, rights already present in the system but with different levels of protection or legal regimes, or even if they are rights with a human or fundamental right nature. International norms may also establish state obligations from which it might be possible to derive subjective advantage positions claiming to have their substantial fundamentality tested. In these cases, while the legal source question might not be an issue, the normative content remains subject to questioning⁸⁷.

To what concerns the substantial criteria to find substantial fundamentality it is important to note that it did not seem adequate to seek these criteria in "natural law" because it is necessary to provide an intersubjective rationally controllable foundation for these pretense fundamental rights. The democratic state legal order should not require meta-social guarantees, and law should not be construed as image and

⁸⁶ Some similar reasoning can be conducted in the face of the North American constitutional system, since the IX Amendment establishes: *"The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people."*

⁸⁷ Once more the Brazilian provision may help to illustrate the situation: *"International human rights treaties and conventions which are approved in each house of the national congress, in two rounds of voting, by three fifths of the votes of the respective members shall be equivalent to constitutional amendments."* (Article 5 paragraph 3 of the Brazilian Constitution)

likeness of a natural or metaphysical legal order based on moral pre-state suprapositive principles. As stated by Jürgen Habermas, law ought to be construed upon principles which can be rationally justified⁸⁸.

Having clarified these premises about the testing criteria, it is important to bring to light the most important theoretical contributions used in their development. A significant input to the founding of new rights was sought in Ronald Dworkin's construction on principles, on the force of rights, on law's integrity, on the hermeneutic enterprise⁸⁹. In addition, the consensual truth theory of Jürgen Habermas was a particularly valuable tool to reach a consensus on values through communicative rational action and discourse⁹⁰. Besides, as already signaled, the philosophical construction of Robert Alexy has a central role in the whole conception of the system of rights and its openness. This construction provides for foundations to think beyond a mere positivist approach, emphasizing the necessary connection between law and morality, without allowing morality to colonize law entirely. The latter also enabled to work within a procedural model of rules and principles, to be operated through legal argumentation⁹¹. It is evident that these theoretical foundations present, apart from some convergent points, many divergent elements, which require caution to avoid absolute incompatibilities.

Every constitutional system has its own characteristics, but it is possible to address a certain level of generalization, as pointed above. Departing from this generalization, the criteria are presented in abstract terms and should be adapted when applied to specific constitutional systems.

The criteria were construed upon the constitutional definition of fundamental rights and its core elements, seeking to provide an adequate balance between openness and closure of the fundamental rights system of the constitutional state. These are the guiding ideas to approach the criteria to test new rights:

- there is no standalone criterion;
- formal or structural criteria are not sufficient;
- the criteria presented should not be seen as absolute or immutable parameters.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012; ALEXY, Robert. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. Oxford: Oxford, 2002.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. V. 1. Boston: Beacon. 1985; MACCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1987; LAFONT, Cristina. Correctness and legitimacy in the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 291-306.

⁹¹ ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation**: the theory of rational discourse as theory of legal justification. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Departing from these guidelines, the criteria to test the substantial fundamentality of a new right are the following:

- its relevance to the norm of human dignity;
- the individual as its reference;
- its relevance to and its connection with the fundamental rights norms explicitly positivized in the constitution;
- its relevance to and its connection with the structuring elements of the fundamental rights system;
- its relevance to and its connection with the structuring principles of the constitutional state;
- its closeness to the international standards on human rights;
- its justifiability (the ability of being properly justified);
- the suitability of its source.

It seems important to explore these criteria, explaining what is understood under each of them and how they should parametrize the test of new rights.

5.2.1 *Relevance to the norm of human dignity*

The fundamental rights, which take part in the system, should serve *“the direct protection and guarantee of legal goods within the personal sphere which are indispensable to the safeguard of every person’s human dignity...”*⁹².

Hence, rights which have no formal *status* as constitutional norms, in order to enter the fundamental rights system through the fundamentality test, must likewise serve the protection of legal goods within the individual sphere which are indispensable to safeguarding human dignity. In the testing process, the argumentation burden ought to be adequately fulfilled showing that the new right is required by or enhances the protection and the promotion of human dignity. It should become visible that human dignity would lack important protection if the right would not be accepted in the system.

The idea is to raise human dignity as a parameter, as Jürgen Habermas points out when dealing with a constitution for Europe. Dignity is a *“seismograph that indicates what is constitutive for democratic order – which are precisely the rights that are granted to citizens of a political community and, therefore, they may consider each other as members*

⁹² CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 55. The piece was freely translated from the Portuguese original.

of a voluntary association of free and equal"⁹³. Habermas refers to a conceptual liaison between human dignity and human rights; dignity is the moral source of rights⁹⁴.

Human dignity is the core element to approach a substantial concept of fundamental and human rights. The election of human dignity as the paramount parameter to fundamental rights does not seem controversial; this idea can be soundly held in the field of rights, fundamental or human⁹⁵. On the opposite, taming human dignity to fit into a concept or a definition is deeply controversial, especially considering the theoretical foundations of this paper, which defend that an official definition of human dignity must be avoided⁹⁶.

Reasonable moral disagreement is possible in regard to human dignity and fundamental or human rights questions. The recognition of new rights – which are situated midst such disagreements – ought to be guided by the idea of guarantying in the broadest way possible the coexistence of diverse moral conceptions. This coexistence should give room to individual autonomy to inclusively define his or her own dignity. This seems to be the best acceptable approach to human dignity in our kaleidoscopic world, especially considering the democratic element of the constitutional state and the unavoidable moral plurality of society⁹⁷.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464–480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021, p. 464–480. With a critical approach to Habermas' construction see WALKER, Neil. Habermas's European constitution: catalyst, reconstruction, refounding. (<https://doi.org/10.1111/eulj.12341>). Also see MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*. <http://ssrn.com/abstract=1162024>, accessed 06.01.2014; BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464–480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021, p. 464–480.

⁹⁵ ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In GOVAERE, I., GARBEN, S. (Eds.). **Interfaces between European and International Law** (pp. 101–124). (Modern Studies in European Law; Vol. 89). Oxford: Hart Publishing, 2019. <https://doi.org/10.5040/9781509923410>.

⁹⁶ In order to think how controversial the legally protected concept of human dignity might get it is elucidative to think about questions concerning abortion, euthanasia, drug use, genetic manipulation, new family models, to quote only a few. See HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464–480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021, p. 464–480; FARBER, Daniel A.. **Retained by the people: the "silent" ninth amendment and the constitutional rights Americans don't know they have**. New York: Basic Books, 2007, p. 115 ss; SIEGEL, Reva B.. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. **Faculty Scholarship Series**. 2008. Paper 1134. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1134.

⁹⁷ Justice Cançado Trindade points out to the need of crosscultural foundations to human dignity (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999). See also PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3–45; WESTON, Burns H.. The universality of human rights in a multicultural world: toward respectful decision-making. In WESTON, Burns H.; MARKS, Stephen P. (eds.). **The future of international human rights**. New York: Transnational. 1999, p. 65–99.

One example, controversial as it may seem, illustrates the idea briefly exposed. The recognition of a right to same-sex marriage or union or its acceptance as a legal institution can be in the middle of harsh moral disagreements and may lead to disputes between diverse moral conceptions. Nonetheless, the recognition of such a legal right brings to light that the state is not embracing a particular moral conception as part of an official morality. The recognition of such a right, on the contrary, exposes the enlargement of the space of protected freedom within the boundaries of the legal system. It enables the concretization of an important aspect of human dignity by the ones who exercise this freedom and autonomously make a choice concerning their affections and unions. The right grants them adequate legal protection. At the same time, this recognition does not restrict the autonomy of the ones who are not willing to exercise such a freedom. Besides, in the democratic state, open debate about the theme remains free and possible, preserving the space for the moral disputes involved⁹⁸.

This open conception of human dignity is required by the premises adopted in this paper. Notwithstanding, the conceptual openness of human dignity could represent a peril when used to test new candidates for the fundamental rights system. To diminish this peril, human dignity must be combined with other criteria and, consequently, with norms and values underlying them. Also, it is important to rely upon the contributions of Robert Alexy and Jürgen Habermas – respecting their particular conceptions – who approach human dignity through a discursive path, making its approach intersubjectively controllable. Following this path, human dignity does not claim a metaphysical morality leading to more defining and conceptualizing issues, it points to morality that can be intersubjectively exposed upon rational arguments, as already mentioned.

5.2.2 *The individual as the reference*

When seeking the substantial fundamentality of new elements to possibly enter the fundamental rights system, the image of the rights holder is central to identify the goods that could require and deserve protection. One should be able to recall the image of human being, person, individual member of a political community. A right, to be fundamental, must have this image as a reference. There must be a subjective point of normative imputation to which the right should refer.

From a complementary perspective, it must be affirmed that in the constitutional state, the individual is not isolated. The person must be regarded in its individual and unique aspects but as part of a political community. The understanding of the right

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 105-106.

holder in a dialectical relation between individual and community is required⁹⁹. This implies that meta-individual needs and interests should also be considered¹⁰⁰.

This circumstance can lead to a broadening path concerning the fundamental rights holder that results in weakening the meaning and value of fundamental rights. This devaluation is a consequence of the disconnection with the underlying norm of human dignity and the inadequacy of the legal protection means available. There are fundamental rights of collective exercise, and there are also collective rights asserted as fundamental and human rights. In these cases, however, it seems possible to still trace a strong connection between these rights and human dignity as legal protection for individuals. The question is whether this connection still holds if one grants fundamental rights to legal entities or even to depersonalized entities, such as the environment itself¹⁰¹.

It may be undeniable that new boundaries can and should be set for rights and all the elements concerned, including the definition of right holder. Nevertheless, if a concept or a legal instrument is artificially overstretched, it may lose its legal importance and significance. The question is not whether nature or animals, for example, deserve legal protection, but whether this protection must be offered through directly granting them fundamental rights¹⁰². Further developments towards better legal protection of the Earth and its components, towards a less anthropocentric conception should be inevitable. Notwithstanding, instead of depleting legal means of their force, it may be more efficient to think of new frameworks. Not encompassing a situation within the framework of fundamental rights does not necessarily mean or lead to diminishing its legal importance or protection. It might, on the contrary, point to the need of conceiving more suitable legal protection.

Bearing in mind the search for an adequate balance between openness and closure of the fundamental rights system, it is justifiable to require new rights to have the individual as its legal reference as explained above. This requirement guarantees the necessary connection with the underlying norm of human dignity.

⁹⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 40.

¹⁰⁰ For an interesting approach, see HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

¹⁰¹ For an approach to this discussion concerning the human right to a healthy environment, see BECKIUS, Louise. **The human right to a healthy environment**. <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=2ahUKEwjA34zTopLnAhUS36QKHUgrABoQFjAOegQIBxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.scriptiesonline.uba.uva.nl%2Fdocument%2F641667&usg=AOvVaw0UjZFcmARXkgfH24zR_xyc> Accessed 20 January 2020.

¹⁰² See the discussion in HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 141-172, set./dez. 2017.

5.2.3 *Relevance to and connection with the fundamental rights norms explicitly positivized in the constitution*

Relevant parameters to the compensatory constitutionalization of rights can be found in the substantial content protected by the constitution and by the fundamental rights system seen in an evolutive way.

To what regards the explicit fundamental rights norms, a core guideline is the idea of indivisibility and interpenetration of fundamental rights. All fundamental rights norms converge to delivering human dignity¹⁰³ the best protection and promotion possible within the constitutional system. They are called upon in a joint enterprise, even when one fundamental right norm is more specifically adequate to a particular case. Besides, the effectiveness of one right can have strong effects on the effectiveness of other rights, what can influence positively the normative force of the rights system as a whole.

There are differences in fundamental rights regimes in many constitutions, what leads to the traditionally known dichotomy between liberty, negative or defensive rights, in the first place, and social or positive rights on the second place¹⁰⁴. This to leave aside, at this moment, the so-called “third-generation” of rights. Many constitutions do not even positivize social rights explicitly; these rights must then be enumerated and developed through ordinary law, profiting from normative constitutional anchoring in general clauses, such as the welfare state or the principle of equality¹⁰⁵. This cleavage

¹⁰³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 89.

¹⁰⁴ Pointing to the two categories, see STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 70. As a very clear example of this dichotomy, see the Portuguese constitution, that treats separately what is calls “rights, freedoms and guarantees” from what are regarded as “social, cultural and economic rights”. It is substantially important to notice that the following rules, on rights regime, apply only to the first category, weakening the second. The text reads: “Article 17 (Regime governing rights, freedoms and guarantees) *The regime governing rights, freedoms and guarantees applies to those set out in Title II and to fundamental rights of an analogous nature. Article 18 - (Legal force): I The constitutional precepts with regard to rights, freedoms and guarantees are directly applicable and are binding on public and private entities. II The law may only restrict rights, freedoms and guarantees in cases expressly provided for in the Constitution, and such restrictions must be limited to those needed to safeguard other constitutionally protected rights and interests. III Laws that restrict rights, freedoms and guarantees must have a general and abstract nature and may not have a retroactive effect or reduce the extent or scope of the essential content of the constitutional precepts.*”

In the Brazilian constitutional text and practice the cleavage is not so clear as in the Portuguese context. Nonetheless, is important to notice that the norm which commands immediate application to fundamental rights norms in enshrined in Article 5, which makes part of a chapter called “individual and collective rights and duties”. The social rights are enshrined in the next chapter.

¹⁰⁵ It is interesting to notice that the German “fundamental law”, in which there is an almost complete lack of rights to state concrete provisions, enshrines dignity explicitly establishing that all public authorities have the duty to respect and protect human dignity (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte, Staatsrecht II**, 11.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995). Even when it is not possible to use this provision as an explicit root to rights to state concrete provisions, the idea of *protection* exceeds the prohibition of state interferences. See on the matter Ernst Benda, who cogitates of concrete provision duties, even related to an existential minimum

can also be found in international law instruments, coined in the expression “generation of rights” and to be seen in some of the most influential instruments, for example, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)¹⁰⁶.

Besides this cleavage, which is still the most decisive in the conception and practice of fundamental and human rights, many other classifications exist in the attempt to achieve some abstract hierarchization of rights and coin differentiated enforcement regimes¹⁰⁷. It seems clear that, in concrete cases, hierarchizations to solve conflicts between rights are unavoidable and result from the combined rule-principle model. This circumstance does not lead to the conclusion that fundamental and human rights should fit into rigid abstract hierarchized schemes; such a fixed conception could weaken some rights and, in consequence, all the system.

An alternative to these conceptions is built upon the deconstruction of many argumentation paths developed to rigidly hierarchize rights¹⁰⁸ and upon the idea that fundamental and human rights are inherently intertwined, indivisible, inter dependable; they are a system built to protect human dignity in its wholeness¹⁰⁹.

In this scenario, the explicit enumeration or recognition of specific fundamental rights is not a neutral variable. On the one hand, as already mentioned, an excessive proliferation of rights should be approached carefully. On the other hand, autonomous rights explicitly established reassure specific fundamental contents that enhance human dignity protection; they alleviate the argumentation burden to anchor these contents normatively. In addition, specific fundamental content might be called upon to support other fundamental rights and positions, reinforcing their protection and bringing indivisibility, interpenetration and interdependence into light, strengthening the

(BENDA, Ernst. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, p. 126). Also see ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 434 ss

¹⁰⁶ EIDE, Asbjørn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. 21-40; SCHEININ, Martin. Economic, social and cultural rights as legal rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. 41-62; LEIJTEN Ingrid. **Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge, 2018.

¹⁰⁷ Jan Hendrik Klement wrote: “While all constitutional rights sit perfectly happily alongside each other in a basic rights order that is based solely on defensive rights, intra-constitutional rights conflicts are unavoidable in the context of a pluralist model of basic rights. ...” (KLEMENT, Jan Hendrik. *Common law thinking in German jurisprudence*. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 184)

¹⁰⁸ For an interesting “deconstructing” argumentation, see SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2013. For an approach based on the indivisibility of rights, see NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464–480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021, p. 464-480.

whole system. A good example is the right to science, present in international instruments but not in domestic constitutions. This right lends a good glance at the question when dealt with in combination with the right to health¹¹⁰; instead of a banalization of rights, the right to science can be of vital importance to guarantee health. Specific aspects that concern profiting from the benefits of scientific progress and its applications in order to protect and promote health become undeniable when the right to science is recognized.

The present criterion shows the need to compare the new right to the existing rights in the system concerning its capacity to protect and or promote human dignity. At this point, the question of whether a new candidate bears substantial fundamentality could be stated as follows: has this candidate similar capacity of protecting and or promoting human dignity as the enumerated rights? Is this candidate essential or highly needed to guarantee or enhance the effectiveness of the enumerated fundamental rights?

If the candidate offers similar protection or promotion regarding human dignity and enhances the possibilities of the rights already present in the system, it scores positively in the test, adding in the argumentative path to its compensatory constitutionalization.

Through a somewhat different perspective, it is important to notice that the indivisibility, interpenetration, and interdependence of fundamental rights does not eliminate possible conflicts which will always make part of the application of the norms of the system. That is to say that the questions here presented do not deserve a negative answer based on possible frictions involving the new right and other rights in the system. A relation of complete compatibility among rights is not expected. What is expected is common axiological root leading back to human dignity in its complexity and multifaceted nature. It is not a problem that new rights which enter the fundamental rights system collide with other specific rights; they ought to share the necessary foundations of the constitutional and of the fundamental rights system, integrating themselves in the common axiological heritage construed by the constituent power.

5.2.4 *Relevance to and connection with the structuring elements of the fundamental rights system*

New candidates to enter the fundamental rights system, as stated above, do not need to show compatibility with all encompassed rights; both rights and structuring elements can come into tension, reflecting the various and contradicting values which

¹¹⁰ DONDERS, Yvonne. The right to enjoy the benefits of scientific progress: in search of state obligations in relation to health. 2011. *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 14, n. 4, 371-381. <https://doi.org/10.1007/s11019-011-9327-y>.

underlay the constitutional system and permanently seek adequation within the system. The very core of the constitutional and the rights systems carry values that often ask for compromise¹¹¹; the unity of the systems is much more something to be dynamically pursued than a static given.

This is the background for testing new candidates in their relevance to and connection with the structuring elements of the fundamental rights system. The identity of the two systems involved should be preserved and promoted by the welcoming of new fundamental content, respecting the constituent choices in its evolving historicity. New candidates ought to comfortably fit in a system coined by human dignity, equality, freedom and solidarity. Their contents should serve the updating of this core elements.

5.2.5 *Relevance to and connection with the structuring principles of the constitutional state*

Following the same idea exposed above for the elements of the fundamental rights system, it is expected from candidates to enter this system that they are relevant and can connect to the structuring elements and principles of the constitutional state and its legal order. The goal of this criterion is to warrant that the welcoming of a new right will not distort the sound bonds that must tie fundamental rights and the axiological constitutional tissue. All rights, originally established in the constitutional text or resulting from compensatory constitutionalization, ought to integrate into the constituent axiological heritage¹¹² of the democratic state.

5.2.6 *Closeness to the international standards on human rights*

The difference between fundamental and human rights has already been pointed out. Nonetheless, substantial intersections between the categories can be found. Besides, the interplay between the domestic and the international protection of rights is decisive and holds a central role when conceiving the domestic rights systems as open.

It is not possible to approach rights protection at present letting aside that states and their legal systems are embedded in a vast world of multilevel jurisdictions and mutual influences. As noticed above, an especially meaningful way in which the fundamental rights system openness operates is towards international law, as states are part of an international and global order.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 75 ss.

¹¹² HERRERA, Miguel Angel García. Prólogo a la segunda edición. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. XLIII-LIX.

On the interpretation level, the openness is seen through the mutual influence exerted on national and international legal spheres, generalizing the tendency of a broad and continuous dialogue between diverse courts. Moreover, international norms with or without *jus cogens* nature which impose themselves or influence domestic systems openness are visibly increasing. It is possible to find a standardization of rights legal instruments. It is also possible to affirm that human or fundamental rights are regarded as intangible by states¹¹³; they are no longer confined in the space of grants given by states to their citizens.

In the face of these phenomena, the search for substantial fundamentality gains support by anchoring new rights in international norms or standards. If the new candidate for a domestic rights system is anchored in international norms and is closely related to international provisions or standards, this contributes positively to the argumentation in favour of the candidate. This anchoring works as a vestige, a trace of its substantial fundamentality.

Certainly, this must be one criterion within multiple criteria. It is essential not to take international standards negatively, as they might, in occasions, offer a minimum level of protection. This circumstance should not conduct to denying compensatory constitutionalization to a candidate which represents a higher level of protection. The candidates must undergo the test regarding the other criteria and regarding the specificities of the domestic system in question. This aspect is also relevant because the international standards might need to be seen in the light of the historical and cultural idiosyncrasies of the concrete political community.

5.2.7 Justifiability

Candidates to compensatory constitutionalization must be able to be appropriately and sufficiently justified. It must be possible to develop and present rational justification in favour of the new right.

This criterion is the corollary of the other parameters, it brings the testing task to completion, disclosing the whole process. This criterion reveals how all the other criteria were dealt with and, by doing so, it renders this operation rationally controllable. In brief, justifiability unveils that, if the argumentative burden in favour of the compensatory constitutionalization of a right is adequately accomplished, the door to the rights system is open.

Justifiability as a parameter was developed counting on contributions from Jürgen Habermas' critical theory. His general reconstruction of modern legal orders and

¹¹³ PETERS, Anne. Are we moving towards constitutionalization of the world community? In: CASSESE, Antonio. **Realizing utopia: the future of international law**. Oxford: Oxford, 2012, p. 119-135; PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of sovereignty. **The European Journal of International Law**, 2009, v. 20, n. 3, p. 513-544.

the system of rights, using the discourse principle, is called upon to justify the compensatory constitutionalization of fundamental rights not formally enshrined in the constitution. In addition, his idea of the co-originality of autonomies is also important; private and public autonomy have equal weight and, therefore, individuals should not only be the addressees of law but also its authors¹¹⁴.

In Habermas' construction, it is possible to find an adequate contribution to understand modern society as post-metaphysical and, as such, a society within which a pluralism of visions must cohabitate using law as means of social coordination. In this scenario, the modern commitment to the medium of the law is central as there is no possible reach to a metaphysical response. This commitment requires *"a system of statutes to ensure that every future member of the association counts as a bearer of individual rights"*¹¹⁵.

Habermas' theory, which is not exempt to criticism, is extremely suitable for the pursuit of criteria to identify substantial fundamentality of "new" rights. Justification through rational discursive procedures becomes mandatory to the construction and operation of the openness of the rights system. The goal is to approach the rights the citizens must grant each other if they want to legitimately regulate their coexistence through positive law. Habermas seeks to give foundation to an abstract rights system recurring to the principle of discourse. Hence, his theory, even broad and general, delivers a sound departing point to the justification procedure of compensatory constitutionalization of rights.

The co-originality of subjective rights and objective law, of private and public autonomy, and an undetachable internal nexus between rights and the principle of popular sovereignty are central aspects in the reconstruction of law carried out by Habermas. He connects private and public autonomy utilizing a legal content of the political autonomy exercise: the *discursive formation of opinion and will*. The reconstruction of the rights systems of modern societies rests upon self-determination and self-legislation through rational discursive procedures leading to form rational will. The system of rights should legally institutionalize the conditions required by these discursive procedures. These conditions are necessary to endow the partners in law to obtain politically autonomous legislation¹¹⁶.

Precisely departing from the co-originality of public and private autonomy, Habermas avoids the possibility of a moral interpretation of rights; the addressees of

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 144-146.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 137 ss.

rights are their very authors. He does not admit a moral right to liberties as an external boundary imposed on the legislator. He only acknowledges the content of rights as a formal condition to the discursive formation of opinion and will¹¹⁷. Equal rights and liberties must be understood through politically autonomous legislation. This leads to affirm that self-legislation does not mean a moral self-legislation of singular individuals; self-legislation is connected to the principle of discourse and to the legal form. The result is the principle of democracy, which is the core of the rights system¹¹⁸.

This construction and its elements can suitably engage in the conception of law presenting a claim to correctness, as drafted above. The need for justification found in Habermas, which makes the individual at the same time addressee and author of the legal order (especially regarding the system of rights), supports the claim to correctness. This claim is not externally or heteronomously imposed by a moral order superior to law. Claim to correctness – substantial requirements to a “correct” law – must be understood as a result construed through rational discursive procedures within historical-political contexts. Politically autonomous legislation is made in concrete settings which enable to identify substantial requirements – also through rational, discursive procedures – needed by law and the rights system to be legitimate.

Habermas, on his general level of cogitation, does not indicate substantial boundaries for this self-legislation. On the level before the concrete organization of the state, he indicates indispensable rights required by a “legitimate” law, affirming that they ought to be structured by the legislator¹¹⁹. In other words, he reaffirms the co-originality of the public and private autonomy.

Departing from the liaison between people sovereignty and fundamental rights, Habermas proceeds to the reconstruction of the rights system in an “*explanatory or comprehension theoretical exercise*”. The construction of a concrete rights system by the constituent power should presuppose the principle of discourse and the legal form; the liberty rights are the necessary enabling conditions to establish the “legal code” once they are the means to the exercise of political autonomy. Habermas does not conceive the rights system as originated in natural law or in a moral order superior to law that should only be translated into law by the constituent power. As mentioned, he avoids this “duplication” of law; law is not a reproduction of morality¹²⁰.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 164.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 162-163.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 164-166.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 166.

In the context of legal orders not grounded in metaphysical or religious foundations, practical guidance can only be approached rationally through argumentation. The understanding of the connection between law and morality is of paramount importance. Morality is not to be duplicated into law. Therefore, it is necessary to use rational argumentation to agree on the validity of norms to guide actions.

This conception warrants the centrality of the human person which is indispensable to the construction presented in this paper. The individual is not only the addressee of the legal order, but the author of this order through political autonomy. The decisions about the rights systems in modern democratic societies can only be taken employing this autonomy, using rational discursive procedures. It is continuously necessary to reach renewed moral consensus, procedurally forged, to determine which rights are indispensable to the participation in the democratic discourse¹²¹.

Without adhering completely to Habermas' critical theory, what would require developments that go far beyond the goal of this paper, it is crucial to retain that Habermas' conception of the system of rights is situated within a discursive comprehension of law. This reveals the umbilical connection between democracy and rights. In his theory, the construction of law results from the exercise of political autonomy by citizens. Translating these ideas into the theme of the paper, it is possible to assert that the decision of which rights deserve compensatory constitutionalization is central to structuring the state and the political community¹²².

The rights system is for Habermas the heart of the legitimate law; without such a system, there is no legitimacy in law. This is a bridge to bind Habermas' and Alexy's theories in delivering the adequate theoretical foundation to the openness of the fundamental rights system and the criteria for the compensatory constitutionalization. The idea of legitimate law approaches the conception of law holding a claim to correctness; both do not strive for a transcendental morality but ask for a rationally discursively construed morality.

The necessity of taking decisions through rational discursive processes makes more sense when linked to the need to justify these decisions. This emphasizes that legal reasoning and legal argumentation ought to be carried within rational criteria. Law holds a claim to correctness, but not only law as a system. This claim also spreads itself to the norms and decisions taken within the system. Justifiability comes into play.

¹²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 158

¹²² Matthias Klatt points out that, according to Robert Alexy, the role of fundamental rights in legal system is characterized by the fact that they represent highly relevant issues for individuals and society (KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 7). See ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 462-463.

The claim to correctness, as here understood, leads inevitably to a claim to justification; correctness implies justifiability¹²³.

According to Robert Alexy, legal reasoning ought to enable the logical inferences which provide internal justification, and which reveal the premises that require external justification¹²⁴. His legal argumentation theory must be combined with his non-positivist law's conception; it is not possible to fulfil the claim to justifiability recurring exclusively to normative provisions and authoritative arguments. At this point, attention is drawn upon the necessary connection between law and morality. If law, with its open texture, leads to more than one interpretation possible, but if there is a moral argument that favours one interpretation, this one ought to be chosen, fulfilling the claim to correctness. This choice should be justifiable through legal rational argumentation, fulfilling, by its turn, the claim to justifiability¹²⁵.

A significant criticism can be delivered on this understanding; an undesirable and unacceptable identification between law and morality¹²⁶. This criticism can be dealt with using Robert Alexy's comprehension of fundamental rights related to his non-positivistic law's conception. It is possible to assert the existence *per se* of fundamental rights conceiving them as *elementary moral postulates* and explaining the connection between law and morality as a classificatory relation in which fundamental rights are central. On the one hand, fundamental rights imply the use of moral considerations to justify themselves. On the other hand, they avoid these ethical considerations from colonizing law completely. Fundamental rights deliver an important contribution to balancing the tension caused by the necessary connection between law and morality¹²⁷.

¹²³ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 15-16. See also ALEXY, Robert. **The argument from injustice: a reply to legal positivism**. Oxford: Oxford, 2002, p. 76 ss.

¹²⁴ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 3-4.

¹²⁵ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 15 ss.

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 139 ss.

¹²⁷ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 15 ss. Robert Alexy distinguishes between rules and principles and asserts that this distinction and the principal comprehension of fundamental rights leads to the necessary connection between law and morality. This happens by means of three theses: the thesis of incorporation (all legal system has principles), the morality thesis (the incorporation of principles in the system leads to the necessary connection between law and critical morality); the correctness thesis (there is a necessary connection between law and morality). This relation is linked to the dual nature of law – real and ideal – asserted by Alexy, having consequences on his concept of law and on legal argumentation. Matthias Klatt writes: "*legal argumentation implies moral reasoning*" (KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 22). See also KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford, 2012. 184 p.

Robert Alexy's conception of fundamental rights as elementary moral postulates can be related to the habermasian idea that there are moral requirements imposed by the principle of discourse. This is especially relevant regarding fundamental rights without which the legitimate production of legal norms is not viable. These requirements amount over historical time and construct themselves as indispensable; these requirements become incorporated in humanity legal and moral heritage. It is not necessary to recall realist thesis over a substantial moral content to law; it is possible to try a rational justification to this content considering it as *"definitive moral learning prompted by modernity"*¹²⁸. This comprehension on Habermas' theory can be found in his latest works. It provides for a foundation for fundamental rights linked with the complementarity between by law and morality construed through this discursive "moral learning"¹²⁹.

In this scenario, the justification of fundamental rights requires a morality which is rationally construed and whose grounding arguments can be exposed through argumentation¹³⁰. This is certainly an aspect that enables congregating elements from both Alexy's and Habermas' theories.

A pivotal element to Robert Alexy's construction viewed systematically is law's discursive rationality¹³¹. His claim to correctness and the relation between law and morality refers to a broad notion of justice, gathering ethic, pragmatic and moral aspects of correctness¹³². In Alexy's theory, the connection between fundamental rights and legal argumentation is close, deep and complex. Their normative structure as legal principles implies the institutional need for balancing and, therefore, of recurring to the theory of legal argumentation. Balancing must be done in a rational and controllable way. The relation between law and morality presents an institutional dimension, which means rights institutionalization in a legal system with constitutional review. The legal system

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 166; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 157-158.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464-480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021, p. 464-480.

¹³⁰ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 22.

¹³¹ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 22.

¹³² This interpretation can be found in Maeve Cooke: *"It is an open question what justice in the broader sense requires. This follows from the view of concepts, together with the discourse-theoretical approach to validity, that I have attributed to Alexy. I have suggested that these lead to a conception of legal philosophy in which the claims to correctness raised for concepts of law are subject to critical evaluation in open-ended processes of argumentation. This holds for the concept of justice as much as for the concept of law."* (COOKE, Maeve. The dual character of concepts and the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 283)

must incorporate equality and liberty reclaimed by legal discourse; it must constitute a discursive democracy¹³³.

From another perspective, law's open texture and the limits of discursive rationality bring to light the importance of law's real dimension, its positivity. Because discourse norms do not lead to one correct answer or interpretation but can deliver different solutions revealing reasonable moral disagreements, positive legal norms are necessary to provide a definitive solution. Robert Alexy names this as *Institutionalizing reason*, which culminates in the political form of *liberal democracy*, of *discursive constitutionalism*. This political form guarantees, at the same time, democracy and fundamental rights¹³⁴. Legal discourse requires that democracy and fundamental rights are incorporated in the legal system. Democracy because dialogue only can be realized in deliberative democracy; fundamental rights because discourse is based on liberty and equality¹³⁵.

Without disregarding relevant points of contrast and friction between Jürgen Habermas' and Robert Alexy's theories, the reasoning developed above made it possible to find approaching elements between them. These elements enable to work with both constructions as substantial ground for the ideas and conclusions developed in this paper. The first author contrasts facticity with validity, the second affirms the dual nature of law – one real dimension and one ideal or critical. The first presents a system of rights without which a legitimate law is unviable; the second understands fundamental rights as indispensable to law's claim to correctness. The first asserts that the rights system ought to enable the legal institutionalization of the conditions required by the discursive procedures¹³⁶; the second affirms that the legal system, because of discursive claims, requires fundamental moral values in the form of fundamental rights¹³⁷.

¹³³ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 19 ss. On page 23 this piece on the connection between fundamental rights and discourse can be found: "... In the philosophical dimension, basic rights are justified with the help of the discourse thesis. In the political dimension, discourse theory specifies a particular political form for the institutionalization of basic rights. In the juridical dimension, the theory of balancing as a part of the principles thesis contributes to the theory of legal argumentation as a whole."

¹³⁴ ALEXY, Robert. Teoria do discurso e sistema jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 87-89; KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 22-25.

¹³⁵ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 22-25

¹³⁶ LAFONT, Cristina. Correctness and legitimacy in the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 291-306.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 137 ss; KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 24; ALEXY, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 329-330/353, footnote 121. Robert Alexy explains that, in many cases, the reasonable

Maybe the link to connect the two theoretical constructions in this present paper is to be found in the goals of law's discursive theories: *"the defence of moral cognitivism, of norms' claim to correctness, of the rational justifiability of norms, of the importance of political deliberation for democratic legitimacy"*¹³⁸. Briefly, what is at stake is exposing the relationship between discursive agreements and the validity of legal norms.

This discursive conception of law and its application in the justification of rights, identifying their substantial fundamentality, suit the comprehension of the legal system and of an open fundamental rights system that underly the whole conception exposed in this paper. The aim to be achieved through compensatory constitutionalization, either on the interpretative level or on the normative creation level, is not to discover rights in a transcendental moral order and affirm them as legally binding. The aim is to justify the recognition of elements that ought to take part in the rights system because of their relevance for human dignity within a democratic state. This justification is construed through rational discursive procedures that sustain the decision of affirming the substantial fundamentality of new rights. Certainly, the procedures may reckon on moral considerations which should undergo rational discursive requirements.

The rational and the discursive aspects involved in the justifiability of the candidates to enter the fundamental rights system are essential to the ideas of legitimate law and law's claim to correctness. Only through discursive processes that are conducted by reason can the rationality of the identification of substantial fundamentality be affirmed, avoiding considerations based on natural law or on a transcendent moral order. Besides, justifiability links itself to the possibility of rational discursive procedures; the substantial fundamentality of the candidates is grounded in their necessity and relevance to the viability of these very discursive procedures. Candidates to enter the system should show their importance for guaranteeing the rational discursive procedures, their importance to discursive constitutionalism, to both public and private autonomies.

If the task is fulfilled, i.e., if the argumentative burden is carried out in the face of the criteria presented above in favour of a candidate to enter the fundamental rights system, its substantial fundamentality should be recognized. Undoubtedly, it is a complex and multifaceted argumentative pathway; it is not enough to demonstrate

disagreement cannot be solved because discourse is not a procedure which is able to always conduct to a one right answer. Even though, there are cases in which it is possible to solve the disagreement by means of what is discursively necessary. This is the case for fundamental rights and democracy.

For a comparison between the ideas of correctness and legitimacy in the discursive theories of Robert Alexy and Jürgen Habermas, see, LAFONT, Cristina. Correctness and legitimacy in the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 291-306.

¹³⁸ LAFONT, Cristina. Correctness and legitimacy in the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 291.

the existence and validity of a legal norm entailing a right. This path requires the demonstration that a legal and valid legal norm conveys a right claimed by the central issues concerning the political community and the state, a right without which human dignity protection cannot be guaranteed and, consequently, without which there is no legitimate law, no law that fulfils the claim to correctness.

The task involves moral considerations and cannot deliver results exempt from controversy. Absolute objectivity is not attainable, a right answer to all the hypotheses is not feasible. If complete objectivity is not achievable, it does not follow that the process is irrational. The goal of the process of testing new candidates and trying to identify their substantial fundamentality, with the help of legal argumentation, is to expose this test submitting it to an argumentative path where justification and intersubjectivity control are required¹³⁹.

Finally, justifiability also concerns the necessity of indicating a valid legal provision that functions as the legal source of the candidate to enter the rights system. If the candidate is a derivative (implicit) norm, in its justification process the explicit provisions to which it is anchored should be presented. It is possible in this case to reckon on interpretation assertions made before; the operation to derivate a norm from explicit provisions depends on legal argumentation¹⁴⁰. In other cases, the legal source of the candidate will be an ordinary law provision or an international law instrument provision, as hereafter explained.

5.2.8 *Suitability of the source*

As a last aspect, in the testing process of new rights it is important to answer the question about which normative source is suitable to establish a right that could be considered fundamental and deserve compensatory constitutionalization.

All the exposition in this paper assumes a general character as pointed out in the beginning. It is hence important to notice that, when considering a specific constitutional system, attention must be paid to the concrete norms of the system, especially regarding the accepted sources of law.

Moral argumentation can undoubtedly play a role in asserting the need to constitutionalize a right recognizing its substantial fundamentality, but this is not enough to include the right in the legal system as a valid norm. Even when the incompleteness of the formal constitution is recognized and when the need to compensatory

¹³⁹ Carlos Bernal Pulido asserts that absolute objectivity is an utopia, not attainable in any normative domain (PULIDO, Carlos Bernal. Estudio introductorio. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. XLV). See also ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 486 ss.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 53-55.

constitutionalization of rights required by the claim to correctness is advocated, it is inevitable to respect a formal criterion to identify the acceptable legal sources. Otherwise, law as a system would collapse.

This circumstance is even more relevant since Robert Alexy's and Jürgen Habermas' theories were the basis of the argumentative pathway structured to test new candidates to the rights system. Their contribution to the theoretical level must find ground in the real dimension of law, within positivized valid law. This formal requirement can be regarded as a requirement of law as a positive construction. Besides, it is required by the necessary imbrication of rights and democracy, the co-originality of private and public autonomy. There must be a sufficiently institutionalized form of production of a provision to render it legally binding, making it a legal source able to convey a fundamental right.

The requirement that a formal criterion is fulfilled does not make the compensatory constitutionalization of rights impossible. As assumed that rights and democracy must coexist in the constitutional state, the fulfilment of a formal criterion is essential. If it is viable to come discursively to an agreement on the need of a right to the protection of human dignity based on substantial reasons rationally explainable, it should also be possible to convey it through a suitable legal provision.

6. CLOSING REMARKS

History and its evolving circumstances enable human dignity to unfold. At the same time, these circumstances present human dignity with renewed threats, which require that the set of rights positivized in states constitutions and in international law also evolve in order to effectively warrant human dignity. Hence, these systems of rights must be conceived as open systems, capable of accepting and accommodating new interpretations and new rights.

The openness of the rights system was here addressed as a broader phenomenon which goes beyond the existence of explicit open clauses for new rights. Openness can operate on the levels of interpretation and of normative creation through different paths – originated from law's nature, derived from an implicit principle, and imposed by the interaction between national and international law – and counting on various ways of realization – legislative concretization of fundamental rights, judicial application of law, explicit open clauses, constitutional amendment, and impositions from international law. Openness assures the updating capacity of the rights system in favour of human dignity.

Human and fundamental rights are powerful legal means to protect and promote human dignity. Nonetheless, it does not simply follow that the more rights, the better human dignity will be guaranteed. On the one hand, the recognition of implicit

and new rights appears unavoidable and desirable. On the other hand, it can lead to rights proliferation with deleterious effects, among others, on the domestic separation of powers, on the capacity of states to guarantee rights, on the normative force of rights. An artificial proliferation of rights can weaken rights' legal and political worth; when everything is fundamental, nothing is really fundamental.

The possible aspects of an alleged rights overreach are being called into discussion domestically and internationally, midst globalization, the growing populist belt worldwide, migration and environmental challenges.

It is crucial to bear in mind the importance of rights beyond aspirational postulates, as effective legal means to protect human dignity, which imply feasible obligations. In this scenario, it is urgent to offer theoretical foundations to the openness of the fundamental rights system. The presentation of these theoretical foundations in this paper intended to preserve the core values and elements of the system, and to prevent the denaturation of the concept of rights. The set of rights granted the *status* of fundamental or human rights cannot expand limitless; openness must be combined with some degree of closure.

The search for balance between openness and closure was addressed in this paper by presenting and exploring a set of criteria to identify the substantial fundamentality of rights. These criteria should guide every update of the system by revealing the presence of substantial fundamentality in rights not formally enshrined in the constitutional text. The criteria function as parameters to the compensatory constitutionalization of rights; the criteria should be applied to candidates entering the fundamental rights system either by the door of interpretation – implicit rights – or by the door of normative creation – new rights. This testing path was structured as an attempt to scrutinize “new” rights and verify if they should be granted the *status* of fundamental right.

Eventually, the paper exposed the reasoning needed in testing implicit and new rights. This complex testing task can only be fulfilled by leaning on legal argumentation and interpretation theories; it is a discursive process that must be conducted by rational and intersubjectively controllable argumentation.

The construction of criteria to scrutinize new rights engages in the effort to readdress the rights discourse and protect rights against artificial proliferation. As a following research step, it seems necessary to put these very criteria to test in order to verify their usefulness. A complementary development, hence, should lead to applying the criteria to alleged new rights, such as a right to science¹⁴¹ or a right to internet

¹⁴¹ The affirmation of the right to science as an autonomous fundamental right which merits compensatory constitutionalization was the central focus of my postdoc research period at Amsterdam University (ACIL-UVA). A paper on the subject is being prepared.

access¹⁴², among many others. This further elaboration, besides a more concrete aspect, should not disregard the need to delve into the increasing challenges posed to democracy and their possible consequences on rights.

At the end it seems imperative to conclude that the attempt to offer mechanisms to maintain the rights system open as well as to prevent the artificial proliferation of rights is not able to deliver an absolute answer, it lays in a discursive process that reinforces the mutual relation between rights and democracy.

7. REFERENCES

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa**: a construção dogmática. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEX, Robert. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010

ALEX, Robert. **A theory of legal argumentation**: the theory of rational discourse as theory of legal justification. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ALEX, Robert. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law. **Ratio juris**, v. 7, n. 2, jul., 1994, p. 227-238.

ALEX, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 319-356.

ALEX, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio juris**, v. 16, n. 2, jun., 2003, p. 131-140.

ALEX, Robert. Grundrecht als subjektive Rechte und als Objektive Normen. **Der Staat**, 29. Band, Heft 1, 1990, p. 49-68.

ALEX, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, ano V, n. 8, ene./jun., 2000, p. 21-41.

ALEX, Robert. On the thesis of a necessary connexion between law and morality: Bulygin's critique. **Ratio juris**, v. 13, n. 2, jun., 2000, p. 138-147.

ALEX, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. **Rechtstheorie**, 18. Band, 1987, Heft 4, p. 405-419.

¹⁴² For an interesting approach referring a right to internet access within a broad discussion, see RANCHORDAS, Sofia. The Digitalization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene (April 29, 2020). University of Groningen Faculty of Law Research Paper, forthcoming *In* Ferreira Mendes, G. & Blanco de Moraes, C. (eds.). **Direito Público e Internet**: Democracia, Redes Sociais e Regulação do Ciberespaço FGV Publicacoes/IDP/Univ. Lisboa, (Public Governance 4.0, 2020)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3663051> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3663051>.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. [Traducción de Carlos Bernal Pulido] Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. Teoria do discurso e sistema jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 75-89.

ALEXY, Robert. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. [Translated by Bonnie Litchewski Paulson and Stanley L. Paulson] Oxford: Oxford, 2002.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio juris**, v. 17, n. 2, jun., 2004, p. 156-167.

ALLAN, T. R. S. Constitutional rights and the rule of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 132-151.

ANDRADE NETO, João. **Borrowing justification for proportionality**: on the influence of the principles theory in Brazil. Springer, 2018.

BALDE, Aua. O direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. In: **African human rights yearbook**. V 3. Pretoria: Pretoria University Press, 2019, p. 49-71.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Ius cogens em direito internacional**. Lisboa: Lex, 1997.

BARNETT, Randy E. Reconceiving the ninth amendment. **74 Cornell Law Review**, 1, 1988-1989, p. 1-42.

BARNETT, Randy E. Who's afraid of unenumerated rights. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, 1, 2006-2007, p. 1-22.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECKIUS, Louise. **The human right to a healthy environment**. <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=2ahUKEwjA34zTopLnAhUS36QKH-UgrABoQFjAOegQIBxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.scriptiesonline.uba.uva.nl%2Fdocument%2F641667&usq=AOvVaw0UjZFcmARXkgfH24zR_xyc> Accessed 20 January 2020.

BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 487-559.

BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. **The European Journal of International Law**, Vol. 19 no. 3 © EJIL 2008.

BIX, Brian. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Published to Oxford Scholarship Online: March 2012. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198260509.001.0001.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language. Springer. **Law and Philosophy**, Vol. 10, No. 1 (Feb., 1991).

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. **Der Staat** (Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte). 29. Band. Berlin, Duncker und Humblot, 1990, p. 1-31.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 59, mayo-agosto, 2000, p. 29-56.

BREWER-CARÍAS, Allan. **Constitutional protection of human rights in Latin America**. Cambridge, 2009.

BRÖLMANN, Catherine, BINDER, Christina. **The law of treaties before domestic courts and human rights bodies**. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-41 Amsterdam Center for International Law No. 2017-27.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. **Ratio juris**, v. 13, n. 2, jun., 2000, p. 133-137.

BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BURGERS, Laura; STAAL, Tim Climate action as positive human rights obligation: the appeals judgment in Urgenda v the Netherlands. In WESSEL, Ramses A; WERNER, Wouter; BOUTIN, Bérénice (Eds.) **Netherlands Yearbook of International Law 2018**, T.M.C. Asser Press, forthcoming in spring 2019. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2019-01.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

COOKE, Maeve. The dual character of concepts and the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 275-290.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais: sumários**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

CRIDDLE, Evan; FOX-DECENT, Evan. Fiduciaries of humanity: how international law constitutes authority. **Oxford scholarship online**. 2016 (DOI:10.1093/acprof:oso/9780199397921.001.0001).

DE WET, Erika. The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order. **Leiden Journal of International Law**, 2006, n. 19, p. 611–632.

DE WET, Erika. The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making. **PER/PLJ**, 2007, v. 10, n. 2, p. 21–46.

DE WET, Erika. The international constitutional order. **International and Comparative Law Quarterly**, 2006, jan., v. 55, p. 51–76.

DE WET, Erika. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. **European Journal of International Law**, 2004, v. 15, n. 1, p. 97–121.

DOBNER, Petra. More law, less democracy?: democracy and transnational constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 141–161.

DONDERS, Yvonne. Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration (June 26, 2020). published in: **Japanese Yearbook of International Law** (“Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration”, Japanese Yearbook of International Law, Vol. 62 (2019) International Law Association of Japan (February 2020), pp. 61–84.), Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-35, Amsterdam Center for International Law No. 2020-13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635993>.

DONDERS, Yvonne. The right to enjoy the benefits of scientific progress: in search of state obligations in relation to health. 2011. **Medicine, Health Care and Philosophy**, vol. 14, n. 4, 371–381. <https://doi.org/10.1007/s11019-011-9327-y>.

DONDERS, Yvonne. **Towards a right to cultural identity?** Cambridge: Intersentia, 2002.

DONDERS, Yvonne; LAAKSONEN, Annamari. Finding **Ways to Measure the Cultural Dimension of Human Rights and Development** (November 9, 2009). (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1657837> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1657837>)

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: whether and how *Roe* should be overruled. **The University of Chicago Law Review**, 59.1992, p. 381–432.

ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In GOVAERE, I., GARBEN, S. (Eds.). **Interfaces between**

European and International Law (pp. 101-124). (Modern Studies in European Law; Vol. 89). Oxford: Hart Publishing, 2019. <https://doi.org/10.5040/9781509923410>.

EIDE, Asbjørn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. 21-40.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and non borrowing. **International journal of constitutional law**. New York, v. 1, n. 2, ap. 2003, p. 196-223.

FARBER, Daniel A. **Retained by the people: the "silent" ninth amendment and the constitutional rights Americans don't know they have**. New York: Basic Books, 2007.

GARDNER, John. How law claims, what law claims. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 29-44.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

GREWE, Constance. Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. **Révue universelle des droits de l'homme**, 2004, oct., v. 16, n. 1-4, p. 26-32.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006. 214 p.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 3-22.

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 13, Issue 1, January 2015, Pages 9-29, <https://doi.org/10.1093/icon/mov005>.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. [Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa, Rúrion Melo] São Paulo: Unesp, 2012, p. 7-37.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Metaphilosophy**, vol. 41, no. 4, 2010, pp. 464-480. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/24439631. Accessed 4 Jan. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. V. 1. Boston: Beacon. 1985.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 141-172, set./dez. 2017.

HANNUM, Hurst. **Rescuing human rights: a radically moderate approach**. Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford, 2012, p. 100

HERRERA, Miguel Angel García. Prólogo a la segunda edición. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. XLIII-LIX.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 1-15.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 83-115.

JELLINEK, Georg. **Reforma e mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JESTAEDT, Matthias. The doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 152-172.

KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. **The law of international human rights protection**. Oxford: Oxford, 2009.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of Morals**. Cambridge: Cambridge.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 1-26.

KLEMENT, Jan Hendrik. Common law thinking in German jurisprudence. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 173-200.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law**. Oxford: Oxford, 2010. 358 p.

KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 245-266.

KUMM, Mattias. Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.** Oxford: Oxford, 2012, p. 201-217.

KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 201-219.

KUMM, Mattias. The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis. **The European Journal of International law**, 2004, v. 15, n. 5, p. 907-931.

LAFONT, Cristina. Correctness and legitimacy in the discourse theory of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy.** Oxford: Oxford, 2012, p. 291-306.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** [Tradução de José Lamego da 6.ª edição alemã de 1991] 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIJTEN Ingrid. **Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights.** Cambridge: Cambridge, 2018.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 47-69.

MACCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas.** Madrid: Tecnos, 1987.

MAIHOFFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional.** 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 217-323.

MASSEY, Calvin R. **Silent rights: the ninth amendment and the Constitution's unenumerated rights.** Philadelphia: Temple University, 1995.

MAUS, Didier. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. **Revue française de droit constitutionnel.** Paris, n. 80, oct., 2009, p. 675-696.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **European Journal of International Law.** <http://ssrn.com/abstract=1162024>, accessed 06.01.2014.

MICHAEL, Lothar. Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.** Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 137-167.

MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva.** Coimbra: Coimbra, 2001, 559-572.

MODUGNO, Franco. Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale. In: AZZARITI, Gaetano. **Interpretazione costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 51-81.

MURPHY, Mark C. Defect and deviance in natural law jurisprudence. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 45-60.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOLLKAEMPER, Andre, Conversations Among Courts: Domestic and International Adjudicators. In ALTER, Karin, ROMANO, Cesare, SHANY, Yuval (eds), **Handbook of International Adjudication** (OUP 2013, Forthcoming), Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-30, Amsterdam Center for International Law No. 2013-08, Available SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2270565> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270565>.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: **Ab vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 1061-1090.

PARKER, Karen. Jus Cogens: compelling the law of human rights. **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.**, v. 12, n. 2, p. 411-463, 1989.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Leciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PETERS, Anne. Are we moving towards constitutionalization of the world community? In: CASSESE, Antonio. **Realizing utopia: the future of international law**. Oxford: Oxford, 2012, p. 119-135.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, 2006, 19, p. 579-610.

PETERS, Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights, **European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1251-1287, nov. 2018.

PETERS, Anne. Humanity as the Λ and Ω of sovereignty. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 3, p. 513-544, 2009.

PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The constitutionalization of international law**. Oxford: oxford, 2009, p. 153-262.

PETERS, Anne. Membership in the global constitutional community. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The constitutionalization of international law**. Oxford: oxford, 2009, p. 153-262.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte, Staatsrecht II**, 11.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PONTHOREAU, Marie-Claire. **La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française**: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel. Paris: Economica, 1994.

POSCHER, Ralf. Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 71-92.

POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford, 2012, p. 218-247.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 3.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. Estudio introductorio. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. XXV-LXXX.

PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: CAVINO, Massimo (a cura di). **Esperienze di diritto vivente**: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo: Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia. Milano: Giuffrè, 2009. v.1, p. 279-312.

RANCHORDAS, Sofia. The Digitalization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene (April 29, 2020). University of Groningen Faculty of Law Research Paper , forthcoming In: Ferreira Mendes, G. & Blanco de Moraes, C. (eds.). **Direito Público e Internet**: Democracia, Redes Sociais e Regulação do Ciberespaço FGV Publicacoes/IDP/ Univ. Lisboa, (Public Governance 4.0, 2020)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3663051> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3663051>.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. Constitutional borrowing and non borrowing. **International journal of constitutional law**, New York, v. 1, n. 2, ap. 2003, p. 269-295.

RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. **Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre**. 6. Auf. München: C. H. Beck, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 307-316.

SCHEININ, Martin. Economic, social and cultural rights as legal rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. 41-62.

SCHILL, Stephan; TAMS, Christian J., HOFMANN, Rainer. International investment law and development: friends or foes? (2015). In SCHILL, Stephan; TAMS, Christian J.,

HOFMANN, Rainer (eds.). **International investment law and development: bridging the gap** (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015) 3-42. DOI: 10.4337/9781784711351.00008, Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-26, Amsterdam Center for International Law No. 2017-22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2934251>.

SHAPIRO, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed** (March 5, 2007). (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>).

SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 27-50.

SIEGEL, Reva B. Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart. **Faculty Scholarship Series**. 2008. Paper 1134. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1134.

STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 3-44.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 45-100.

SUNSTEIN, Cass; HOLME, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2013.

TASIOULAS, John. Are human rights taking over the space once occupied by politics? **Newstatesmen** (26, August, 2019). (<<https://www.newstatesman.com/2019/08/are-human-rights-taking-over-space-once-occupied-politics>> accessed 07.02.2020).

TASIOULAS, John. Custom, *jus cogens*, and human rights. In: BRADLEY, Curtis A. ed. **Custom's future: international law in a changing world**. Cambridge University Press, Forthcoming, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2581763&download=yes> accessed 21 January 2020.

TEUBER, Gunther. Fragmented foundations: societal constitutionalism beyond the national state. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 327-341.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford, 2012.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VENZKE, Ingo, Authoritative Interpretation (October 11, 2018) In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**; Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-28; Amsterdam Center for International Law No. 2018-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264566>.

VENZKE, Ingo, **The Practice of Interpretation in International Law: Strategies of Critique** (September 10, 2018). Accepted paper In: *International Legal Theory: Foundations and Frontiers* (edited by Jeff Dunoff & Mark A. Pollack, CUP 2019); Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-22; Amsterdam Center for International Law No. 2018-07. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247125>.

VENZKE, Ingo. Understanding the authority of international courts and tribunals: on delegation and discursive construction. **Theoretical Inquiries In Law**, 14(2), 381-409, 2013. <https://doi.org/10.1515/til-2013-020>.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALKER, Neil. Habermas's European constitution: catalyst, reconstruction, refounding. (<https://doi.org/10.1111/eulj.12341>).

WEBER, Albrecht. L'État social et les droits sociaux en RFA. **Révue française de droit constitutionnel**, Paris, n. 24, 1995, p. 677-693.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational Equity in a Kaleidoscopic World, **Environmental Policy and Law**, vol. 49, no. 1, pp. 3-11, 2019. <<https://content.iospress.com/download/environmental-policy-and-law/epl190115?id=environmental-policy-and-law%2Fep190115>> accessed 21 January 2020.

WEISS, Edith Brown. International Law in a Kaleidoscopic World (2011). **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 1622. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1622>.

WESTON, Burns H. The universality of human rights in a multicultural world: toward respectful decision-making. In WESTON, Burns H.; MARKS, Stephen P. (eds.). **The future of international human rights**. New York: Transnational. 1999, p. 65-99.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008.



Las competencias de los ayuntamientos para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico: especial referencia a Cataluña*

Municipalities as promoters of photovoltaic self-consumption in the domestic sector: special reference to Catalonia

LAURA PRESICCE^{1, **}

¹ Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)

laura.presicce@urv.cat

<https://orcid.org/0000-0001-5783-2455>

Recibido/Received: 30.03.2021 / March 30th, 2021

Aprobado/Approved: 23.04.2021 / April 23rd, 2021

Resumen

Este artículo se propone indagar las competencias y el papel de los ayuntamientos españoles, en su función de reguladores, para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico en sus términos municipales. En concreto, se analiza tanto el autoconsumo individual como el colectivo. Este último, sin embargo, se enfrenta actualmente a obstáculos legales y técnicos que impiden su despliegue.

Palabras-clave: transición energética; autoconsumo fotovoltaico; autoconsumo colectivo; autoconsumo individual; ayuntamientos.

Abstract

The article aims to investigate the role of Spanish municipalities, as regulators, to promote photovoltaic self-consumption in the domestic sector. Specifically, both individual and collective self-consumption are analysed. The collective self-consumption, however, is currently facing legal and technical obstacles that obstruct its deployment.

Keywords: energy transition; photovoltaic self-consumption; collective self-consumption; individual self-consumption; municipalities.

Como citar esse artigo/How to cite this article: PRESICCE, Laura. Las competencias de los ayuntamientos para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico. Especial referencia a Cataluña. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 77-106, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82327.

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación "Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-80011-P) y ha sido posible con el apoyo de la Secretaria d'Universitat i Recerca del Departament d'Empresa i Coneixement de la Generalitat de Catalunya, de la Unión Europea y del Fondo Social Europeo (FSE) (2018FI-B-00788).

** Profesora de Derecho Administrativo e investigadora del Cedat (Centro de Estudios de Derecho Ambiental Tarragona), de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctora en Derecho de la Universitat Rovira i Virgili. Email: laura.presicce@urv.cat.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Marco normativo del autoconsumo fotovoltaico en España. **3.** Competencias municipales en energía renovable; **4.** Impulso al autoconsumo fotovoltaico doméstico por parte de los ayuntamientos; **4.1.** Ordenanzas solares; **4.2.** Adecuación de las ordenanzas existentes; **4.3.** Simplificación de los trámites administrativos; **4.4.** Bonificaciones fiscales; **4.4.1.** Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO); **4.4.2.** Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI); **4.4.3.** Impuesto de Actividades económicas (IAE); **5.** Autoconsumo fotovoltaico colectivo en edificios plurifamiliares; **6.** Conclusiones; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de París, el primer acuerdo global jurídicamente vinculante sobre el cambio climático¹, pretende constituir un marco para fortalecer la respuesta mundial contra el cambio climático antropogénico. En la COP21 de París los Gobiernos acordaron, como objetivo a largo plazo, mantener en este siglo el aumento de la temperatura media mundial por debajo de los 2 grados centígrados (por encima de los niveles preindustriales) y ampliar los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5 grados centígrados. Seis años más tarde, entre la emergencia climática y sanitaria² que nos atañe, parece aún más necesario incrementar los esfuerzos para acelerar el proceso de transición ecológica y proteger nuestro clima y nuestro planeta.

A pesar de que, sorprendentemente, el mencionado Acuerdo no versa sobre energía ni menciona la transición energética³, ciencia y doctrina concuerdan en que, en el marco de los esfuerzos para la mitigación del cambio climático, la descarbonización asume un papel determinante⁴. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático ha destacado reiteradamente que el uso de fuentes no renovables para la producción de energía es una de las principales contribuciones antrópicas al cambio climático que causa, década tras década, un significativo incremento de

¹ Es jurídicamente vinculante respecto a la obligación, por parte de los Estados, de presentar cada cinco años un objetivo de reducción de las emisiones, así como los progresos realizados. Sin embargo, no se prevén sanciones en caso de incumplimiento.

² COCCIOLO, Endrius. Cambio climático en tiempos de emergencia. Las comunidades autónomas en las veredas del “federalismo climático” español. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-14, 2020.

³ Acerca del tema, véase: AYKUT, Stefan C.; CASTRO, Monica. The end of fossil fuels? Understanding the partial climatization of energy policy. En: AYKUT, Stefan; FOYER, Jean; MORENA, Eduard (Ed.). *Globalising the Climate: COP21 and the climatization of global debates*. London: Routledge, 2019. pp. 173-190.

⁴ Véanse, entre todos, ALENZA GARCÍA, José Francisco; SANZ RUBIALES, Íñigo. Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos clave en la lucha contra el cambio climático. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Coords.). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Pamplona: Aranzadi, 2017. pp. 451-484.

emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera⁵. En efecto, más de dos tercios de las emisiones de GEI tienen origen energético: el conjunto del ciclo energético (entendiendo como tal producción, transformación, transporte, distribución y consumo de energía) representa más del 75% de las emisiones totales de gases de efecto invernadero, y más del 90% de las emisiones de dióxido de carbono.

Con arreglo a ello, como hemos abordado ampliamente en otros estudios⁶, el actual patrón basado en la utilización de fuentes de energía fósil y en un modelo energético oligopolístico, jerárquico y centralizado resulta insostenible, y consiguientemente, se ve improrrogable la necesidad de transitar hacia un nuevo modelo energético que sea ambiental, económica y socialmente más sostenible.

Si bien existen numerosas definiciones de “transición energética”, entendemos por ella “la transformación del modelo energético, pasando de un modelo basado en energías primarias convencionales de naturaleza fósil y en una estructura altamente cerrada, centralizada y jerarquizada, a otro sistema más abierto, descentralizado y descarbonizado, para alcanzar una sociedad más sostenible”⁷. La transición energética, por ende, no implica solamente la –necesaria– descarbonización energética, es decir, la reducción de emisiones de carbono provenientes del sector energético, a través del uso de recursos renovables en la producción de energía, sino también la transformación desde un modelo energético centralizado anacrónico a un sistema más descentralizado, flexible y orientado a la demanda, que empodere a los consumidores y les permita una mayor participación en el sistema⁸. A todo ello, cabe añadir una tercera arista de la transición energética de fundamental importancia: el uso eficiente de la energía y el ahorro energético.

La transición energética así entendida brindaría beneficios tanto de carácter medioambiental, a través de la reducción de emisiones de gases contaminantes y de efecto invernadero en la atmósfera, como de carácter económico y social, puesto que

⁵ IPCC. Summary for Policymakers. En: MASSON-DELMOTTE, Valérie et al. (Ed.). **IPCC, 2018: Global Warming of 1.5°C**. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. 2018. Disponible en <<https://bit.ly/com/cafis>>.

⁶ PRESICCE, Laura. El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad. **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 113, pp. 181-221, ene./abr. 2019.

⁷ PRESICCE, Laura. El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad. **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 113, pp. 181-221, ene./abr. 2019.

⁸ MUÑOZ GÓMEZ, Rafael; LÓPEZ SÁNCHEZ, Demetrio. Transición energética: sinopsis de un sistema fósil-centralizado a uno renovable-distribuido. En: GALERA RODRIGO, Susana; GÓMEZ ZAMORA, Mar (Eds.). **Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018.

facilitaría el acceso a la energía eléctrica, empoderaría a los consumidores y sería una herramienta para mitigar la pobreza energética⁹. Al mismo tiempo, la transición energética representaría el ariete de la transición ecológica holísticamente entendida.

En el contexto perfilado, impulsar la descarbonización, reducir la demanda energética, incrementar la eficiencia energética, promover el autoconsumo energético, tanto individual como compartido, representa un reto al que, de acuerdo con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 7, deben contribuir todas las instituciones y la sociedad en su conjunto.

El cometido de la transición energética es –indudablemente– global, y es un reto, además de científico y tecnológico, también político y jurídico. En esta senda, impulsar la transición energética no incumbe solamente a los gobiernos nacionales y las instituciones supranacionales, sino que debe estar en el centro de todas y cada una de las agendas de los distintos niveles político-administrativos. Dicho de otra manera, se trata de un reto que debe ser promovido simultáneamente y de manera integrada a diferentes escalas. Es importante que cada administración actúe para impulsar la transición energética y que todos los niveles institucionales, comprendidos los subestatales, trabajen con estrategias coordinadas y complementarias, tanto verticalmente como horizontalmente en aras de alcanzar la neutralidad energética.

Los gobiernos locales, como administración más próxima y cercana a la ciudadanía, pueden llevar a cabo importantes políticas y actuaciones administrativas para impulsar la transición energética.

En este estudio, nos proponemos abordar algunas de las actuaciones que los ayuntamientos pueden y deben llevar a cabo para impulsar y fomentar el autoconsumo fotovoltaico doméstico y contribuir, en este sentido, a la transición energética.

Se ha adelantado que transición energética no es sinónimo de descarbonización, puesto que comprende, además de la descarbonización, también una vertiente de justicia social y de participación de la ciudadanía en el modelo energético. Así, la TE conforma un cambio de modelo, pasando de uno muy centralizado en el que los ciudadanos y los ayuntamientos poco podían influir, a un modelo descentralizado que pone en el centro los recursos renovables locales y la participación activa de los ciudadanos.

En este contexto, el autoconsumo eléctrico no es un fin, sino que representa un medio a través del cual los ciudadanos pueden ser protagonistas de la TE y participar a la reducción de GEI desde abajo.

Obviamente, siendo España uno de los Países con más recursos solares, la energía solar debe ser tenida en cuenta de forma prioritaria en el mix energético renovable.

⁹ Acerca del tema, PRESICCE, Laura. Pobreza y vulnerabilidad energética. Un análisis multinivel en el marco de la Agenda Urbana de la Unión Europea. En: FORNS I FERNÁNDEZ, María Victòria (ed.). **La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales**. Una perspectiva interdisciplinar. Barcelona: Atelier, 2020. pp. 319-339.

2. MARCO NORMATIVO DEL AUTOCONSUMO EN ESPAÑA

Por autoconsumo eléctrico, de manera muy genérica, se entiende producir energía eléctrica a través de paneles solares u otros dispositivos para satisfacer las propias necesidades de energía. Hasta hace un par de años, la legislación española representaba un verdadero freno para el desarrollo del autoconsumo eléctrico, contraviniendo además claramente las disposiciones europeas que impulsaban el sector. El Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre¹⁰, contenía una regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo farragosa y repleta de barreras que impedían que el sector progresara.

En concreto:

1. Impedía la implantación de instalaciones de autoconsumo en comunidades de propietarios o propiedades compartidas, no pudiéndose crear una “red interior” de varios consumidores. De tal manera que, por ejemplo, la energía autoproducida podía utilizarse para el suministro de electricidad en las zonas comunes de un edificio (ascensores, garajes), pero no para abastecer cada hogar de una misma comunidad de vecinos. Sobre la cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 68/2017, de 25 de mayo, en la que declaró el artículo inconstitucional y nulo, considerando dicha prohibición injustificada y contraria a la normativa europea.
2. No preveía la posibilidad de obtener de forma alguna compensación para los pequeños autoconsumidores (tipo 1) que producían más energía de la que consumían. En la medida en que ellos no constaban como productores inscritos en el RAIPRE (Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica), se les permitía verter a la red la energía producida en exceso, pero a fondo perdido, es decir sin recibir compensación.
3. La normativa contenía numerosas trabas administrativas, sobre todo para los pequeños autoconsumidores (de tipo 1), con procedimientos autorizatorios técnicamente complicados, en parte oscuros y económicamente dispendiosos. Ejemplo de ello es que el RD requería para todas las nuevas instalaciones (independientemente del tipo de instalación y de los kilovatios) numerosos estudios técnicos, además de la solicitud de permiso a las compañías eléctricas, las cuales tenían que homologar, entre otros, el estudio de instalación, los equipos de medida y los puntos de conexión, etc.
4. A esto se sumaban las cargas económicas, el llamado impuesto al sol, para los “grandes productores” (instalaciones de tipo 2).

¹⁰ Por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo.

En 2018, el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores supuso el primer paso para la revolución del autoconsumo, que se ha concretado a través del Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica (RD Autoconsumo) y el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

La normativa mencionada,

1. Ha procedido a la simplificación de las modalidades de autoconsumo de electricidad previstas en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), a dos tipologías, dependiendo del vertido o no de excedentes en la red, sin importar la potencia contratada. El RD Autoconsumo establece dos subcategorías para la modalidad con excedentes¹¹: modalidad con excedentes acogida a compensación y modalidad con excedentes no acogida a compensación. Además, se introduce, para todas las modalidades, la posibilidad de instalar sistemas de almacenamiento.
2. El RD Autoconsumo clasifica expresamente el autoconsumo en individual y, por primera vez, en colectivo. De acuerdo con el RD, un autoconsumo colectivo estará formado por una o varias instalaciones generadoras de energía eléctrica y varios consumidores que se asocian a ellas. Éste podrá pertenecer a cualquiera de las modalidades de autoconsumo definidas anteriormente, cuando se realice entre instalaciones próximas de red interior, o a cualquiera de las modalidades de autoconsumo con excedentes, cuando este se realice entre instalaciones próximas a través de la red.
3. Se ha llevado a cabo una sustancial simplificación de los trámites administrativos, relativos a los registros administrativos del autoconsumo, así como a las condiciones administrativas y técnicas para el acceso y la conexión a la red de las instalaciones de producción asociadas al autoconsumo.
4. Se prevé la posibilidad de mecanismos de compensación simplificada entre déficits y el superávit de los autoconsumidores acogidos a autoconsumo con excedentes para instalaciones de hasta 100 kW. De tal manera, los pequeños autoconsumidores pueden verter sus excedentes de producción eléctrica recibiendo a cambio una compensación. En cuanto a la energía excedentaria, el RD Autoconsumo establece dos regímenes retributivos (art. 13 y 14): la venta de energía a la red (obligatoria para los autoconsumidores no acogidos a compensación de excedentes) o la compensación simplificada de excedentes (para los autoconsumidores con excedentes acogidos a

¹¹ Art. 4 RD Autoconsumo.

compensación). En este último caso, se procederá mensualmente a la compensación de excedentes, mediante la valoración de la energía horaria excedentaria, con la limitación que el importe a compensar no podrá exceder la valoración mensual de la energía horaria consumida.

5. Se han introducido nuevas figuras de matriz europea como las comunidades de energía¹² y los agregadores independientes.
6. Finalmente, se elimina el llamado “impuesto al sol”, es decir los peajes de respaldo al autoconsumo energético.

Este nuevo marco, de entrada, es mucho más favorecedor para el desarrollo del autoconsumo fotovoltaico y otorga a los ayuntamientos nuevas bases legales para que puedan impulsar de forma más decisiva el autoconsumo en sus términos municipales.

3. COMPETENCIAS MUNICIPALES EN ENERGÍA RENOVABLE

La Constitución Española (CE), en su artículo 137, proclama la autonomía de municipios y provincias. Dicha autonomía se circunscribe a la gestión de sus respectivos intereses. Sin embargo, la CE no determina un listado competencial referido a las entidades locales, como ocurre con las CCAA¹³. A tal efecto, el artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) dispone que

¹² Acerca de las cooperativas y comunidades energéticas locales, véanse FALCÓN-PÉREZ, Carmen Esther. Las cooperativas energéticas verdes como alternativa al sector eléctrico español: una oportunidad de cambio. *Actualidad Jurídica Ambiental*, Soria, n. 104, pp. 50-108, sep. 2020; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales, *Revista Vasca de Administración Pública*, Euskadi, n. 117, may./ago. 2020, pp. 147-193.

¹³ En cuanto a la competencia legislativa en materia de energía, como de forma tajante afirma García Rubio “las grandes competencias sobre regulación en relación con la materia de las energías renovables las tiene atribuidas la Administración del Estado”. A tal propósito, recordamos que los artículos 148 y 149 de la Constitución Española (CE), que detallan el reparto competencial entre Estado y CCAA, establecen que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, sobre:

1. las bases de régimen minero y energético (art. 149.1.25);
2. la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CCAA, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (art. 149.1.22);
3. la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las CCAA de establecer normas adicionales de protección, así como la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (art. 149.1.23);
4. y, de manera más general, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.15).

Las CCAA, de manera ciertamente limitada y respetando este “mínimo común denominador normativo” estatal, tienen competencias en materia de desarrollo legislativo y de ejecución de las bases estatales (STC 4/2013). Amparándose en la cláusula residual del art. 149.3 CE, todos los Estatutos de Autonomía (que forman parte del bloque de constitucionalidad), aunque con diferentes fórmulas e intensidad, han reconocido a las CCAA competencias en materia de energía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 CE. A tal efecto, parte de la doctrina española, y entre todos Galera Rodrigo, ha destacado de manera reiterada el anacronismo de este reparto competencial, que podía encajar “cuando el sector eléctrico comprendía poco más que energía fósil y nuclear”, pero parece poco adecuado “en una época en la que las estrategias apuntan a la sustitución progresivas de estas fuentes con fuentes de naturaleza renovable” por las peculiaridades que éstas presentan. Hoy en

[p]ara la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen.

La LBRL concreta los diferentes tipos de competencias y las materias de competencia local, pero remite la determinación de las competencias específicas al legislador sectorial, estatal o autonómico. Por lo que será el legislador ordinario (estatal o autonómico) el competente para determinar las funciones de municipios y provincias en un asunto calificado de interés "local".

Con arreglo a la energía, sin ambages, empezaremos indicando que la LBRL no reconoce competencias jurídicas en materia de energía a los municipios.

Tras la última reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), la LBRL reconoce a los municipios competencias propias (art. 25 LBRL), competencias "impropias" (art. 7.4 LBRL), y competencias delegadas (art. 27 LBRL)¹⁴. A las que se añaden los

día y cada vez más, la transición energética, en concordancia con las políticas europeas de clima y energía, tiene inextricables y solidos vínculos con el título competencial de medio ambiente. GALERA RODRIGO, Susana. Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del gobierno multinivel. En: GALERA RODRIGO, Susana; GÓMEZ ZAMORA, Mar (Eds.). **Políticas locales de clima y energía**: teoría y práctica. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018. p. 234 ss.

Acerca de la repartición de competencias en materia de energía, en detalle, véase GARCÍA RUBIO, Fernando. **Sostenibilidad ambiental y competencias locales**: un análisis jurídico. Madrid: Dykinson, 2015; ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional. **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 99-100, pp. 441-463, dez. 2014. p. 447 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera. **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 24, pp. 1-44, may. 2010.

¹⁴ Debido a la imposibilidad en este trabajo de referirnos de forma detenida a las competencias locales y a la reciente reforma llevada a cabo por la mencionada LRSAL, nos remitimos a nuestro precedente trabajo acerca de este tema. PRESICCE, Laura. Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional. En: CARBONELL PORRAS, Eloisa; PIPERATA, Giuseppe (Eds.). **La riforma del governo locale in Spagna e Italia**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019. pp. 151-88. Asimismo, véanse FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Sobre el ámbito competencial de los entes locales: la interpretación de la jurisprudencia constitucional de su alcance en materia ambiental, **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 112, pp. 49-98, sep./dic. 2018; BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. La ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha

servicios mínimos obligatorios (art. 26 LBRL). Pues, analizando este marco competencial, en ninguna de estas categorías encontramos referencias directas a energía o electricidad. Las únicas competencias que se les reconocen indirectamente son el servicio mínimo obligatorio de alumbrado público (art. 26.1.a LBRL)¹⁵ y la competencia propia en la rehabilitación de la edificación¹⁶, que, además de una vertiente estética, tiene también una vertiente relacionada con la eficiencia energética y térmica.

Pero tampoco la legislación básica sectorial (la LSE) prevé expresamente competencias para los municipios en materia de energía. A esto cabe añadir que la Ley de Cambio Climático y Transición energética española, que otorgará un marco normativo general en materia de cambio climático y que podrá orientar los municipios en este ámbito, aún no ha sido aprobada.

Ello viene a demostrar que el legislador nacional sigue sin darse cuenta (o sin querer darse cuenta) de la urgente necesidad de reconocer competencias a los gobiernos locales en estos ámbitos.

Sin embargo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) dispone que los principios del ahorro y eficiencia energética, así como de la promoción de las energías limpias deben guiar la acción de *todos* los poderes públicos, incluidos los locales, en sus respectivos ámbitos competenciales para impulsar la sostenibilidad de la economía española (artículos 3 y 85 LSE). Asimismo, la Ley del Suelo de 2015¹⁷, en su artículo 3.3.i establece que los poderes públicos “priorizarán las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatirán la pobreza energética, fomentando el ahorro energético y el uso eficiente de los recursos y de la energía, preferentemente de generación propia”.

Por otro lado, cabe considerar que las CCAA pueden otorgar competencias concretas en materia de energía a los ayuntamientos.

modificado realmente las competencias de los municipios? **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 184, pp. 41-73, 2017.

¹⁵ De acuerdo con el art. 26 LBRL, el alumbrado público es un servicio básico que deben prestar todos los municipios. Sin embargo, se establece que la Diputación coordinará el servicio en los municipios con población inferior a 20mil habitantes.

¹⁶ Art. 25 LBRL: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación”.

¹⁷ ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 7/2015**, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Disponible en: < <https://bityli.com/QBDp9>>.

4. IMPULSO AL AUTOCONSUMO FOTOVOLTAICO DOMÉSTICO POR PARTE DE LOS AYUNTAMIENTOS

Con este telón de fondo, ¿cómo pueden los ayuntamientos impulsar el autoconsumo fotovoltaico de titularidad privada en sus términos municipales? Nos referiremos aquí a algunas de las herramientas jurídicas a su disposición, sobre todo para instalaciones fotovoltaicas emplazadas tanto en azoteas como en cubiertas de edificios y utilizadas esencialmente en el sector residencial.

La elección de detenernos en el sector doméstico se sustenta en los datos: de acuerdo con diferentes estudios, tanto en España como en Cataluña, el autoconsumo fotovoltaico doméstico es el que más ha crecido en 2020, respecto al año anterior. La Unión Española Fotovoltaica (UNEF) ha registrado en España un incremento notable del autoconsumo doméstico, pese a la pandemia provocada por la Covid-19 actualmente en curso. Así, en solo un año, la potencia instalada en el sector doméstico aumentó en 9 puntos porcentuales (desde el 10% del 2019 se pasó al 19% de potencia instalada en 2020 solo en el sector residencial)¹⁸. En la misma senda, un informe publicado por el *Institut Català d'Energia* (ICAEN)¹⁹ evidencia que en Cataluña el autoconsumo fotovoltaico residencial se ha disparado respecto a los años anteriores. Los datos son claros: hasta 2020 en Cataluña existían 8.229 instalaciones de autoconsumo fotovoltaico totales, con una potencia total instalada de 84,50 Mw. Solo en el año 2020 se han puesto en marcha 5.869 nuevas instalaciones de autoconsumo fotovoltaico, que representan 49,47 Mw de potencia. Esto demuestra que el 75% de las nuevas instalaciones son de pequeña potencia (inferior a 5 Kw) y se refieren, presumiblemente, al sector doméstico²⁰.

4.1. Ordenanzas solares

La falta de habilitación expresa supuso, hasta hace unos años, una importante limitación para los ayuntamientos que querían aprobar ordenanzas en materia de aprovechamiento de energía solar. A principios de los años 2000, la creciente sensibilidad hacia el tema del desarrollo y del urbanismo sostenible, y las actuaciones en el marco del Pacto de Alcaldes por el Clima y la Energía, suscitó en algunos ayuntamientos el interés por fomentar las energías renovables (sobre todo la de origen solar) en los términos municipales, así como la eficiencia energética en edificios públicos y privados. Por ello, ciudades como Valencia, Burgos, Pamplona y Zaragoza decidieron aprobar

¹⁸ ENERGÍAS RENOVABLES. **Crece un 30% el autoconsumo en el año del Covid**, 28 de enero de 2021. Disponible en: <https://bityli.com/Vz4wx>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

¹⁹ I DAVID VILLA, Paula Rodríguez. **Autoconsum fotovoltaic a Catalunya**: situació a desembre 2020. Catalunya: Institut Català d'Energia, 2021. Disponible en: <https://bityli.com/CTOT4>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

²⁰ ICAEN. **Informe del autoconsumo en Catalunya. Situación a diciembre de 2020**. Enero 2021.

ordenanzas reguladoras en estas materias, amparándose en otros títulos competenciales, como urbanismo, medioambiente o, incluso, sanidad.

Algunas de las mencionadas ordenanzas fueron recurridas por supuesta falta de competencia municipal y consiguiente falta de habilitación legal para regular dicha materia²¹. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con las sentencias núm. 390/2013 y núm. 391/2013, de 27 de mayo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), declaró nula de pleno derecho la Ordenanza municipal de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Zaragoza en 2009. El TSJ de Aragón acordó²², *in nuce*, que las competencias genéricas que la LBRL atribuye a los municipios en las materias de medioambiente y urbanismo no eran suficiente para que los mismos pudieran regular materias como eficiencia energética y aprovechamiento solar. Para poder aprobar dichas ordenanzas era necesario, de acuerdo con el TSJ de Aragón, que los municipios tuvieran competencias en materia energética y una habilitación legal expresa para regularla, de conformidad con el principio de legalidad. Esta tradicional interpretación del principio de legalidad como vinculación positiva a la ley, fue abandonada por el Tribunal Supremo en 2015, en las sentencias núm. 2338/2015 y núm. 2339/2015 de 22 de mayo, con las que el TS avaló finalmente la mencionada Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza. En el caso concreto, el TS reconoció que la habilitación legal para aprobar estas ordenanzas fue otorgada por el Código Técnico de la Edificación (Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo). Sin embargo, las argumentaciones del Tribunal Supremo se llevaron más allá de esta cobertura normativa concreta. En su FJ 4º, el TS afirma que “[...] la jurisprudencia más reciente de esta Sala se ha inclinado por el criterio de la “vinculación negativa”, en virtud del cual la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una específica habilitación legal en cada ámbito sectorial en el que, como ahora sucede, se dicta la ordenanza, siempre, claro está, que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la correspondiente legislación, estatal o autonómica, que resulte de aplicación”. El principio de vinculación negativa de las ordenanzas a la ley, basándose en la cláusula de subsidiariedad del art. 4.2 de la CEAL²³, admite que

²¹ Acerca de estas sentencias, véanse, entre todos, CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon. Administración local: competencias sobre ecoeficiencia energética. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Observatorio de Políticas Ambientales 2016**. Madrid: Ciemat, 2016; GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. Jurisprudencia contencioso-administrativa: los límites de la potestad reglamentaria local en materia Ambiental. LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Observatorio de Políticas Ambientales 2016**. Madrid: Ciemat, 2016. pp. 452 ss.; GARCÍA GARCÍA, María Jesús. Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético. **Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente**, Madrid, n. 303, pp. 117-138, ene./feb. 2016.

²² Apelando a los argumentos asentados en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008 (sobre la Ordenanza del Ayuntamiento de Pamplona de 2003, de captación y aprovechamiento de energía solar térmica en los edificios).

²³ Art. 4.2 CEAL “Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, la libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”.

las ordenanzas pueden regular todo lo que la ley no prohíbe (*permissum videtur id omne quod non prohibetur*) sin que sea necesaria una habilitación legal previa, siempre y cuando actúen dentro de sus ámbitos de competencias²⁴. Desde luego esta interpretación ha representado un punto de inflexión importante. Hoy en día no cabe duda de que los ayuntamientos ostentan potestad normativa en tema de eficiencia energética y de energía renovable, siempre que respeten y no contradigan lo establecido por la Ley²⁵.

Así pues, los ayuntamientos pueden aprobar ordenanzas de edificación, de eco-eficiencia energética en edificios e impulsar la sostenibilidad en la edificación amparándose tanto en la competencia propia en conservación y rehabilitación de la edificación, competencia introducida por la LRSAL, como en el Código Técnico de la Edificación (en adelante CTE, actualmente en fase de revisión para incorporar medidas de impulso a la generación distribuida de energías renovables²⁶), en su documento básico de ahorro de energía (DB-HE)²⁷ y en el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (en adelante RITE)²⁸. En cuanto a las instalaciones de autoconsumo fotovoltaico no quedan dudas de que estas representan un importante sistema de mejora de la eficiencia energética en los edificios²⁹.

²⁴ Vid., a tal propósito, NIETO GARRIDO, Eva. **El Estatuto Constitucional de los Entes Locales**. Pamplona: Aranzadi, 2018. p. 85 ss.; FERNÁNDEZ- MIRANDA, Jorge. El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local, **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 196, pp. 229-269, ene./abr. 2015; GARCÍA GARCÍA, María Jesús. Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético. **Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente**, Madrid, n. 303, pp. 117-138, ene./feb. 2016; CARMONA GARIAS, Silvia. La potestat normativa dels ens locals en matèria ambiental. En: CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon (Eds.). **Dret ambiental local a Catalunya**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

²⁵ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas, **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 99-200, pp. 1623-1649, may./dic. 2014. pp. 1644 ss.

²⁶ ESPAÑA. **Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación**, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. Disponible en: <https://bitly.com/30FhO>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

²⁷ Para más detalles, véase GIFREU FONT, Judith. La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. Las redes district heating and cooling. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 10, n. 1, p. 1-55, 2019. pp. 19 ss.

²⁸ A tal propósito, véase GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. Entes locales y sostenibilidad energética. Trabajo presentado en el evento: **International Conference on Regional Science: financing and the role of the regions and towns in economic recovery**. Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España), 20 y 21 de noviembre de 2014. Disponible en: < <https://bitly.com/CU65v>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

²⁹ Vid. Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. En cuanto a la doctrina, González Bustos destaca que "la utilización de fuentes renovables *in situ* forma parte del cálculo de la eficiencia energética de los edificios dado que la energía producida en los propios edificios reduce la cantidad de energía primaria asociada a la energía suministrada". Por tanto, como enfatiza Ortiz García "el autoconsumo es, por definición, pura eficiencia energética: generación de electricidad donde se consume". En el mismo sentido, de acuerdo con García Rubio, "una instalación para autoconsumo es una solución de ahorro y eficiencia energética". Véanse GONZÁLEZ BUSTOS, M. Angeles. Eficiencia energética en la edificación. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ

Por otro lado, los municipios pueden intervenir tanto en el fomento del ahorro y de la eficiencia energética como en el tema de instalaciones de energía fotovoltaica, amparándose directamente en las leyes autonómicas de Cambio Climático y Transición Energética, en aquellas CCAA en las que se hayan aprobado (Cataluña, Islas Baleares y Andalucía³⁰).

En Cataluña, muchos ayuntamientos están aprobando ordenanzas de impulso al autoconsumo basándose en la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático³¹ y en el Decreto Ley 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables.

Asimismo, en Baleares, el art. 52 de la Ley balear 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética dispone que “Las administraciones públicas fomentarán el autoconsumo de energías renovables”. Lo mismo dispone el artículo 34 de la Ley andaluza.

A raíz de la reciente vuelta de tuerca de la regulación estatal del autoconsumo eléctrico y de la introducción en el ordenamiento jurídico español de nuevas figuras de marca europea (entre otras, el autoconsumo compartido y las comunidades energéticas locales)³² todos los ayuntamientos están llamados a modificar sus propias ordenan-

RÍOS, Isabel (Coords.). **Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020**. Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 260; ORTIZ GARCÍA, Mercedes. El autoconsumo eléctrico. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Coords.). **Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020**. Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 267; GARCÍA RUBIO, Fernando. **Sostenibilidad ambiental y competencias locales: un análisis jurídico**. Madrid: Dykinson, 2015. p. 122.

³⁰ Cataluña: Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. Islas Baleares: Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética. Andalucía: Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Acerca de las tres leyes autonómicas, véanse el monográfico de la Revista Catalana de Dret Ambiental, 11.1, 2020, y en concreto: NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. A Rolex o a setas. Comunidades Autónomas, cambio climático y modelo económico. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-30, 2020; DE LA VARGA PASTOR, Aitana. La ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal constitucional. Estudio de las repercusiones de la sentencia y su evolución legislativa. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-47, 2020; MORA RUIZ, Manuela. La respuesta legal de la Comunidad autónoma de Andalucía al cambio climático: estudio sobre la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-44, 2020. Asimismo, véanse JARIA-MANZANO, Jordi; JARIA-MANZANO, Jordi; COCCILO, Endrius. Cambio climático, energía y comunidades autónomas: el impulso de la transición energética mediante el cierre de centrales térmicas en la Ley balear 10/2019. **Revista Jurídica de les Illes Balears**, Palma, n. 18, pp. 61-86, 2020; BEAS, Marina Rodríguez. El conflicto competencial sobre cambio climático entre España y Cataluña: avances y retrocesos a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal constitucional 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 59-99, jul./set. 2019.

³¹ La Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático establece que la responsabilidad del Gobierno para lograr el objetivo de “contribuir a la transición hacia una sociedad en la que el consumo de combustibles fósiles tienda a ser nulo, con un sistema energético descentralizado y con energías cien por cien renovables, fundamentalmente de proximidad, con el objetivo de conseguir un modelo económico y energético no dependiente de los combustibles fósiles ni nucleares en 2050” es compartida con los entes locales (art. 2).

³² Hacemos referencia aquí al Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica, impulsado por el Real Decreto-ley

zas (donde se hayan aprobado) o bien aprobar ordenanzas específicas reguladoras del procedimiento para la tramitación administrativa de las instalaciones en autoconsumo, individual y compartido, así como ordenanzas reguladoras de las comunidades locales de energía renovables.

A tal propósito, de gran interés resulta el nuevo modelo de ordenanza municipal para la promoción de las instalaciones de autoconsumo con energía fotovoltaica para las viviendas, promovido por la *Diputación de Valencia*³³, así como el modelo promovido por el *Institut Català d'Energia*³⁴. No obstante, es preciso que los ayuntamientos adapten estos modelos a las peculiaridades y necesidades que presenta cada realidad municipal.

4.2. Adecuación de las ordenanzas existentes

Las ordenanzas municipales urbanísticas y solares existentes pueden contener criterios urbanísticos muy restrictivos que impiden o dificultan el emplazamiento de placas solares en determinados edificios (por ejemplo, aquellos ubicados en el casco histórico). Por este motivo, antes de implantar una instalación fotovoltaica en un determinado edificio, es necesario comprobar la compatibilidad urbanística, así como la ambiental y de protección patrimonial del edificio, para localizar posibles impedimentos o limitaciones legales.

A tal propósito, la Guía para el fomento del Autoconsumo en municipios andaluces, justifica que algunas ordenanzas pueden, a veces, ser demasiado restrictivas, puesto que "muchas de ellas fueron redactadas en épocas en las que las energías renovables apenas tenían penetración en la sociedad y se desconocían las posibilidades que presentan de localización en zonas no visibles de los edificios (como pueden ser azoteas transitables) o de integración en sus cubiertas o fachadas"³⁵. Por lo tanto, es importante que los ayuntamientos revisen sus propias ordenanzas urbanísticas o solares y detecten eventuales barreras normativas injustificadas a la implantación de instalaciones de autoconsumo, siempre respetando las necesarias excepciones. Conviene apuntar que las Leyes autonómicas de Cambio climático exigen, en tema de urbanismo y vivienda, que las administraciones locales adapten la normativa urbanística para impulsar la

15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores; y al Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

³³ DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: <<https://bityli.com/UbHMu>>. Consultado el 29 de marzo de 2021.

³⁴ DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: <<https://bityli.com/Ohvy5>>. Consultado el 29 de marzo de 2021.

³⁵ AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA. **Guía para el fomento del Autoconsumo en municipios andaluces**, Mesa para el autoconsumo en Andalucía, Abr. 2020. Disponible en: <<https://bityli.com/UvNWd>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

rehabilitación del parque de vivienda y edificios de consumo energético casi nulo (con los mencionados criterios bioclimáticos) y para que las nuevas áreas residenciales sean lo más autosuficientes energéticamente, aprovechando, entre otras cosas, las energías renovables locales³⁶. Asimismo, huelga recordar que la normativa local no puede contravenir la normativa urbanística del correspondiente ámbito autonómico, por lo que las modificaciones de la normativa local sectorial deben respetar siempre la correspondiente normativa autonómica. A tal propósito, en Cataluña, el art. 5.1 del Decreto-ley 16/2019, de 26 de noviembre ha añadido el art. 9 bis de la Ley catalana de Urbanismo (Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo), de manera que ahora no será necesario modificar el planeamiento urbanístico para la implantación de las instalaciones para el aprovechamiento de la energía solar mediante captadores solares térmicos o paneles fotovoltaicos sobre la cubierta de las edificaciones y otras construcciones auxiliares de estas, incluidas las pérgolas de los aparcamientos de vehículos, con determinadas características (cuando las instalaciones no superen el metro de altura desde la cubierta plana o, en caso de cubierta inclinada, cuando los captadores o paneles se ubiquen adosados en paralelo).

4.3. Simplificación de los trámites administrativos

Esclarecida la cuestión de la competencia municipal para aprobar ordenanzas de eficiencia energética y de instalaciones de autoconsumo, debemos abordar el tema del contenido de éstas.

Como es sabido, los trámites administrativos requeridos para una instalación de autoconsumo varían en función del tipo de instalación (si se trata de instalación sin excedentes o con excedentes, etc.). La competencia para la mayoría de estos trámites es autonómica; sin embargo, los ayuntamientos son responsables de las eventuales licencias de obra y licencias de actividad.

Uno de los puntos que las ordenanzas municipales mencionadas deberán tratar es el régimen de intervención administrativa municipal para las instalaciones de autoconsumo fotovoltaico.

Con referencia a las ordenanzas en la materia que nos ocupa, ya se ha apuntado que su objetivo debe ser, además de fomentar el ahorro y la eficiencia energética, la creación de las condiciones adecuadas para el desarrollo del autoconsumo y el fomento, entendido en sentido amplio, de la transición energética.

En tal senda, el ayuntamiento está llamado a actuar como agente ejemplificador. La regulación municipal debe incentivar la implantación de las instalaciones de

³⁶ Art. 27 de la Ley catalana de Cambio Climático; Arts. 30 ss de la Ley balear de cambio climático y transición energética; Art. 35 de la Ley andaluza de cambio climático y art. 16 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía.

autoconsumo con energía solar fotovoltaica en el ámbito municipal, sobre todo en cubiertas de edificios, y permitir el desarrollo de la generación eléctrica distribuida en todo el término municipal. Por este motivo, resulta crucial revisar o aprobar ordenanzas para eliminar las barreras normativas y facilitar reglamentariamente las tramitaciones administrativas de las instalaciones de autoconsumo en los municipios, a través de una definición clara y detallada de los trámites necesarios³⁷.

La necesidad de simplificar los procedimientos administrativos para el fomento de las energías renovables fue en su día señalada por la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. La Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, vuelve a insistir sobre esta necesidad y, en su art. 15, obliga los Estados a adoptar medidas para simplificar los procedimientos administrativos de concesión de permisos, fijar plazos claros para las decisiones que hayan de adoptar las correspondientes autoridades competentes para la emisión de la autorización de la instalación de generación de electricidad, con el objetivo debe incentivar una tramitación más eficiente de los procedimientos y, consecuentemente, reducir los costes administrativos³⁸.

Asimismo, el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, ha introducido el principio de simplificación administrativa y técnica, especialmente para las instalaciones de autoconsumo de pequeña potencia³⁹. A ello se han sumado la mayoría de Comunidades Autónomas que, aprovechando la legislación para la reactivación económica y

³⁷ INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACIÓN Y AHORRO DE LA ENERGÍA (IDAE). **Guía IDAE 021: Guía Profesional de Tramitación del Autoconsumo** (edición v. 3.0), 2020. Disponible en: <https://bityli.com/ODE2X> >. Consultado el 30 de marzo de 2021.

³⁸ BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel. Instalaciones de energías renovables. El reto de la unificación y simplificación de los procedimientos. En: VALENCIA MARTÍN, Germán; ROSA MORENO, Juan (Coord.). **La transformación renovable del modelo energético**. Pamplona: Aranzadi, 2020. pp. 383-426.

³⁹ Recordamos que el desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, se llevó a cabo mediante el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica. Asimismo, importantes simplificaciones normativas en la tramitación de los procedimientos de autorización de la construcción, ampliación, modificación y explotación de las instalaciones eléctricas de producción, transporte y distribución están recogidas en el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. Por otro lado, cabe hacer mención también a las normativas autonómicas que pretenden eliminar barreras administrativas para el fomento del autoconsumo fotovoltaico, aprobadas antes de la legislación de reactivación económica: en Cataluña, la Ley Catalana de Cambio Climático [cuyo art. 19.d) establece la necesidad de adoptar medidas de carácter normativo que favorezcan el autoconsumo energético a partir de energías renovables], así como el citado Decreto-ley 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables. Asimismo, en Baleares la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de les Illes Balears; en Extremadura la Ley 11/2017, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura.

productiva post pandemia, están procediendo a simplificar la tramitación administrativa de determinados tipos de autoconsumo⁴⁰.

Si la simplificación administrativa es un segmento importante para el impulso de las energías renovables, es aún más relevante en el ámbito local, ya que son los ayuntamientos los encargados de tramitar algunas de las licencias (de obras, de actividad y urbanísticas) relativas a pequeñas instalaciones para autoconsumo y sistemas de aprovechamiento de energía solar.

Así, por ejemplo, la Guía práctica para el fomento del autoconsumo renovable desde el ámbito municipal⁴¹ advierte que “debe tenerse en cuenta que en aras de la eficacia que se exige a las Administraciones Públicas y para limitar la burocracia a que se somete en ocasiones a la ciudadanía, a la hora de realizar trámites, las exigencias, plazos y recursos deben ser adecuados a la finalidad perseguida y teniendo en cuenta el contexto socioeconómico de cada momento, evitando en todo lo posible la solicitud de documentación excesiva, incluso en ocasiones por encima de la exigida por la legislación vigente”.

De hecho, entre las muchas barreras y trabas evidenciadas en ayuntamientos referidas a la implantación de instalaciones de energía renovable, sobre todo de pequeña potencia y para autoconsumo, son relativas al tipo de licencia requerida (de obras y de actividad), así como a la excesiva cantidad y exigencia documental y a la demora excesiva en los plazos resolutivos.

Respecto a los permisos de obra, dependiendo del tamaño de la instalación, el camino seguido por la mayoría de las CCAA es la sustitución de la licencia de obra por una simple declaración responsable o comunicación previa ante el ayuntamiento, para que pueda iniciarse la obra de forma inmediata, sin esperar una resolución por parte del ayuntamiento. En esta senda, se menciona, entre todos⁴², el Decreto-ley catalán

⁴⁰ Decreto-Ley 4/2020, de 18 de junio, de impulso y simplificación de la actividad administrativa para el fomento de la reactivación productiva en Castilla y León; Decreto-ley 2/2020 de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía; Decreto-ley 14/2020, de 7 de agosto, del Consell, de medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables por la emergencia climática y la necesidad de la urgente reactivación económica (Comunidad Valenciana); Decreto Ley 15/2020, de 10 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de los sectores primarios, energético, turístico y territorial de Canarias; Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de Aragón; Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Castilla-La Mancha, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas.

⁴¹ ECOOO. **Guía práctica para el fomento del autoconsumo renovable desde el ámbito municipal**, julio 2019, pp. 1-53. Disponible en: <<https://ecooo.es/cultura-energetica/>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

⁴² Asimismo, el Decreto-ley 2/2020 de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, modificando la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, habilita a los ayuntamientos para sustituir la licencia de obras municipal por una Declaración Responsable o Comunicación Previa para las instalaciones que se realicen sobre edificios existentes en suelo urbano consolidado y que no necesiten de proyecto edificativo, con determinados condicionantes (hasta 10Kw). Por otro lado, los ayuntamientos podrán determinar condicionantes y excepciones, en función del tipo de inmueble o de su emplazamiento.

16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables, que modifica el Texto refundido de la Ley de urbanismo para sustituir la licencia de obras con una comunicación previa para determinadas instalaciones en cubiertas de edificios (las indicadas en el mencionado art. 9 bis de la Ley de Urbanismo). En cambio, deberán ser tramitadas como licencias de obras las instalaciones de autoconsumo que no entren en los supuestos del art. 9 bis de la Ley de Urbanismo y las que se pretendan instalar en edificios sometidos a un régimen de protección patrimonial cultural o urbanística⁴³. Los Ayuntamientos son los responsables de establecer la documentación que acompaña la comunicación previa y, para impulsar estos tipos de instalaciones, sería preciso concretar en las ordenanzas solares todos los documentos que se deben aportar, que deberían ser reducidos y sencillos de obtener.

Además, determinadas instalaciones de autoconsumo deberían estar exentas de obtener una licencia de actividad. De acuerdo con la normativa estatal, las instalaciones sin excedentes, que no venden energía a la red, no realizan actividad económica, por lo que no precisan licencia de actividad. Sin embargo, algunos ayuntamientos siguen requiriendo dichos trámites. Asimismo, algunos ayuntamientos siguen exigiendo una licencia de actividad para las instalaciones con excedentes acogidas a compensación, que igualmente deberían estar exentas.

Además de reducir los trámites y agilizar los procedimientos administrativos, resulta fundamental, en aras de fomentar el desarrollo del autoconsumo fotovoltaico doméstico en el municipio, implementar la tramitación telemática y poner a disposición de los usuarios toda la información sobre los trámites a realizar de forma clara e integrada⁴⁴.

4.4. Bonificaciones fiscales

Si bien no pueden crear nuevos tributos, los ayuntamientos, en el marco de la ley, pueden regular determinados beneficios fiscales (o gravámenes), a través de las ordenanzas fiscales. Partiendo de esta premisa, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales (en adelante LRHL) posibilita a los entes locales a establecer bonificaciones fiscales relativas a la instalación de energías renovables. Así, dentro del marco de la LRHL, los municipios tienen un amplio margen de maniobra para fijar, con carácter

⁴³ Además de las indicadas el artículo 187 bis de la Ley de Urbanismo, también las instalaciones que se lleven a cabo en suelo no urbanizable y urbanizable no delimitado.

⁴⁴ Con referencia a esto, los municipios podrían redactar Guías de autoconsumo eléctrico, donde recojan todos los trámites necesarios y las eventuales bonificaciones. Excelente ejemplo de ello es la Guía de Autoconsumo Eléctrico en la ciudad de Zaragoza, editada por el mismo Ayuntamiento. (ZARAGOZA. **Guía de Autoconsumo Eléctrico en la ciudad de Zaragoza**. Disponible en: <https://bityli.com/MDtqa>. Consultado el 30 de marzo de 2021.)

potestativo, las bonificaciones fiscales para las instalaciones de autoconsumo que crean convenientes, concretar su porcentaje, su duración y los eventuales condicionantes para determinados supuestos.

En efecto, una de las medidas más determinantes que cada vez más ayuntamientos están tomando para demostrar su compromiso y fomentar la implantación de instalaciones de autoconsumo, y de energía renovable en general⁴⁵, es justamente la previsión de un régimen fiscal municipal propicio estableciendo bonificaciones en diversos impuestos de gestión municipal⁴⁶. A ello, debemos añadir que las Leyes autonómicas de Cambio Climático también contienen disposiciones que van en esta línea⁴⁷.

En la actualidad, existen numerosos estudios y guías que recogen todas estas bonificaciones; por lo que, de manera sucinta, haremos referencia a continuación a las bonificaciones más comunes, remitiéndonos a dichos estudios para un análisis más detallado⁴⁸.

4.4.1. *Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO)*

De acuerdo con la definición dada por el art. 100 LRHS, “[E]l Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición”. Por lo que se trata de un impuesto potestativo que se paga de forma única.

En el caso que nos concierne, la liquidación de la tasa y el impuesto de construcciones y obras (ICIO)⁴⁹ se acompaña al permiso de obras para instalaciones de autoconsumo. Sin embargo, las administraciones locales pueden establecer una bonificación

⁴⁵ Vid., *in toto*, CARPIZO BERGARECHE, Juan. La fiscalidad energética autonómica y local: problemática y posibles soluciones. **Presupuesto y Gasto Público**, n. 97, pp. 121-137, sep./dic. 2019. Asimismo, véase CARMONA GARIAS, Silvia. Les tècniques d’incentiu o foment en matèria ambiental. En: En: CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon (Eds.). **Dret ambiental local a Catalunya**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. pp. 359-38.

⁴⁶ Se mencionan también los modelos de ordenanzas fiscales redactados por la Diputació de Valencia y por el ICAEN: DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D’ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: < <https://bityli.com/UbHMu> >. Consultado el 29 de marzo de 2021 y DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D’ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: < <https://bityli.com/Ohvy5> >. Consultado el 29 de marzo de 2021.

⁴⁷ Entre todas, mencionamos el art. 38 de la Ley Catalana de Cambio Climático y el art. 31 de la Ley Balear de Cambio Climático y Transición Energética.

⁴⁸ Ente todos, véase el informe FUNDACIÓN RENOVABLES (FER); OVOVO. **Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes**, 2020. Disponible en: <<https://www.otovo.es/assets/subvenciones-placas-solares.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

⁴⁹ Recordamos que en este supuesto el sujeto pasivo del ICIO será el propietario de la instalación u obra, a pesar de que sea o no el propietario del inmueble en el que se realiza la instalación.

del ICIO de hasta el 95% para construcciones, instalaciones u obras que consistan en la instalación de sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico con energía solar, así como la de otras fuentes de energía renovable [Art. 103.2 b) LRHS].

4.4.2. *Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)*

Al contrario del ICIO, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es un tributo municipal directo anual, de carácter real, cuyo hecho imponible “viene constituido por la titularidad dominical o de los derechos reales de superficie o usufructo, sobre bienes inmuebles, rústicos o urbanos y sobre los bienes de características especiales, así como las concesiones administrativas sobre los inmuebles o servicios públicos a los que se hallen afectos”⁵⁰ (Arts. 60-61 LRHL).

Ahora bien, el apartado 5 del artículo 74 LRHL, posibilita la aplicación de bonificaciones a los inmuebles que instalen energías renovables. En concreto, los municipios pueden, siempre potestativamente, fijar en las ordenanzas fiscales bonificaciones de hasta el 50% de la cuota íntegra para los inmuebles en los que se hayan instalado sistemas de energías renovables para aprovechamiento térmico o eléctrico. Claramente, los ayuntamientos pueden establecer el tipo impositivo, la cuantía, la duración de la bonificación y eventuales restricciones para su aplicación.

En este sentido, el informe de la Fundación energías renovables y Ovoovo destaca que en la mayoría de las ocasiones la bonificación lleva consigo restricciones importantes: “Hay casos en los que para solicitar la bonificación es necesario cumplir unos requisitos o condiciones, algunas de ellas coherentes y posibles de cumplir, pero hay otros casos en los que es muy difícil porque las exigencias son prácticamente imposibles de cumplir o limitan su obtención en la mayoría de los casos. Este hecho se debe tener en cuenta ya que de nada sirve que las ordenanzas definan una gran bonificación si las exigencias que la acompañan van a imposibilitar que la mayoría de la ciudadanía tenga derecho a solicitarlas”⁵¹. En algunas ordenanzas fiscales de ICIO y de IBI, por ejemplo, se establecen condiciones basadas en la renta familiar o se restringe la bonificación a sistemas aislados o sin conexión a red, o a la instalación conjunta de sistemas de aprovechamiento térmico y eléctrico de la energía solar, o sólo al uso residencial o a viviendas de protección oficial.

⁵⁰ ALIAGA AGULLÓ, Eva. **Ordenamiento tributario español: los impuestos**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 463.

⁵¹ FUNDACIÓN RENOVABLES (FER); OVOOVO. **Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes**, 2020. p. 16. Disponible en: <<https://www.otovo.es/assets/subvenciones-placas-solares.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

Por otro lado, algunos ayuntamientos fijan simultáneamente bonificaciones para ICIO e IBI, lo que supone, en algunos casos, un ahorro importante o la amortización casi completa del valor de la inversión de los sistemas de autoconsumo fotovoltaico⁵².

4.4.3. Impuesto de Actividades económicas (IAE)

Finalmente, debemos traer a colación las bonificaciones del Impuesto de Actividades económicas (IAE), advirtiendo, sin embargo, que el IAE concierne solamente a las instalaciones con excedentes no acogidas a compensación, ya que en este caso se realiza venta de energía a la red⁵³. Muchos de estos supuestos se refieren al ámbito industrial o comercial. Con referencia a ello, el apartado 2 c) del artículo 88 habilita a los ayuntamientos para fijar una bonificación de hasta el 50% de la cuota correspondiente, para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y utilicen o produzcan energía a partir de instalaciones para el aprovechamiento de energías renovables o sistemas de cogeneración. Sin embargo, hoy en día siguen siendo pocos los ayuntamientos que establecen bonificaciones al IAE, respecto a los que fijan algún tipo de bonificación al IBI o al ICIO. Entre todos, el Ayuntamiento de Zaragoza (bonificación del 30%, cuando la potencia instalada en cogeneración o renovables supere los 75 kilovatios)⁵⁴, el Ayuntamiento de Rubí (bonificación del 50% durante los 5 años posteriores al año de construcción de la instalación fotovoltaica; y la bonificación no podrá superar el 100% del coste total de la instalación)⁵⁵ y el Ayuntamiento de Sevilla (bonificación del 50%)⁵⁶.

No obstante, hay que considerar que el IBI y el IAE son los tributos que conforman la principal fuente de ingresos de los ayuntamientos, por lo que es fundamental aplicar bonificaciones equilibradas, que no comprometan o, de todas formas, supongan una reducción importante para los ingresos municipales.

⁵² Según el mencionado estudio, de los 753 municipios estudiados en España con una población superior a 10.000 habitantes, 312 ofrecen algún tipo de bonificación sobre el IBI que favorecen el autoconsumo y 231 ofrecen bonificaciones simultáneas de IBI e ICIO. En cambio, 263 municipios no ofrecen ningún tipo de bonificación ni sobre el IBI ni sobre el ICIO. (FUNDACIÓN RENOVABLES (FER); OVOVO. **Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes**, 2020. Disponible en: <<https://www.otovo.es/assets/subvenciones-placas-solares.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.)

⁵³ Como hemos apuntado *supra*, de acuerdo con la normativa estatal, las instalaciones sin excedentes, que no venden energía a la red, no realizan actividad económica, por lo que no precisan licencia de actividad. (FUNDACIÓN RENOVABLES (FER); OVOVO. **Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes**, 2020. Disponible en: <<https://www.otovo.es/assets/subvenciones-placas-solares.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.)

⁵⁴ ESPAÑA. **Ordenanza fiscal n. 3 del Impuesto sobre Actividades Económicas** (BOPZ n. 295 de 26 de diciembre de 2019).

⁵⁵ ESPAÑA. **Ordenanza Fiscal n. 4**, Impuesto sobre actividades económicas. Disponible en: <https://seu.rubi.cat/documentPublic/download/2157>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

⁵⁶ AGENCIA TRIBUTARIA DE SEVILLA. **Ordenanza Fiscal de Medidas de Solidaridad Social, impulso de la Actividad Económica, Defensa del Medio Ambiente y Fomento del Empleo**. Disponible en: <<https://bityli.com/zEwzx>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

5. AUTOCONSUMO FOTOVOLTAICO COLECTIVO EN EDIFICIOS PLURIFAMILIARES

Un dato interesante evidenciado por el mencionado informe del ICAEN es que la mayoría de las instalaciones domésticas de autoconsumo fotovoltaico en Cataluña⁵⁷ se sitúan en viviendas unifamiliares. En concreto, en 2020 se instalaron solamente 25 instalaciones de autoconsumo colectivo⁵⁸ (de las 5.869) en toda la Comunidad Autónoma. El dato resulta aún más sorprendente si se relaciona con otros dos datos: España es el segundo País de la Unión Europea (siendo el primero Letonia) donde en 2018 más población residía en edificios plurifamiliares⁵⁹ y, por otro lado, más del 75% de los tejados de edificios plurifamiliares en todo el país es idóneo para la instalación de placas solares.

El escaso número de instalaciones de autoconsumo colectivo en edificios plurifamiliares se debe sin duda a las barreras legales y técnicas todavía existentes.

El Tribunal Constitucional en 2017, como se ha apuntado *supra*, anuló la prohibición de autoconsumo compartido establecida por el RD 900/2015. Pues, en la actualidad, el autoconsumo colectivo tiene su expreso reconocimiento en la regulación española. De acuerdo con el RD Autoconsumo, un autoconsumo colectivo estará formado por una o varias instalaciones generadoras de energía eléctrica y varios consumidores que se asocian a ellas⁶⁰.

De tal manera, el RD Autoconsumo tipifica dos tipos de autoconsumo colectivo:

1. En el de tipo uno, el autoconsumo colectivo se realiza entre instalaciones *próximas de red interior* y los autoconsumidores están conectados a través de líneas directas. Es el ejemplo típico de una comunidad de vecinos. Este tipo de instalación podrá pertenecer a cualquiera de las modalidades de autoconsumo definidas por el RD.
2. En el de tipo dos, el autoconsumo colectivo se realiza entre instalaciones *próximas a través de la red*. En concreto, se trata de instalaciones que: a) están conectadas a cualquiera de las redes de baja tensión derivada del mismo centro de transformación; b) o bien, se encuentren conectadas, tanto la generación como los consumos, en baja tensión y a una distancia entre ellos

⁵⁷ El discurso es extensible a toda España.

⁵⁸ INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Evolució de l'autoconsum FV compartit**. Disponible en: <<https://bityli.com/2vuDO>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

⁵⁹ EUROPEAN UNION. **Living conditions in Europe** - 2018 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Disponible en: <<https://bityli.com/QdEbj>>. Consultado el 01 de abril de 2021.

⁶⁰ "Se dice que un sujeto consumidor participa en un autoconsumo colectivo cuando pertenece a un grupo de varios consumidores que se alimentan, de forma acordada, de energía eléctrica que proveniente de instalaciones de producción próximas a las de consumo y asociadas a los mismos". Art. 3.m RD Autoconsumo.

inferior a 500 metros⁶¹; c) o, finalmente, estén ubicadas, tanto la generación como los consumos, en una misma referencia catastral según sus primeros 14 dígitos, siempre conectadas en baja tensión⁶². Sería por ejemplo el caso de una comunidad de vecinos que utiliza el tejado de un edificio cercano para la instalación de placas solares. Este tipo de autoconsumo colectivo solo podrá acogerse a las modalidades de autoconsumo con excedentes.

Si bien la normativa admite el autoconsumo colectivo, en realidad una serie de trabas impiden actualmente el despliegue de este tipo de autoconsumo. Sin entrar en los problemas técnicos, nos centraremos a continuación en dos problemas normativos.

En primer lugar, cabe mencionar los problemas relativos a los coeficientes de repartición. La normativa permite un sistema estático de coeficientes fijos⁶³, por lo que la energía se reparte de forma fija en la misma proporción entre todos los usuarios, independientemente de si se está utilizando o no la energía en cada momento, sin la posibilidad de considerar variaciones horarias o en determinados periodos del año. Sin embargo, se encuentra actualmente en fase de información pública el Proyecto de Orden⁶⁴ que, de acuerdo con la Disposición Final quinta del RD, debería introducir la posibilidad de coeficientes de reparto dinámicos y variables por cada hora del año, aunque el reparto seguirá estableciéndose siempre *a priori*, es decir, con anterioridad a la generación de energía. Esta previsión que, sin duda, optimizará el reparto de energía generada entre todos los usuarios y corregirá un grave escollo técnico, es considerada insuficiente por el gremio, que reclama la posibilidad de coeficientes variables que se calculen *a posteriori*, es decir, a través del consumo real de cada usuario (coeficientes de reparto por defecto).

Ulterior dificultad se relaciona con la necesaria autorización de la comunidad de propietarios para la instalación de autoconsumo colectivo en el tejado de edificios. Aunque no es necesario que todos los vecinos del edificio quieran ser usuarios de la

⁶¹ A tal efecto, se tomará la distancia entre los equipos de medida en su proyección ortogonal en planta.

⁶² Cabe mencionar que actualmente se encuentra en fase de consulta pública previa el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el proyecto del nuevo Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión que pretende substituir el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión actualmente vigente (ESPAÑA. **Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto**, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión. Disponible en: <https://bityli.com/XRD76>. Consultado el 30 de marzo de 2021).

⁶³ El artículo 4.3 del RD Autoconsumo establece que "En el caso de autoconsumo colectivo, todos los consumidores participantes que se encuentren asociados a la misma instalación de generación deberán pertenecer a la misma modalidad de autoconsumo y deberán comunicar de forma individual a la empresa distribuidora como encargado de la lectura, directamente o a través de la empresa comercializadora, un mismo acuerdo firmado por todos los participantes que recoja los criterios de reparto, en virtud de lo recogido en el anexo I". En el anexo I se establece el mecanismo de cálculo de la energía horaria neta generada individualizada para los sujetos que realicen un autoconsumo colectivo, concretando que "En todo caso, estos coeficientes deberán tener valores fijos para todas las horas de un periodo de facturación".

⁶⁴ ESPAÑA. **Proyecto de Orden por la que se modifica el Anexo I del Real Decreto 244/2019**, de 5 de abril, para la implementación de coeficientes dinámicos de reparto en autoconsumo colectivo. Disponible en: <https://bityli.com/NgHz1>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

instalación, se requiere un acuerdo aprobado por mayorías que no son claras. En España, la Ley de propiedad horizontal establece en general el acuerdo de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen un tercio de las cuotas de participación⁶⁵, tanto en los casos de instalaciones de uso común como privado. No obstante, se requiere la unanimidad cuando la instalación requiere una alteración substancial del edificio o cuando altera de forma considerable la estética del edificio.

En el caso de Cataluña, el Libro Quinto del Código Civil⁶⁶ contiene un redactado poco claro. Por un lado, el artículo 553.25 punto 2.c) establece la necesidad de un acuerdo aprobado por mayoría simple de los propietarios que han participado en la votación y que simultáneamente representen la mayoría simple del total de sus cuotas de participación. Sin embargo, de acuerdo con el redactado del artículo 553.26 punto 1.d) se requiere la unanimidad de todos los propietarios con derecho a voto para ceder gratuitamente el uso de elementos que tienen uso común (sería el caso de la azotea)⁶⁷. El Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, interviniendo acerca de esta cuestión⁶⁸, interpretó que por regla general se requerirá un acuerdo por mayoría simple, tanto en los casos en los que la infraestructura es para uso común como para uso privativo. No obstante, en casos de conflictos entre intereses comunes y privados, según el caso concreto, podría ser necesaria una mayoría calificada de 4/5 de votos y de cuotas o, incluso, la unanimidad. Es evidente, por ende, que la normativa catalana genera considerables problemas.

A los mencionados deben añadirse los obstáculos técnicos, ligados a las actuaciones de las comercializadoras y de las distribuidoras, la escasa propensión en España para las instalaciones compartidas, el desconocimiento normativo y técnico, y la falta, en algunos casos, de condiciones favorables para la instalación de placas solares (por ejemplo, en edificios que no tienen una buena orientación).

Estas trabas legales y técnicas, que los ayuntamientos no pueden solventar, sin duda alguna ralentizan la expansión del autoconsumo colectivo.

No obstante, por su parte, los ayuntamientos pueden fomentar el autoconsumo colectivo a través de algunas medidas concretas:

1. Establecer en las ordenanzas solares bonificaciones de IBI o ICIO *ad hoc* para instalaciones de autoconsumo colectivo.

⁶⁵ Art. 17.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

⁶⁶ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

⁶⁷ Sería el caso de una autoproducción colectiva de uso privativo, donde un grupo de vecinos piden autorización para instalar en el tejado del edificio unas placas solares de uso colectivo pero privado. En este caso la energía producida no se utilizaría ni para abastecer las zonas comunes ni tampoco las viviendas de los demás vecinos.

⁶⁸ ECOSERVEIS. **Autoconsum i acords de comunitats de propietaris a Catalunya**, 11 febrer, 2020. Disponible en: <<https://bitly.com/ChaDO>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

2. Facilitar información clara y concreta de todos los trámites municipales en las páginas web, en las ordenanzas solares y con sesiones presenciales de información y apoyo.
3. Proporcionar asesoramiento técnico particularizado, a través de los técnicos del propio ayuntamiento o, donde existan, de los técnicos de las Agencias locales de Energía.
4. Finalmente, cabe la posibilidad de poner a disposición de los vecinos los tejados de edificios municipales. En este caso, el ayuntamiento podría optar por la cesión de superficies de edificios municipales a través de convenios o concesiones de uso. La mencionada opción no se está exenta de problemáticas, entre todas, la relativa a las distancias. Recordemos que, de acuerdo con la normativa vigente, el autoconsumo colectivo que se realiza entre instalaciones próximas a través de la red tiene unas importantes limitaciones legales, muy cuestionadas, relativas a la distancia entre las instalaciones de producción y las de consumo (mismo centro de transformación o 500 metros o referencia catastral según sus primeros 14 dígitos).

6. CONCLUSIONES

En el presente estudio hemos analizado tres herramientas jurídicas a disposición de los ayuntamientos para poder fomentar, en su función de reguladores, el autoconsumo fotovoltaico en sus términos municipales, en concreto en el ámbito doméstico. A las analizadas, se debe añadir el liderazgo que los ayuntamientos pueden asumir a través del asesoramiento a los vecinos, de campañas de sensibilización y reuniones para explicar las opciones a disposición y las vías de financiación existentes para la instalación de placas solares. Aunque parece la tarea más sencilla, en realidad se trata de una tarea harto complicada, puesto que hoy en día los vecinos desconocen los numerosos y súbitos cambios normativos, son difidentes a proceder a una inversión en instalaciones de autoconsumo, tienen muy poca experiencia con el autoconsumo e ignoran las posibilidades de financiación disponibles, así como las eventuales bonificaciones fiscales por parte del ayuntamiento y el posible ahorro y retorno económico derivado de ellas. Todo lo anterior se completa con la falta de recursos de muchos Ayuntamientos para tan ardua y especializada labor, sobre todo en los de pequeñas dimensiones y con recursos – tanto reales como personales – muy limitados. Sin embargo, en estos casos tanto las Diputaciones provinciales, como las Agencias Locales de Energía y los organismos autonómicos creados *ad hoc* como soporte para la transición energética (por ejemplo, el mencionado ICAEN en Cataluña) está auxiliando los municipios en las tareas técnicas y jurídicas relacionadas con el tema.

Por otro lado, hemos considerado importante ocuparnos del autoconsumo colectivo en edificios plurifamiliares que, al contrario del autoconsumo individual doméstico, sigue estancado a causa de impedimentos legales y técnicos.

A tenor de lo expresado, consideramos que los ayuntamientos tienen a su disposición suficientes herramientas para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector residencial. Aunque cada vez más ayuntamientos, tanto en Cataluña como en España, se están sumando a la implantación del autoconsumo, existen todavía numerosos municipios en los que resulta complicado o imposible llevar a cabo instalaciones fotovoltaicas de autoconsumo. El autoconsumo fotovoltaico, a nuestro juicio, puede representar un transcendental medio para llevar a cabo la transición energética desde abajo y, a la vez, para concienciar a los ciudadanos del rol que ellos pueden desempeñar en este cambio de modelo energético. Es preciso, por todas estas razones, que los ayuntamientos trabajen en la senda de favorecer el autoconsumo, tanto individual como colectivo, sea tanto en el sector residencial, como en el comercial e industrial. Queda mucho camino por recorrer.

7. REFERENCIAS

AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA. **Guía para el fomento del Autoconsumo en municipios andaluces**, Mesa para el autoconsumo en Andalucía, Abr. 2020. Disponible en: <<https://bityli.com/UvNWd>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

AGENCIA TRIBUTARIA DE SEVILLA. **Ordenanza Fiscal de Medidas de Solidaridad Social, impulso de la Actividad Económica, Defensa del Medio Ambiente y Fomento del Empleo**. Disponible en: <<https://bityli.com/zEwzx>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ALENZA GARCÍA, José Francisco; SANZ RUBIALES, Íñigo. Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos clave en la lucha contra el cambio climático. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Coords.). **Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020**. Pamplona: Aranzadi, 2017.

ALIAGA AGULLÓ, Eva. **Ordenamiento tributario español: los impuestos**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera. **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 24, pp. 1-44, may. 2010.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional. **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 99-100, pp. 441-463, dez. 2014.

AYKUT, Stefan C.; CASTRO, Monica. The end of fossil fuels? Understanding the partial climatisation of energy policy. En: AYKUT, Stefan; FOYER, Jean; MORENA, Eduard (Ed.). **Globalising the Climate: COP21 and the climatisation of global debates**. London: Routledge, 2019.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. La ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios? **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 184, pp. 41-73, 2017.

BEAS, Marina Rodríguez. El conflicto competencial sobre cambio climático entre España y Cataluña: avances y retrocesos a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal constitucional 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático. **A&C – Revista de Derecho Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 59-99, jul./set. 2019.

BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel. Instalaciones de energías renovables. El reto de la unificación y simplificación de los procedimientos. En: VALENCIA MARTÍN, Germán; ROSA MORENO, Juan (Coord.). **La transformación renovable del modelo energético**. Pamplona: Aranzadi, 2020.

CARMONA GARIAS, Silvia. La potestat normativa dels ens locals en matèria ambiental. En: CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon (Eds.). **Dret ambiental local a Catalunya**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CARMONA GARIAS, Silvia. Les tècniques d'incentiu o foment en matèria ambiental. En: CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon (Eds.). **Dret ambiental local a Catalunya**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CARPIZO BERGARECHE, Juan. La fiscalidad energética autonómica y local: problemática y posibles soluciones. **Presupuesto y Gasto Público**, n. 97, pp. 121-137, sep./dic. 2019.

CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep Ramon. Administración local: competencias sobre ecoeficiencia energética. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Observatorio de Políticas Ambientales 2016**. Madrid: Ciemat, 2016.

COCCILOLO, Endrius. Cambio climático en tiempos de emergencia. Las comunidades autónomas en las veredas del “federalismo climático” español. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-14, 2020.

DE LA VARGA PASTOR, Aitana. La ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal constitucional. Estudio de las repercusiones de la sentencia y su evolución legislativa. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-47, 2020.

DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: <<https://bitly.com/UbHMu>>. Consultado el 29 de marzo de 2021.

DIPUTACIÓN DE VALENCIA; INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Modelo de Ordenanza Reguladora**. Disponible en: <<https://bitly.com/Ohvy5>> Consultado el 29 de marzo de 2021.

ECOOO. **Guía práctica para el fomento del autoconsumo renovable desde el ámbito municipal**, julio 2019, pp. 1-53. Disponible en: <<https://ecooo.es/cultura-energetica/>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ECOSERVEIS. **Autoconsum i acords de comunitats de propietaris a Catalunya**, 11 febrer, 2020. Disponible en: <<https://bityli.com/ChaDO>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ENERGÍAS RENOVABLES. **Crece un 30% el autoconsumo en el año del Covid**, 28 de enero de 2021. Disponible en: <https://bityli.com/Vz4wx>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ESPAÑA. **Ordenanza fiscal n. 3 del Impuesto sobre Actividades Económicas** (BOPZ n. 295 de 26 de diciembre de 2019).

ESPAÑA. **Ordenanza Fiscal n. 4**, Impuesto sobre actividades económicas. Disponible en: <https://seu.rubi.cat/documentPublic/download/2157>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ESPAÑA. **Proyecto de Orden por la que se modifica el Anexo I del Real Decreto 244/2019**, de 5 de abril, para la implementación de coeficientes dinámicos de reparto en autoconsumo colectivo. Disponible en: <<https://bityli.com/NgHz1>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ESPAÑA. **Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación**, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. Disponible en: <https://bityli.com/30FhO>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ESPAÑA. **Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto**, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión. Disponible en: https://industria.gob.es/_layouts/15/HttpHandlerParticipacionPublicaAnexos.aspx?k=24958>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 7/2015**, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11723>>.

EUROPEAN UNION. **Living conditions in Europe** - 2018 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Disponible en: <<https://bityli.com/QdEbj>>. Consultado el 01 de abril de 2021.

FALCÓN-PÉREZ, Carmen Esther. Las cooperativas energéticas verdes como alternativa al sector eléctrico español: una oportunidad de cambio. **Actualidad Jurídica Ambiental**, Sória, n. 104, pp. 50-108, sep. 2020.

FERNÁNDEZ- MIRANDA, Jorge. El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local, **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 196, pp. 229-269, ene./abr. 2015.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Sobre el ámbito competencial de los entes locales: la interpretación de la jurisprudencia constitucional de su alcance en materia ambiental, **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 112, pp. 49-98, sep./dic. 2018.

FUNDACIÓN RENOVABLES (FER); OVOVO. **Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes**, 2020. Disponible en: <<https://www.otovo.es/assets/subvenciones-placas-solares.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

GALERA RODRIGO, Susana. Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del gobierno multinivel. En: GALERA RODRIGO, Susana; GÓMEZ ZAMORA, Mar (Eds.). **Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. Jurisprudencia contencioso-administrativa: los límites de la potestad reglamentaria local en materia Ambiental. LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Observatorio de Políticas Ambientales 2016**. Madrid: Ciemat, 2016.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús. Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético. **Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente**, Madrid, n. 303, pp. 117-138, ene./feb. 2016.

GARCÍA RUBIO, Fernando. **Sostenibilidad ambiental y competencias locales: un análisis jurídico**. Madrid: Dykinson, 2015.

GIFREU FONT, Judith. La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. Las redes district heating and cooling. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 10, n. 1, p. 1-55, 2019.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. Angeles. Eficiencia energética en la edificación. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Coords.). **Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020**. Pamplona: Aranzadi, 2017.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. Entes locales y sostenibilidad energética. Trabajo presentado en el evento: **International Conference on Regional Science: financing and the role of the regions and towns in economic recovery**. Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España), 20 y 21 de noviembre de 2014. Disponible en: <<https://old.reunionesdeestudiosregionales.org/Zaragoza2014/htdocs/pdf/p1027.pdf>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas, **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 99-200, pp. 1623-1649, may./dic. 2014.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales, **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 117, may./ago. 2020, pp. 147-193.

I DAVID VILLA, Paula Rodríguez. **Autoconsum fotovoltaic a Catalunya: situació a desembre 2020**. Catalunya: Institut Català d'Energia, 2021. Disponible en: <<https://bityli.com/CTOT4>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

INSTITUT CATALÀ D'ENERGIA. **Evolució de l'autoconsum FV compartit**. Disponible en: <<https://bityli.com/2vuDO>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACIÓN Y AHORRO DE LA ENERGÍA (IDAE). **Guía IDAE 021: Guía Profesional de Tramitación del Autoconsumo** (edición v. 3.0), 2020. Disponible en: <https://bityli.com/ODE2X>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

JARIA-MANZANO, Jordi; COCCIOLO, Endrius. Cambio climático, energía y comunidades autónomas: el impulso de la transición energética mediante el cierre de centrales térmicas en la Ley balear 10/2019. **Revista Jurídica de les Illes Balears**, Palma, n. 18, pp. 61-86, 2020.

MASSON-DELMOTTE, Valérie et al. (Ed.). **IPCC, 2018: Global Warming of 1.5°C**. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. 2018. Disponible en <<https://bitly.com/cafis>>.

MORA RUIZ, Manuela. La respuesta legal de la Comunidad autónoma de Andalucía al cambio climático: estudio sobre la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-44, 2020.

MUÑOZ GÓMEZ, Rafael; LÓPEZ SÁNCHEZ, Demetrio. Transición energética: sinopsis de un sistema fósil-centralizado a uno renovable-distribuido. En: GALERA RODRIGO, Susana; GÓMEZ ZAMORA, Mar (Eds.). **Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018.

NIETO GARRIDO, Eva. **El Estatuto Constitucional de los Entes Locales**. Pamplona: Aranzadi, 2018.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. A Rolex o a setas. Comunidades Autónomas, cambio climático y modelo económico. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunya, vol. 11, n. 1, pp. 1-30, 2020.

ORTIZ GARCÍA, Mercedes. El autoconsumo eléctrico. En: GALÁN VIOQUE, Roberto; GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Coords.). **Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020**. Pamplona: Aranzadi, 2017.

PRESICCE, Laura. El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad. **Revista Vasca de Administración Pública**, Euskadi, n. 113, pp. 181-221, ene./abr. 2019.

PRESICCE, Laura. Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional. En: CARBONELL PORRAS, Eloisa; PIPERATA, Giuseppe (Eds.). **La riforma del governo locale in Spagna e Italia**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019.

PRESICCE, Laura. Pobreza y vulnerabilidad energética. Un análisis multinivel en el marco de la Agenda Urbana de la Unión Europea. En: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria (ed.). **La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales**. Una perspectiva interdisciplinar. Barcelona: Atelier, 2020.

ZARAGOZA. **Guía de Autoconsumo Eléctrico en la ciudad de Zaragoza**. Disponible en: <<https://bitly.com/MDtqa>>. Consultado el 30 de marzo de 2021.



Desintegração jurídica e uma teoria do Estado*

Legal Disintegration and a Theory of the State

WILLIAM H. CLUNE^{1, **}

¹ University of Wisconsin (Madison, Estados Unidos da América)

whclune@wisc.edu

<https://orcid.org/0000-0002-4160-8632>

Recebido/Received: 28.11.2020 / November 28th, 2020

Aprovado/Approved: 17.02.2021 / February 17th, 2021

Resumo

Este artigo descreve uma topologia do pensamento jurídico e as condições sociais de que essa topologia, esse pensamento, é um componente. Propõe-se que o pensamento jurídico seja composto por um núcleo e uma periferia e que toda a estrutura corresponda aproximadamente à dicotômica e fragmentada economia política do moderno Estado de bem-estar social democrático. A parte I é uma descrição da estrutura do pensamento jurídico. Nesse sentido, considera-se que o pensamento jurídico possui um núcleo e uma periferia, ambos os quais interagem de maneiras que denomino transição e reintegração. O núcleo compreende um modelo de Tribunais, litigância e processos judiciais; um modelo de

Abstract

This paper describes a topology of legal thought and the social conditions of which that topology is a component. It is proposed that legal thought is composed of a core and periphery and that the whole structure roughly corresponds to the dichotomous and fragmented political economy of the modern democratic welfare state. Part I is a description of the structure of legal thought. In this sense, legal thought is considered to have a core and a periphery, both of which interact in ways that I call transition and reintegration. The core comprises a model of courts, litigation and cases; a private law model of social order; ethical justification; interpretive reasoning; and a hegemonic view of legal influence. The periphery, in its turn, is composed of legislation and

Como citar esse artigo/How to cite this article: CLUNE, William H. Desintegração jurídica e uma teoria do Estado. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 107-133, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82326.

* N.T. 1) A versão original deste artigo em inglês foi publicada em TRUBEK, D.; JOERGES, C. (Orgs.). **Critical Legal Thought: An American-German Debate**. Baden-Baden: Nomos, 1989, e posteriormente republicada em CLUNE, William H., *Legal Disintegration and a Theory of the State*, **German Law Journal**, v. 12, n. 1, p. 186-205, 2011. A tradução se baseia nesse último. 2) O texto original usa linguagem coloquial e, em diversas passagens, primeira pessoa, diferentemente do padrão corrente em artigos acadêmicos. Além disso, contém redundâncias, advérbios e construções linguísticas de difícil compreensão quando traduzidas, o que levou, em certas passagens, à opção pela sua simplificação. 3) Quando o termo Direito se refere ao campo do conhecimento, optou-se por letras maiúsculas, para facilitar a identificação, o que foi utilizada para a identificação de disciplinas, como Direito Ambiental, Direito Falimentar etc., com minúsculas no original. 4) Tradução para o português feita por Bruno Bodart e Sergio Ruy David Polimeno Valente, com revisão técnica de Maria Paula Dallari Bucci.

** Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (Madison, Estados Unidos). Diretor do Grupo de Política do Instituto Nacional para Educação Científica e pesquisador sênior do Consórcio para Pesquisa Política em Educação (CPRE). J.D. – Juris Doctor, Northwestern Law School. Email: whclune@wisc.edu.

Direito Provado da ordem social; justificação ética; racionalidade interpretativa; e uma visão hegemônica da influência jurídica. A periferia, por sua vez, é composta pela legislação e diplomas; um modelo de Direito Público da ordem social; análise de política pública como racionalidade; interpretação jurídica positivista; e uma visão marginalista da influência jurídica. A parte II descreve a estrutura do Direito e a sua relação com a Economia política, incluindo as tendências em direção à reintegração nos aspectos periféricos da Economia política, enfatizando a cooperação social. A conclusão considera o lugar da prática jurídica tradicional em um novo panorama.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; pensamento jurídico; teoria jurídica crítica; Economia Política; Teoria do Estado.

statutes; a public law model of social order; policy analysis as justification; positivist legal interpretation; and a marginalist view of legal influence. Part II describes structure of law and its relation to political economy, including tendencies toward reintegration in the peripheral aspects of political economy emphasizing social cooperation. The Conclusion considers the place of traditional legal practice on a new landscape.

Keywords: Jurisprudence; legal thought; critical legal theory; Political Economy; Theory of State.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Um modelo básico de pensamento jurídico: núcleo, periferia, transição e além; 2.1. As cinco dimensões do pensamento jurídico; 2.2. Descrições de cada dimensão, formas transitórias e reintegrativas; 2.3. Um resumo: a dinâmica do núcleo e da periferia; 2.4. Um pequeno estudo de caso: Direito da responsabilidade civil (tort law) por ato ilícito em transição; 3. Desintegração no pensamento jurídico e na teoria do Estado; 3.1. Os dois projetos do capitalismo: liberdade econômica e interdependência social; 3.2. Impacto dos dois projetos sobre o Direito: efeitos separados; 3.2.1. O núcleo da liberdade econômica; 3.2.2. A periferia da interdependência social; 3.3. Impacto das contradições no Direito; 3.3.1. Questões de acesso a benefícios coletivos; 3.3.2. O desenho do Estado de bem-estar social; 3.3.3. Democracia liberal; 4. Conclusão: o Direito tradicional em uma nova chave, caminhos antigos em um novo cenário; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo descreve uma topologia do pensamento jurídico e as condições sociais (uma construção social mais ampla da realidade) de que essa topologia, esse pensamento, é um componente. A parte I é uma descrição da estrutura do pensamento jurídico; a parte II, das condições sociais (uma teoria do estado, ou economia política). A conclusão considera o lugar da prática jurídica tradicional em um novo cenário.

Percebe-se o pensamento jurídico, grosso modo, como uma progressão desde o primeiro ano do curso de direito, com ênfase na *common law* e no método jurídico, passando pelo segundo e terceiro anos, sobre direito positivo (*statutory law*) e regulamentação da economia, até experiências posteriores de sociologia do direito, análise de políticas e pensamento crítico. Consequentemente, em sua totalidade, o pensamento jurídico poderia ser representado pelo currículo e pesquisa de qualquer faculdade de direito moderna grande e sofisticada, como a minha. Mas o pensamento jurídico

é maior do que a academia (moldando inúmeros atos jurídicos oficiais: casos, textos normativos, debates etc.) e diferente da prática jurídica (cuja relação com o pensamento jurídico não é clara).¹

Propõe-se que o pensamento jurídico seja composto por um núcleo e uma periferia e que toda a estrutura corresponda aproximadamente à dicotômica e fragmentada economia política do moderno Estado de bem-estar social democrático. Assim, o movimento deste artigo parte da fenomenologia jurídica (a experiência do pensamento jurídico) para um tipo correspondente de organização cultural, chamada economia política.²

O problema que se tenta enfrentar é um sentido concomitante de desintegração e integração (ou movimento progressivo) no direito. Após um período inicial de paixão pelo seu poder conceitual e elegância, o observador do pensamento jurídico começa a ver fragmentação, uma variedade de epistemologias, filosofias sociais e instrumentos de política, cheios de conflitos, retalhos desleixados e lacunas, ou descontinuidades desorientadoras. Ao mesmo tempo, parece haver uma estrutura para a desordem (embora fragmentado, o direito não é uma pilha caótica de escombros) e um movimento progressivo em direção à resolução eficiente de problemas sociais. Neste artigo, gostaria de esclarecer este sentido de desordem ordenada e progresso, maculados a cada passo do caminho por conflitos e confusão. Ao olhar primeiro para dentro do pensamento jurídico, depois para fora do seu contexto cultural mais amplo, espero evitar o idealismo árido ou o conceptualismo e alcançar um tipo de energia e profundidade de explicação que de outra forma não seriam possíveis. (Também rejeito implicitamente uma interpretação do pensamento jurídico como exclusivamente um produto ideológico da academia jurídica.³ Considero o pensamento jurídico como, pelo menos em parte, um produto de uma construção maior da realidade, de fato de toda a sociedade).

¹ Embora os advogados possam fazer seus trabalhos pragmáticos com pouca ideologia formal, ao longo do artigo entendo que, conscientemente ou não, tipos de prática podem ser identificados com projetos característicos de pensamento jurídico. Ver também a Conclusão.

² Embora a economia política lide com coisas materiais, considero que é essencialmente cultural, um aspecto da consciência, porque é fundamentalmente um conjunto estável de autorreprodução de expectativas mútuas sobre coisas materiais. A economia política parece mais distante e objetiva (e certamente, em certo sentido, além da periferia do pensamento jurídico); mas também fazemos parte da economia política e, portanto, podemos experimentá-la fenomenologicamente. Ver abaixo, nota 19.

³ SCHLEGEL, John H. *American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing its Tail?* In: TRUBEK, D.; JOERGES, C. (Orgs.). **Critical Legal Thought: An American-German Debate**. Baden-Baden: Nomos, 1989. p. 49-84. Concordo com Schlegel que o pensamento jurídico ajuda os acadêmicos do direito a se diferenciarem tanto da prática jurídica quanto dos departamentos acadêmicos, mas também vejo conexões com padrões mais amplos de pensamento social.

2. UM MODELO BÁSICO DE PENSAMENTO JURÍDICO: NÚCLEO, PERIFERIA, TRANSIÇÃO E ALÉM

O esquema básico do pensamento jurídico apresentado na Parte I é o seguinte: o pensamento jurídico tem um núcleo de “direito tradicional”, consistindo em um modelo de tribunais, litígios e casos; um modelo de ordem social de direito privado; justificativa ética; raciocínio interpretativo; e uma visão hegemônica da influência jurídica. A periferia do pensamento jurídico é composta pelos opostos dos elementos do núcleo: legislação e textos normativos; um modelo de ordem social de direito público; análise de políticas como justificativa; interpretação jurídica positivista; e uma visão marginalista da influência jurídica.⁴

Como os elementos do núcleo e da periferia são construídos como opostos, o espaço conceitual entre eles é vazio ou descontínuo; e o pensador jurídico sente-se puxado em direções opostas, alternando entre os dois sem uma transição adequada. O movimento do núcleo para a periferia é influenciado por poderosas forças opostas, como forças centrípetas e centrífugas. No núcleo, o direito parece natural, seguro (sem contestação), inalterado por paradigmas ou racionalidades incompatíveis.

O núcleo também é um espaço com uma atraente mistura de raciocínio moral e filosofia social. Na periferia, tudo é oposto: o direito parece estranho, burocrático e desafiado tanto por outras formas de pensamento quanto por outros tipos de especialistas. Nesse sentido, existe uma poderosa força centrípeta que impulsiona o pensamento jurídico para suas instituições centrais. Mas também há uma força intensa correndo na direção oposta. No núcleo, o direito parece abstrato, socialmente inconsequente, obsoleto; enquanto na periferia parece moderno, relevante, substantivo, poderoso.

Núcleo e periferia já seriam complicados o suficiente, mas há outra coisa. Deixe-me chamá-la de “transição” e “reintegração”: um esforço para projetar valores do núcleo na periferia, quebrando o espaço descontínuo entre eles; e, no processo, estendendo o escopo do pensamento jurídico para algo que parece “além do direito”.⁵ Atributos positivos do núcleo, como raciocínio moral e filosofia social, estão sendo combinados com elementos positivos da periferia, como sofisticada resolução de problemas sociais. A transição consiste em simples híbridos de núcleo e periferia (que podem ser representados como localizados no espaço descontínuo entre os dois). A reintegração ocorre quando a estrutura do núcleo e da periferia se quebra e algo é criado além do

⁴ A ideia de núcleo e periferia obviamente deve muito a Duncan Kennedy: KENNEDY, Duncan. The political significance of the structure of the law school curriculum. *Seton Hall Law Review*, Newark, v. 14, n. 1, pp. 1-16, 1983; KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 8, pp. 1685-1778, 1976. Este artigo difere da concepção de Kennedy em vários aspectos, por exemplo: incorporando a análise de políticas (e a tese da rematerialização em geral); vendo um movimento progressivo do núcleo para a periferia; e vendo o capitalismo como implicado na construção do núcleo e da periferia e nas contradições entre eles e dentro deles.

⁵ Ver seção B.II.2, *infra*.

direito. Incompatibilidades entre núcleo, periferia, transição e reintegração emprestam um senso de contradição e confusão a toda a estrutura ou topologia do pensamento jurídico.

2.1. As cinco dimensões do pensamento jurídico

Núcleo, periferia, transição e reintegração podem ser retratados em cinco dimensões, como segue. (As seções subsequentes descreverão as dimensões com mais detalhes).⁶

Dimensão: arena (agency) de tomada de decisão, processo e tipo de decisão

Núcleo: tribunais, litígios, caso concreto

Periferia: legislativos, legislação, textos normativos

Transição: litígio de direito público, direitos legais de ação

Reintegração: legislação sobre problemas sociais, direitos constitucionais de bem-estar social

Dimensão: substância da decisão

Núcleo: direito privado

Periferia: direito público

Transição: regulação judicial, common law como economicamente racional

Reintegração: lei reflexiva (organizações intermediárias de política)

Dimensão: tipo de justificação ou racionalização

Núcleo: análise jurídica

Periferia: análise de políticas públicas

Transição: direito e economia (*Law and Economics*)

Reintegração: considerações morais na política de bem-estar social, análise de políticas como participação e empoderamento

Dimensão: tipo de interpretação

Núcleo: raciocínio moral

Periferia: raciocínio positivo

Transição: teleologia da lei (*statutory intent*)

Reintegração: interpretação situacional das leis, etc.

⁶ As dimensões correspondem um pouco ao que os europeus na tradição weberiana chamam de “rematerialização” do direito. TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, New Jersey, v. 17, n. 2, pp. 239-286, 1983.

Dimensão: papel do direito

Núcleo: hegemônico

Periferia: marginal

Transição: implementação

Reintegração: escolha institucional

2.2. Descrições de cada dimensão, formas transitórias e reintegrativas

Esta seção do artigo oferece uma descrição de cada dimensão do pensamento jurídico, elaborando melhor a apresentação esquemática da seção anterior.

Tribunais, contencioso, caso concreto/legislativos, legislação, textos normativos. No núcleo, a ação jurídica ocorre nos casos concretos, por meio de tribunais e litígios. O direito é resolução de disputas; a mudança é uma piada. Na periferia, os legislativos fazem legislação social abrangendo áreas de problemas sociais, em vez de situações individuais. As formas transitórias incluem litígios de direito público (onde o remédio rompe com a disputa subjacente e aborda uma área de problemas sociais) e direitos de ação privados previstos em lei (onde se imagina que a lei crie uma zona de proteção para indivíduos). Não consigo pensar em nenhuma forma verdadeiramente reintegrativa. Seria como abrir um processo judicial para resolver um problema social. O contencioso da reforma social se aproxima dessa noção, assim como a idéia de Michelman de benefícios de bem-estar constitucionalmente exigidos.⁷

Direito privado / direito público. No núcleo, o direito assume a forma de relações jurídicas entre indivíduos, ou seja, em geral, a forma de direitos (propriedade, responsabilidade civil por ato ilícito, direito penal). Na periferia, assume a forma de planejamento social, ou engenharia, com foco nas consequências e comportamentos de organizações, grupos, setores e sociedades. As formas transitórias incluem a proliferação de considerações de direito público na elaboração do direito privado (por exemplo, interesse público invadindo o direito de propriedade supostamente absoluto, regulação judicial dos contratos).⁸ Outra instituição de transição é a sugestão, de direito e economia, de que o direito privado sirva automaticamente para fins públicos, ajustando-se às imperfeições do mercado. Uma reintegração é a ideia contemporânea de usar organizações

⁷ MICHELMAN, Frank I. On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 1, n. 1, pp. 6-59, 1969; MICHELMAN, Frank I. In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 121, n. 5, pp. 962-1019, 1973.

⁸ KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, v. 41, n. 4, pp. 563-658, 1982.

intermediárias como veículos para políticas sociais (por exemplo, planos de saúde)^{9*}, escolas, empresas de opinião pública e casas de repouso). Esse “direito reflexivo” tenta combinar engenharia social com um senso de voluntarismo e direitos individuais.¹⁰

Análise jurídica / análise de políticas. O raciocínio jurídico é conceitual, ético, analógico; e repousa (um tanto paradoxalmente) em uma visão ética do mundo, uma imagem de uma sociedade justa e ordenada. A análise de políticas é consequencialista (apoiando-se em previsões sobre comportamento social, incluindo tudo, desde desvio social a orçamentos equilibrados). A análise de políticas é substancialmente específica, exigindo conhecimento especializado sobre os comportamentos de sistemas sociais específicos, como educação, bancos e polícia. Portanto, na periferia, a análise jurídica é fortemente contestada por conhecimentos substantivos, tanto gerais (economia, análise de políticas) quanto especiais (por exemplo, conhecimento técnico sobre poluição). A análise de políticas também tende a ser substancialmente fragmentada e *ad hoc*, uma série de soluções para problemas sociais específicos. Direito e economia é uma forma de transição clássica, tentando investir o raciocínio jurídico com potência consequencialista. Uma poderosa forma reintegrativa está apenas emergindo: a ideia do Estado de bem-estar social como incorporando uma série de julgamentos morais sobre a sociedade.¹¹ Outra reintegração é uma nova forma de análise de políticas onde a ênfase está na participação e no empoderamento, e não na implantação tipo comando-controle, de cima para baixo (*top-down*).¹²

Raciocínio Jurídico / Raciocínio Positivista. Aqui passamos do raciocínio sobre a formação do direito (justificativa para elaborar o direito) para a interpretação do direito (o significado do direito já elaborado). O raciocínio jurídico no núcleo (*common law*) combina justificação e interpretação em um único ato. O raciocínio jurídico na periferia é positivista, tratando as decisões como já tomadas (por exemplo, nas disposições específicas dos textos normativos) e um grande número de decisões em rotinas burocráticas

⁹ *NT. No original, HMO, que deve se referir a Health Maintenance Organization.

¹⁰ TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. **Law & Society Review**, New Jersey, v. 17, n. 2, pp. 239-286, 1983.

¹¹ PIORE, Michael; SABEL, Charles. **The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity**. New York: Basic Books, 1984; SIMON, William H. Rights and Redistribution in the Welfare System. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 38, n. 6, pp. 1431-1516, 1986.

¹² HANDLER, Joel F. **The Conditions of Discretion**. [s.l.]: Russell Sage Foundation, 1986; BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982; TAYLOR, Serge. **Making Bureaucracies Think: The Environmental Impact Statement Strategy of Administrative Reform**. Stanford: Stanford University Press, 1984. A aplicação mais pura da abordagem está no gerenciamento de negócios: PETERS, Thomas J.; JR., Robert H. Waterman. **In search of excellence: Lessons from America's best-run companies**. New York: Harper & Row, 1982; KANTER, Rosabeth M. **The Change Masters - Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation**. New York: Simon Schuster, 1984.

(por exemplo, os procedimentos operacionais padrão da administração da previdência social). A teleologia (*statutory intent*) é uma forma de transição (por exemplo, interpretação dos textos normativos com base em objetivos de política). A reintegração é desenfreada, incluindo interpretação pura como um cânone da interpretação jurídica¹³, interpretação situacional da lei à luz da aplicação local,¹⁴ e o interpretativismo universal da linha dos Critical Legal Studies - CLS (aplicado a casos, leis e análise de políticas).¹⁵

Direito hegemônico / Direito socialmente marginal. No núcleo, não há distinção entre direito e conformidade (as regras são discutidas como se as pessoas as cumprissem). Graças principalmente à sociologia do direito, o pensamento jurídico periférico agora aceita a idéia da marginalidade do direito na sociedade. Os comandos legais são reconhecidos como mediados por campos privados de incentivos e valores, com vários resultados (pouco ou nenhum efeito, efeito reduzido, efeitos não intencionais, etc.). A indeterminação de efeitos criou problemas para a análise jurídica e, devido à frequente disjunção entre objetivos morais e resultados comportamentais, forçou a análise jurídica na direção da análise política consequencialista. As formas transitórias incluem a análise da implementação, que procura especificar o impacto preciso dos programas jurídicos.¹⁶ Mas a implementação, como o núcleo do direito hegemônico, mantém uma visão da sociedade centrada no Estado. A reintegração inclui teorias de escolha institucional, como economia de custos de transação.¹⁷ (As opções para regular transações incluem mercados, hierarquias, *trust*^{18*} e, em certas situações especializadas,

¹³ CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982; POSNER, Richard. *Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom*. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 50, pp. 800-822, 1983; MASHAW, Jerry L. *Positive Theory and Public Law*. In: **Rosenthal Lectures**. [s.l.]: palestra proferida na Northwestern University Law School, arquivo do autor, fev. 1986.

¹⁴ BARDACH, Eugene; BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

¹⁵ BOYLE, James. *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 133, n. 4, pp. 685-780, 1985. p. 685; PELLER, Gary; ACKERMAN, Bruce. *The Politics of Reconstruction*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 98, n. 4, pp. 863-881, 1985.

¹⁶ Em certo sentido, meu próprio trabalho sobre implementação tem se preocupado em sintetizar descobertas da sociologia do direito sobre campos sociais privados com descobertas da implementação sobre a variabilidade local de impacto. Integrei as duas perspectivas em uma estrutura de ação política, reação e construção social em todas as etapas do processo de implementação: CLUNE, William H. *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*. **Iowa Law Review**, Iowa City, v. 69, pp. 47-125, 1983; CLUNE, William H.; PELT, Mark H. Van. *A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis*. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 48, n. 1, pp. 7-62, dec./feb. 1985.

¹⁷ PALAY, Thomas M. *Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting*. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 13, n. 2, pp. 265-287, 1984; KOMESAR, Neil K. *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 51, n. 2, pp. 366-446, 1984; CLUNE, William H. *Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy*. **Educational Evaluation and Policy Analysis**, [s.l.], v. 9, n. 2, pp. 117-132, jun. 1987.

¹⁸ *N.T. Aparentemente, se refere a "trust" enquanto instituto, não "confiança".

tribunais). Por uma reconceptualização de tirar o fôlego, o objetivo jurídico é definido como escolher entre instituições, jurídicas e não-jurídicas, anexando assim o território anteriormente não-jurídico e relegando o território anteriormente jurídico ao status marginal (por exemplo, disputas judiciais sobre capital idiossincrático entre estranhos ou pessoas que terminam um relacionamento).

2.3. Um resumo: a dinâmica do núcleo e da periferia

O efeito cumulativo de todas essas dimensões é um dinamismo energizado entre o núcleo e a periferia do pensamento jurídico. Um dos efeitos são a introspecção e uma mentalidade provincial, à medida que os profissionais do direito se apegam ansiosamente aos símbolos e atividades principais de sua especialidade, interpretação jurídica e litígios, mesmo à custa da obsolescência gradual. (A ação de retaguarda dos advogados que defendem o sistema de responsabilização civil por ato ilícito em ruínas é um exemplo, juntamente com a indiferença um tanto chocante dos profissionais do direito em pensar nos sistemas de compensação de uma maneira mais sistemática. Veja a próxima seção).

Mas exatamente a tendência oposta ocorre ao mesmo tempo, uma torrente de novas perspectivas, atividades e instituições, a ponto de o discurso de uma faculdade de direito privilegiada e progressista se tornar extremamente heterogêneo, uma espécie Nações Unidas do campo intelectual. Profissionais jurídicos sabem muito sobre diferentes tipos de instituições - departamentos de polícia, empresas, famílias, escolas, agricultura, mulheres, produção de energia nuclear, repartição de água escassa, tratados fiscais internacionais, leis em sociedades socialistas, sistemas de saúde, contratos de entretenimento e esportivos, hábitos de compra do consumidor, publicidade na TV para crianças, sindicatos, manutenção de renda para os pobres, assistência médica para esquizofrênicos sem-teto e as necessidades de asilo dos refugiados salvadorenhos (sem sequer tocar nas diversas formas teóricas, disciplinares e etnográficas de experimentar esses fenômenos).

O direito é uma pequena fortaleza que oferece uma perspectiva restrita e artificial do mundo exterior através de suas escotilhas estreitas de método e procedimentos legais; mas as portas da fortaleza estão escancaradas; e o forte está cheio de diferentes estranhos todos os dias. A dicotomização do direito é, portanto, um fenômeno dinâmico que consiste em pressão interna no ponto de vista exclusivamente jurídico e pressão externa na intrusão de perspectivas exteriores. A sensação total é energética e desconfortável.

2.4. Um pequeno estudo de caso: Direito da responsabilidade civil (*tort law*) por ato ilícito em transição

Neste ponto, um exemplo concreto das tendências acima provavelmente seria útil. O exemplo do direito de responsabilidade civil por ato ilícito em transição reflete muitas das tendências e também fornece uma introdução em alguma medida para a Parte B¹⁹. A transição é tanto topológica (movendo-se de locais diferentes em um mapa existente do pensamento jurídico) quanto, penso, histórica (pelo menos nas linhas gerais).

O direito da responsabilidade civil por ato ilícito é retratado, tanto em pesquisa acadêmica quanto em casos concretos, como envolvendo pelo menos três razões ou propósitos: um ajuste de responsabilidade moral, compensação de vítimas e dissuasão (prevenção de acidentes). A metodologia legal raciocina sobre esses propósitos caso a caso e tenta obter um equilíbrio apropriado. Mas o objetivo de realização simultânea dos três propósitos está se tornando cada vez mais difícil devido a mudanças no ambiente social e na periferia do direito. Como resultado, a responsabilidade civil em si está sob ataque e é considerada por algumas autoridades como de improvável sobrevivência a mais um século de desenvolvimento.

Do ponto de vista interno do direito de responsabilidade civil, o problema é triplo: conflitos entre os propósitos, ineficiência em alcançá-los e necessidade de coordenação com outras instituições sociais e jurídicas (e nenhum desses problemas pode ser resolvido dentro das restrições do núcleo da metodologia jurídica básica existente). Compensação e dissuasão competem entre si. A eficiência compensatória é alcançada ampliando a cobertura; a dissuasão, restringindo-a. A responsabilidade estrita amplia a compensação, mas interfere na dissuasão (pelo menos ostensivamente), eliminando o critério de falha.

Além disso, mesmo que a compensação e a dissuasão possam ser dissociadas, no direito há limites estritos no cumprimento de qualquer um desses propósitos. A compensação é limitada pelo requisito de causalidade (atribuição de responsabilidade a réus identificáveis) e a impossibilidade correspondente de “seguro social” (distribuindo o custo de uma maneira fiscalmente racional para uma ampla base de contribuintes). A dissuasão é limitada pela inadequação dos julgamentos monetários como método de controle social dos acidentes. Visto de qualquer perspectiva (compensação ou dissuasão), o litígio parece ser um mecanismo administrativo absurdo. E o direito da responsabilidade civil considera cada vez mais difícil reconhecer ou ignorar instituições

¹⁹ A história que estou contando aqui é essencialmente uma versão abreviada de SUGARMAN, Stephen D. *Doing Away with Tort Law*. **California Law Review**, Berkeley, v. 73, n. 3, pp. 555-664, 1985, e conclusões tiradas de meus próprios ensinamentos sobre os materiais clássicos de Direito dos Seguros. Veja STEINER, Henry J. **Moral Argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law**. Madison: University of Wisconsin Press, 1987.

sociais e jurídicas relacionadas, projetadas para atingir os objetivos da política de maneira mais eficiente (especialmente seguros privados - responsabilidade e danos - e seguros sociais, como remuneração dos trabalhadores). A regra de origem colateral²⁰, por exemplo, parece uma dupla compensação socialmente desnecessária; mas o seu oposto (reduzir os julgamentos sobre ilícitos pelo montante da compensação alternativa) põe em dúvida a necessidade de lei sobre responsabilidade por ato ilícito em primeiro lugar. Planos de mitigação de falhas²¹ começam a substituir a responsabilidade por ato ilícito em várias áreas (automóvel, acidentes nucleares etc.); e as autoridades pedem repetidamente a substituição do direito de responsabilidade por ilícito por um plano mais abrangente de compensação e dissuasão.

Como devemos explicar esse padrão da responsabilidade por ato ilícito em transição? Por dentro, o passo fatal parece ser o reconhecimento de objetivos consequenciais da política social (compensação e dissuasão). Depois que o direito da responsabilidade por ato ilícito deixou seu ponto indiscutível no ajuste da responsabilidade moral, uma crítica fundamental com base na ineficiência da política tornou-se quase inevitável. Do ponto de vista externo, talvez explicando a adoção de objetivos consequencialistas, a história parece ser de crescente complexidade social e demanda por desempenho aprimorado. Em uma sociedade industrial, o direito da responsabilidade por ato ilícito teve que processar milhões de transações, em um cenário com exigências gigantescas de compensação e questão sensível de sub e super-dissuasão (considere a gripe suína como um exemplo de super-dissuasão com base na incapacidade do sistema de responsabilização para tributar os beneficiários da vacinação; o problema de atribuir causalidade; e, possivelmente, danos socialmente irrealistas).

Enquanto isso, essa mesma complexidade social provocou uma série de instrumentos de política social mais adequados, incluindo seguro social e privado. A venerável instituição responsabilidade por ato ilícito encontrou-se cercada por uma série de instrumentos políticos mais amplos, mais eficientes, mais planejados e racionalizados, direcionados para o mesmo conjunto de problemas. Pode ser feita uma defesa respeitável da vitalidade contínua de um direito de responsabilidade por ato ilícito mais bem definido neste ambiente moderno.²² Mas a principal razão de sua sobrevivência parece ser uma defesa profissionalmente orientada (e não particularmente adaptativa) do *status quo*.

Antecipando a Parte B, e seguindo as pressões da complexidade social ainda mais na direção da reintegração legal, podemos ver que a colcha de retalhos de políticas sociais que substituem gradualmente o sistema de responsabilização por ato

²⁰ "N.T. No original, "collateral source rule".

²¹ "N.T. No original "No-fault plans".

²² Ver abaixo, nota 33.

ilícito está se tornando ela mesma obsoleta. Lacunas, sobreposições e desigualdades de indenizações são o resultado inevitável de sistemas legais e privados com cobertura limitada; e o desperdício social e econômico resultante parece menos barato. A prevenção de acidentes requer ajustes mais sensíveis, alguns envolvendo a participação ativa e a cooperação de possíveis infratores (por exemplo, responsabilidade da empresa). As políticas de interesse próprio e de interesse especial são um sério obstáculo à legislação necessária em ambas as frentes (por exemplo, posições privilegiadas em esquemas de compensação confortáveis, imunidade à dispendiosa prevenção de acidentes).

3. DESINTEGRAÇÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO E NA TEORIA DO ESTADO

Nesta parte do artigo, quero contar a mesma história que na Parte A - núcleo, periferia, reintegração - de fora dos limites do pensamento jurídico, no campo do pensamento social chamado economia política. O pensamento jurídico e a economia política parecem não apenas partes semelhantes, mas fortemente relacionadas da mesma construção, uma incorporada na outra. A semelhança de estruturas não é a única razão para acreditar que as duas áreas de pensamento estão relacionadas. Há também vários pontos de convergência substantiva, em que as duas áreas de pensamento parecem estar dizendo a mesma coisa pela mesma razão. Como mostrado abaixo, o pensamento jurídico lida quase exclusivamente com as relações econômicas e usa as mesmas construções ideológicas para interpretá-las e moldá-las (libertarianismo, falha de mercado etc.).

Não obstante essa convergência, nem sempre conto a história de uma maneira que permita correspondência lógica ponto a ponto. Por exemplo, não mostro como cada tipo específico de reintegração no pensamento jurídico corresponde a um ponto específico no mapa da economia política. Em vez disso, tento estabelecer um conjunto paralelo de estruturas, descontinuidades e movimentos ideológicos. Embora não estritamente literal, acredito que a comparação ilumina, enriquece e acelera nossa compreensão do pensamento jurídico. Áreas sem vida do pensamento jurídico tornam-se vivas e significativas quando colocadas no contexto da economia política.

A estrutura bipolar da economia política, que corresponde ao núcleo e periferia do pensamento jurídico, é um núcleo da liberdade econômica e uma periferia da complexidade social, que sustento ser intrínseca a uma organização capitalista da economia.²³ A próxima seção do artigo (B.I) descreve essa abordagem ou teoria da economia

²³ A posição teórica deste artigo é uma mistura incomum de várias tradições diferentes. Com os marxistas, vejo contradições fundamentais no capitalismo; mas, com o CLS, nenhum materialismo, determinismo, guerra de classes ou teoria instrumental do Estado; e, como os principais críticos do capitalismo, vejo fortes tendências libertadoras nos dois principais projetos do capitalismo (como descrito na Parte B). Fortemente influenciado pela sociologia do direito, rejeito o instrumentalismo político desencarnado dessa escola. Também

política, estabelecendo assim as bases para as seções subsequentes sobre a estrutura do direito. A Seção B.II descreve a estrutura bipolar do direito correspondente, incluindo tendências à reintegração nos aspectos periféricos da economia política, enfatizando a cooperação social. A Seção B.III discute as contradições (tensões) entre o núcleo e a periferia, que explicam melhor o senso de descontinuidade no direito e a dificuldade de realizar o projeto de cooperação social e reintegração jurídica.

3.1. Os dois projetos do capitalismo: liberdade econômica e interdependência social

O capitalismo pode ser considerado como envolvendo dois grandes projetos, ambos intrínsecos à sua existência como forma de organização social: liberdade econômica e interdependência social. A liberdade econômica é extremamente familiar porque corresponde à teoria do liberalismo clássico e é a principal característica da ideologia política contemporânea sobre o capitalismo. Para os formados em Direito, a liberdade econômica corresponde à estrutura facilitadora do mercado do currículo

coloquei a sociologia do direito dentro do pensamento jurídico, e não fora, onde ele se percebe. Sigo os neo-weberianos nas idéias de rematerialização e complexidade social, mas rejeito o tema evolucionista em favor da fragmentação e da contradição. Finalmente, este artigo é fortemente influenciado pela teoria da autopoiese, uma teoria dos sistemas vivos auto-organizados, incluindo a comunicação. A autopoiese se torna o veículo para preencher a lacuna entre pensamento e ação. No entanto, diferentemente dos proponentes de sistemas autopoieticos estritamente fechados, vejo sistemas mistos e fragmentados com núcleos protegidos, periferias abertas e muitas contradições internas capazes de desconstrução. Um conjunto ilustrativo de referências correspondentes às influências acima é: JAMES O'CONNOR, James. **The Fiscal Crisis of the State**. New York: St. Martin's Press, 1973; OFFE, Claus. **Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics**. Cambridge: MIT Press, 1985; OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Cambridge: MIT Press, 1984; GORDON, Robert. Critical Legal Histories. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, pp. 57-125, 1984; WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. **Southwestern Law Journal**, Los Angeles, v. 40, n. 2, pp. 819-843, 1986; PIORE, Michael; SABEL, Charles. **The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity**. New York: Basic Books, 1984; LUHMANN, Niklas. **The Differentiation Of Society**. New York: Columbia University Press, 1982; TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. **Law & Society Review**, New Jersey, v. 17, n. 2, pp. 239-286, 1983; TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. **Law & Society Review**, New Jersey, v. 18, n. 2, pp. 291-301, 1984. Na forma narrativa, minha abordagem é mais ou menos assim. Comece com a proposição de que estrutura social, toda estrutura social, é uma percepção rotinizada de significado e sistemas de interação simbólica. Os sistemas são um tanto autônomos, possuindo sua própria lógica e códigos culturais que resistem ao discurso exógeno. Os sistemas nesse sentido incluem famílias, organizações, instituições, a economia (um sistema de códigos simbólicos baseados no preço), moda, direito. Mas os sistemas também estão ligados e conectados, compartilhando certas construções sociais comuns. É fato que as pessoas podem suportar sistemas internos e externos - sentir a estética da moda e analisá-la; raciocinar legalmente, bem como desconstruir esse raciocínio. E talvez a capacidade de permanecer dentro e fora dos sistemas, um sistema de sistemas de decodificação, seja ela própria um produto da complexidade social, surgindo naturalmente do encontro com múltiplos sistemas de significado. Ver HELLER, Thomas C. Structuralism and Critique. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, n. 1/2, pp. 127-198, 1984. Isso não significa que a lei seja "o instrumento" do capitalismo. O direito faz parte do capitalismo; e o capitalismo é constituído por lei, tanto quanto seus outros sistemas constitutivos. Não há capitalismo puro e desnaturado orquestrando os sistemas culturais a partir de algum local central oculto. E, embora nossa cultura possa estar preocupada com coisas materiais, não há causação material (tudo é simbólico, até símbolos sobre as coisas).

do primeiro ano, baseada, como é, em modelos de liberalismo clássico (propriedade, responsabilidade civil, contrato, em sua forma não adulterada, direito penal como proteção da propriedade; direito constitucional como uma exceção piegas). A liberdade econômica é intrínseca ao capitalismo porque o capitalismo envolve a delegação de autoridade aos proprietários que têm o direito de tomar decisões sobre políticas econômicas e sociais e reter lucros.

Mas o capitalismo também envolve um projeto intrínseco de interdependência social e complexidade emergindo dos subprodutos cooperativos de transações de mercado e atividade política coletiva concertada. Mercados produzem redes de produção, consumo, comércio e inovações interligadas. A atividade política coletiva gera organizações complexas de produção e marketing, além de planejamento econômico e social, jurídico e não jurídico. (Pense no design da economia de produção em massa, envolvendo uma organização característica do local de trabalho, um modelo de relações entre gestão e trabalho, controles complexos sobre mercados de massa, design de programas de bem-estar para manter a demanda.²⁴ Em escala global, pense no Fundo Monetário Internacional, seus clientes, constituintes e máquinas.)

Em um sentido geral, o projeto de complexidade e interdependência parece envolver duas tendências que se reforçam mutuamente: (1) O aumento da densidade da vida social (o fim de espaços vazios e o crescente desenvolvimento de recursos humanos e naturais). Para tornar a sociedade mais produtiva, o capitalismo construiu incansavelmente inúmeras vias de coordenação e comunicação. (2) Informações sofisticadas sobre interdependências. A mesma tecnologia necessária para criar mais produção também demonstra as interdependências de maneiras mais difíceis de obscurecer politicamente. Pense no papel da informação nos debates sobre chuva ácida, guerra e testes nucleares e tabagismo. Embora todos esses exemplos venham do conhecimento

²⁴ HECLO, Hugh. **Modern Social Politics in Britain and Sweden**: From Relief to Income Maintenance. New Haven: Yale University Press, 1974: "Talvez a mudança mais fundamental dada como certa é o crescimento da política social moderna. Ocorrendo no período de três ou quatro gerações humanas, implica uma transformação que os escritores das décadas de 30 e 40 costumavam chamar de 'uma nova fase na história do homem'. Quase a única vez em que nosso bisavô entrou em contato direto com o estado foi quando ele postou uma carta ou encontrou um policial [...]. Hoje, na maioria das nações industrializadas, o cidadão encontra muito do que ganha com o estado. Uma grande parte desse dinheiro vai para prever o seu futuro antes de qualquer questão que surge de sua incapacidade pessoal para ajudar a si mesmo. Se ele estiver doente ou se machucar, se envelhecer ou for incapaz de encontrar um emprego, se seu cônjuge tiver filhos ou morrer, se procurar moradia ou educação, é quase inevitável um envolvimento explícito ou implícito com uma política social do Estado [...]. Enquanto a taxa da despesa total do governo nos países industrializados cresceu talvez 80 a 90 vezes em termos reais durante este período, a taxa de gastos com a política social tem, provavelmente, multiplicaram por 5000 a 6000 vezes [...]. Quando essas mudanças na provisão social por parte do governo são identificadas, elas geralmente adquirem o rótulo de estado de bem-estar coletivo [...]. Neste estudo, prefiro usar o termo *política social* para designar intervenções estatais destinadas a afetar o jogo livre das forças de mercado no interesse do bem-estar dos cidadãos." (Ênfase no original). Também PIRE, Michael; PIRE, Michael; SABEL, Charles. **The Second Industrial Divide**: Possibilities for Prosperity. New York: Basic Books, 1984; JACOBS, Jane. **Cities and the Wealth of Nations**. New York: Random House, 1984; HANDLER, Alfred D. **The Visible Hand**: The Managerial Revolution in American Business. London: Harvard University Press, 1977.

produzido pelas ciências físicas, os modelos de interdependência também exercem grande influência nas ciências sociais. Considere previsões econômicas, estimando os custos sociais da negligência infantil, terapia familiar e a ênfase do feminismo nas redes sociais e apoio social.

Devido ao aumento da complexidade social e da interdependência, as ações em uma esfera de atividade parecem produzir efeitos observáveis quase imediatos em várias outras áreas. A produção industrial cria chuva ácida que prejudica o comércio turístico de outras partes do estado, de outros estados ou de outros países. O bem-estar econômico dos países do terceiro mundo afeta o bem-estar econômico das economias avançadas. Os exercícios de guerra em El Salvador produzem refugiados de língua espanhola no Texas. Controles de aluguel afetam o suprimento de moradias. A tecnologia se desenvolve e é disseminada rapidamente.

3.2. Impacto dos dois projetos sobre o Direito: efeitos separados

Aqui se discutem os impactos distintos sobre a lei dos dois projetos do capitalismo na lei (a estrutura básica do núcleo e periferia). O efeito das contradições será considerado na próxima seção.

3.2.1. *O núcleo da liberdade econômica*

O impacto da liberdade econômica no direito é dinamismo econômico e hegemonia. Como o direito delegou tanto poder aos atores econômicos, ele também deve lidar com as consequências, profundas, generalizadas, rápidas e em constante mudança.

A primeira consequência do dinamismo econômico e da hegemonia (predominância na vida social) é simplesmente a substância ou o conteúdo do Direito. A maior parte do nosso Direito é economia política, uma vasta rede de disposições para facilitar transações de mercado, resolver conflitos e prevenir consequências danosas. Humanistas jurídicos, como eu, acabam experimentando uma revelação sobre o domínio dos negócios e da economia no direito. Praticamente todo o currículo da faculdade de direito se resume à produção e distribuição de riqueza. O direito da família se preocupa com os direitos de propriedade. O direito penal tem muito a ver com pobreza e propriedade (por exemplo, drogas). A assistência à infância e seus ferimentos associados, que se tornam os problemas de saúde mental de amanhã, passam a se concentrar no problema de atender às necessidades de dependência de crianças em um mundo de duas famílias assalariadas e monoparentais (e em um mundo de auto-preocupação mercantilizada). O direito eleitoral (*the law of politics*) se torna em grande parte uma questão de quais controles colocar sobre o poder da riqueza no processo eleitoral. Tão

profunda é essa conexão entre negócios e direito, tão arraigada em nossa consciência, que é difícil imaginar outra maneira. Os negócios são os gigantes do bairro.

A segunda consequência é a velocidade e a diversidade das mudanças produzidas por decisões econômicas descontroladas. Responsabilidade por produtos, leis de imigração, proteção ambiental, regulamentação de bancos, segurança no emprego, impostos - todas essas áreas do direito e muitas outras refletem ajustes contínuos nas mudanças constantes provocadas pelos atores econômicos e nas demandas políticas resultantes por compensação.

3.2.2. *A periferia da interdependência social*

A conexão entre complexidade social e pensamento jurídico é multifacetada. Um efeito é uma expansão ampla da gama de aplicações do Direito. Um número cada vez maior de conflitos exige alguma forma de ajuste pelo menos temporariamente vinculativo e estável - portanto, uma tendência à juridificação generalizada. O aspecto da liberdade econômica do Direito é um sistema não-intrusivo de facilitação para o capitalismo *laissez-faire*, além de um sistema de regras firmemente consolidado para resolver disputas nos tribunais. É firme, elegante; e isso não adianta muito. Por causa da interdependência, o Direito está envolvido em tantas coisas que é razoável falar sobre a juridificação da sociedade (e de suas instituições subsidiárias - a juridificação da educação, negócios, etc.). Aparentemente, o Direito está tentando servir como o chamado mecanismo de orientação para resolver algumas das múltiplas interdependências da sociedade moderna, em áreas como proteção ambiental, ajustes macroeconômicos, prestação de serviços humanos, proteção ao consumidor e assim por diante. Ninguém que pensou que todo o Direito fosse descrito nos Comentários de Blackstone compreenderia criações modernistas como Simpson-Mazzoli, Gramm-Rudman ou a Lei da Educação para Todas as Crianças com Deficiência.

Mas a expansão do Direito não é simplesmente uma questão de proliferação de regras técnicas. Juntamente com a crescente gama de problemas e questões sociais, tem havido um crescimento paralelo de normas de justiça abrangentes, como proteção igual, devido processo legal e justiça administrativa. Isso não quer dizer que as normas de justiça transformam áreas inteiras da vida social. As normas são marginais e contestadas a cada passo do caminho. Mas eles também não podem ser descartados como insignificantes. No lado judicial, pense em desenvolvimentos como exceções ao direito de dispensa de empregado²⁵, um tipo de segurança no trabalho feita enxertado judicialmente; ou direitos de devido processo legal no processo de imigração e nas

²⁵ *N.T. No original está "exceptions to the contract at will". "At will" parece ser um instituto do direito do trabalho estadunidense equivalente à dispensa sem justa causa, ou, nesse caso, parece se referir ao direito de se dispensar imotivadamente.

escolas; ou regulamentação judicial de contratos de seguro; e cada um deles tem contrapartidas legislativas e administrativas óbvias: regulamentação de pensões, códigos disciplinares, seguro social.

Um segundo efeito da interdependência no pensamento jurídico é um novo requisito de desempenho - as soluções jurídicas devem funcionar e isso tem outros dois efeitos. Mais importante, o Direito não pode se dar ao luxo de permanecer ideologicamente ignorante de seus efeitos. A orientação política, incluindo a jurisprudência sociológica, substitui o pensamento moralista. Além disso, para servir como parte de um processo flexível de solução de problemas, o Direito deve adquirir um alto grau de positivismo e politização. Positividade significa que o Direito pode ser projetado e redesenhado para atender às novas circunstâncias com novos ajustes. A política também ajuda o Direito a ser mais responsivo, porque a pressão pela resolução de disputas é sentida primeiro e rapidamente na esfera política.

Projetada ainda mais, a tendência para a complexidade social se afasta do positivismo e rumo à reintegração social e legal (incluindo uma nova forma de direito). A organização e a política social democrática pode ser vista como um facilitador necessário da interdependência social. As empresas e outros tipos de organizações aprendem que as antigas formas burocráticas e hierárquicas de autoridade são ineficientes e devem ser substituídas por um novo princípio de organização: participação e capacitação da equipe.²⁶ A tendência também pode ser vista na análise de políticas. Indo além do comando e controle, da política de cima para baixo e até das formas mais sofisticadas de análise de implementação unidirecional, a política do governo deve descobrir meios de mobilizar a cooperação de organizações regulamentadas. Enquanto isso, uma classe média educada em todo o mundo, com expectativas de segurança, participação, dignidade e qualidade de vida, pode ser o motor do aumento da democracia política. A organização econômica global pode prenunciar a cooperação social em escala planetária.

Infelizmente, para aqueles que não conseguem ver evidências de uma vitória final dessas tendências benéficas, deve-se admitir que a realidade política em um dado momento também consiste em alguns grupos que tentam criar zonas de segurança e bem-estar à custa de outros; e que alguma juridificação decorre de inúmeras séries de direitos de propriedade projetados para criar fronteiras protegidas. Essa parte da história é apresentada na próxima seção, sobre contradições político-econômicas.

²⁶ PETERS, Thomas J.; JR., Robert H. Waterman. **In search of excellence**: Lessons from America's best-run companies. New York: Harper & Row, 1982; KANTER, Rosabeth M. **The Change Masters** - Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation. New York: Simon Schuster, 1984.

3.3. Impacto das contradições no Direito

Os dois projetos do capitalismo são mutuamente reforçadores e contraditórios. Os mercados exigem e produzem cooperação social, mas a liberdade a prejudica. A interdependência é cada vez mais uma condição do capitalismo, mas reduz a hegemonia dos proprietários. Em si mesma, a interdependência tem efeitos contraditórios: um processo acelerado de transferir problemas para os outros (ou, na linguagem econômica, externalizando-os), mas também resistência a ser descartado, com sofisticados controles sociais correspondentes. Essa transferência geralmente cria muitas reclamações de pessoas e organizações com alguma influência sobre quem a comete - daí um tipo diferente de conexão entre capitalismo, democracia e a classe média liberada. O restante desta seção discute os aspectos dessas contradições com mais detalhes. B.III.1 examina problemas de acesso a estruturas jurídicas complexas e fragmentadas produzidas por contradições sociais. B.III.2 estende a análise de acesso e associação à concepção do Estado de bem-estar social. A subseção final, B.III.3, é um exame dos problemas criados por contradições no sistema político *per se* (o que eu chamo “liberal democracia”).

3.3.1. *Questões de acesso a benefícios coletivos*

A primeira reflexão das contradições sociais sobre o direito é o problema do acesso a benefícios coletivos. O direito responde à crescente complexidade desenvolvendo técnicas mais sofisticadas de planejamento social, culminando frequentemente na criação de estruturas administrativas projetadas para lidar com uma categoria de problema social em nome de uma classe de pessoas. Exemplos disso incluem manutenção de renda, seguro social, regulamentação de segurança, planejamento econômico e associação a organizações cujos membros são protegidos por vários direitos legais. O aspecto positivo desses programas é que eles protegem um grande número de pessoas de maneira razoavelmente eficiente, permitindo a coordenação com outros programas sociais (compare a eficiência da Previdência Social, por exemplo, com o seguro privado ou, especialmente, a responsabilidade civil, não obstante as objeções de Milton Friedman).

O problema de acesso vem da questão da associação. Quase todo programa social levanta questões de associação (entrada / saída) e estratificação interna. As questões de associação geralmente são óbvias, começando pelas questões de imigração que determinam a associação em países ricos, até o emprego em organizações estáveis, cobertura pelo seguro social e proteção pelas leis de segurança. A estratificação interna da proteção é mais sutil, mas também recebe muita atenção, por exemplo, o destino dos idosos com cortes de custos no seguro de saúde ou a cobertura prática para pessoas pobres sob o seguro de saúde administrado, como planos de saúde.

3.3.2. *O desenho do Estado de bem-estar social*

Em grande escala, questões de planejamento e acesso, inclusão e exclusão podem ser vistas no desenho do Estado de bem-estar. Segundo pesquisas recentes, parece que as economias de mercado / bem-estar são mantidas juntas por algum tipo de design amplo e descoberto de forma incremental, como a economia de produção em massa descrita por Piore e Sabel.²⁷ E é razoável acreditar que o design atual está em crise. A parceria entre a produção em massa e a economia keynesiana de bem-estar se baseia em excesso de capacidade, concorrência internacional improdutivo, o colapso do movimento trabalhista e uma ideologia popular, mas degenerada do liberalismo. A atual onda de filosofia conservadora parece representar uma repressão do lado coletivo do capitalismo, uma perda de memória sobre o papel construtivo do capital e o interesse próprio no Estado social. No momento, o programa de liberdade econômica tornou-se desequilibrado de sua contraparte coletiva. Conservadores (como David Stockman) agora na verdade, argumentam que praticamente todos os gastos do governo representam um subsídio para o setor improdutivo da sociedade, eliminando em um único golpe dogmático as finanças públicas sobre externalidades e a economia keynesiana sobre o interesse do capitalismo em manter a demanda entre trabalhadores e consumidores ociosos e mal pagos.

Esse momento histórico abre a oportunidade de criar, inventar, forjar novos padrões sociais e econômicos, um empreendimento no qual as bolsas de estudos desempenham um papel. Seguindo sugestões presentes em todas as linhas de pesquisa - economia institucional, teoria organizacional, feminismo - podemos assumir que o novo plano deve alcançar um grau mais alto de participação e associação do que o antigo. Maior produtividade exigirá maior cooperação (apropriação e entendimento local, incentivos superiores etc.). No entanto, o campo de batalha está repleto de conflitos e obstáculos. A nova tecnologia da informação, por exemplo, pode ser outro esforço do capital para aumentar a produtividade, isolando os trabalhadores e criando uma cooperação social unidirecional (hierárquica).²⁸

3.3.3. *Democracia liberal*

As contradições entre os dois projetos do capitalismo também se refletem na ordem política desenvolvida no Ocidente para lidar com o domínio econômico - política democrática liberal e capitalismo do Estado de bem-estar social.²⁹ A interdependência

²⁷ PIORE, Michael; SABEL, Charles. **The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity**. New York: Basic Books, 1984.

²⁸ ROJAS, Fernando. **Is Information Technology a Capitalist Tool for Further Subordinating Workers?** Madison: Institute for Legal Studies - University of Wisconsin, 1987.

²⁹ Resumindo, baseio-me no trabalho de Claus Offe, supra, nota 19; e faço referência ao meu próprio artigo, cujo rascunho foi apresentado na primeira conferência américo-germânica sobre direito reflexivo. Ver CLUNE,

social pressiona o direito a ser mais sofisticado, funcional, adaptável e socialmente responsivo. Ele se ajusta pela diminuição do formalismo, maior abertura a ordens simbólicas concorrentes, técnicas aprimoradas de desconstrução, novas instituições reguladoras (negociação, novos instrumentos de política etc.).

Mas o princípio do liberalismo contradiz e mina a base para uma resposta mais ampla, mais coerente, estável e cooperativa ao domínio econômico. Essa erosão ocorre de quatro maneiras conectadas. Primeiro, o libertarianismo está preocupado com a proteção da liberdade econômica, com exclusão de políticas coletivas mais cooperativas e sofisticadas. Quase todo o desperdício e inadequação podem ser justificados para preservar as relações de poder políticas subjacentes. Segundo, os liberais no Estado de bem-estar social estão patrocinando enorme intervenção do governo sem qualquer justificativa filosófica ou teoria política coerente. O Estado se torna nada mais que o acúmulo de respostas *ad hoc* a crises econômicas e políticas. Terceiro, um vasto abismo se abre entre o filosofia política predominante do individualismo anacrônico do *laissez-faire* e a evidência esmagadora de intervenções governamentais maciças. O governo se torna uma série de decisões sem memória. Quarto, o liberalismo protege a liberdade econômica e resolve o paradoxo da ação governamental inexplicável através de uma degradação simbólica da política. A política se torna o perigoso inimigo imperialista de um setor privado produtivo, cativo de coletivos aquisitivos chamados “grupos de interesse especial”.³⁰

Mas a interdependência social também mina o liberalismo. O liberalismo^{31*} organiza a política em termos de propriedade e direitos. As relações sociais são retratadas como consistindo de zonas de autonomia individual (propriedade) protegidas por poderosos recursos jurídicos (direitos). Aquilo que não for protegido ou que interfira na propriedade pode ser apropriado ou destruído, daí a busca de formas de externalizar custos, localizar novas fronteiras e transferir problemas para outra pessoa. O aumento da interdependência e da complexidade social torna o liberalismo irremediavelmente simplista e internamente contraditório. A proteção através da autonomia, imunidade e isolamento social se torna impossível. A proteção deve ser alcançada através da co-operação social e da solução funcional de problemas. O modelo de direitos começa a parecer um método ridículo de planejamento social, colocando os membros do coletivo uns contra os outros em uma série aleatória de concursos egoístas e desorganizados

William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. **Wisconsin Law Review**, Madison. v. 1985, pp. 707-740, 1985.

³⁰ Ver CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. **Wisconsin Law Review**, Madison. v. 1985, pp. 707-740, 1985.

³¹ *NT. A expressão “liberalismo” nos Estados Unidos equivaleria ao “campo progressista” ou esquerda.

que rompem os laços sociais e superam a quantidade total de recursos coletivos.³² Transações de mercado liberalizadas facilitam a construção de complexidade social, interdependência e cooperação; mas o libertarianismo impede a coletividade de fazer ajustes desejáveis para externalidades e inseguranças resultantes, ou alcançar cooperação positiva indisponível através dos mercados. E claramente, essas duas contra-tendências da interdependência social estão em guerra uma com a outra. O formalismo decrescente e o aumento da flexibilidade institucional parecem anômalos, ameaçadores e contraditórios ao mundo da propriedade e dos direitos. ("Flexível, você diz. Não me parece uma propriedade").³³

E assim, parece liberalismo antiquado, pois um modelo abrangente de ordem social está em um verdadeiro estado de crise (não estresse - crise). O impacto das influências fragmentadoras descritas nesta seção pode ser visto no comportamento dos grupos populistas radicais de direita que atualmente^{34*} estão ganhando força nos Estados Unidos.³⁵ Cada grupo, confuso com as ações inexplicáveis do governo e obcecado com a liberdade econômica, tem sua própria teoria excêntrica ou bizarra da autonomia pessoal absoluta e seu próprio tipo de paranoia populista sobre quem é responsável pela perda de autonomia. As demandas absolutas por autonomia são paradoxalmente acopladas a programas punitivos contra grupos inimigos. As pessoas ameaçam a violência contra funcionários do governo por serem solicitadas a pagar impostos e usar cintos de segurança, depois se viram e exigem que o governo marque as pessoas com Aids e execute dependentes químicos. Essas divisões extremas entre ações pessoais e coletivas são extensões populistas das contradições entre individualismo e altruísmo reconhecidas por Kennedy no Direito da Responsabilidade Civil e dos contratos.³⁶

³² OLSEN, Frances. Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis. **Texas Law Review**, Austin, v. 63, n. 3, pp. 387-432, 1984; WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. **Southwestern Law Journal**, Los Angeles, v. 40, n. 2, pp. 819-843, 1986; SPARER, Edward V. Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, n. 1/2, pp. 509-574, 1984.

³³ CRIBBET, John Edward. Concepts in Transition: The Search for a New Definition of Property. **University of Illinois Law Review**, Champaign, [s.n.], n. 1, pp. 1-42, 1986.

³⁴ *O termo "atualmente" se refere aos anos 1990, quando o texto foi escrito.

³⁵ Para informações adicionais sobre o conflito percebido entre liberdade e autoridade na cultura americana, consulte MACAULAY, Stewart. **Images of law in everyday life: The lessons of school, entertainment and spectator sports**. Madison: Institute for Legal Studies University of Wisconsin-Madison Law School, 1986.

³⁶ KENNEDY, Duncan. The political significance of the structure of the law school curriculum. **Seton Hall Law Review**, Newark, v. 14, n. 1, pp. 1-16, 1983; KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 8, pp. 1685-1778, 1976; KENNEDY, Duncan. The Structure of Blackstone's Commentaries. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v. 28, n. 2, pp. 205-382, 1979. As pessoas comuns parecem sentir um pouco de dor, angústia e confusão ao se apegarem à idéia de propriedade como fonte de proteção e conexão social. Os "colarinhos azuis", "democratas conservadores" que conheço em Chicago, identificam a intromissão do governo em suas pequenas posses como socialismo, isolando-se do planejamento social cooperativo, e, no entanto, encontram essas mesmas posses constantemente em risco das transações de mercado e do inevitável e aleatório gerenciamento de crises da sociedade. estado de bem-estar. Os laços étnicos que proporcionavam modelos de comunidade genuína são dissolvidos nos novos padrões de burocracia racional,

4. CONCLUSÃO: O DIREITO TRADICIONAL EM UMA NOVA CHAVE, CAMINHOS ANTIGOS EM UM NOVO CENÁRIO

O tema da desintegração jurídica é parcialmente uma manifestação de ansiedade; e conferências e documentos sobre desintegração jurídica são eventos parcialmente escatológicos sobre o fim do mundo jurídico. Como uma pessoa de faculdade de direito, eu seria negligente se não incluísse pelo menos uma seção curta para responder a uma pergunta óbvia emergente de todas essas supostas tendências longe do núcleo tradicional – o direito tradicional está morto? Eu diria que a análise jurídica tradicional é bastante vital, mas seu papel mudou e se tornou mais eclético. Apenas ao ver o Direito tradicional no cenário em mudança é possível apreciar seus papéis positivos selecionados. (Às vezes, eu tendo a usar “positiva” em um modo auto conscientemente orientado à esquerda que pode ser facilmente convertido para as posições políticas do próprio leitor).

Em certo sentido, a maior parte da ação mudou para outro lugar. A análise de políticas substituiu a racionalidade moral como retórica dominante da formação de políticas. A finalidade jurídica separada da análise de políticas tende a ser um pouco vazia. Instituições jurídicas como tribunais e litígios são, na melhor das hipóteses, apenas alguns dentre vários possíveis instrumentos políticos e, na pior, um anacronismo irritante. A *common law* da facilitação do mercado não está na vanguarda do desenvolvimento social. Em muitos contextos, os advogados parecem não saber de nada útil e se especializam em obstrucionismo baseado em legalismos pitorescos (“o negligente deve pagar”).

Mas essa imagem é válida apenas como uma generalização grosseira. Um olhar mais atento revela todos os tipos de projetos em andamento, alguns tradicionais, outros modernos. Um inventário muito pequeno desses projetos para dar uma noção da ideia é o seguinte: na categoria tradicional, as transações imobiliárias e as disputas comuns sobre propriedades são impossíveis de serem eliminadas em uma economia complexa, e algumas das disputas continuarão gerando demanda em litígios civis (e seus substitutos). O núcleo do método jurídico também não pode ser erradicado. Apesar da tendência em direção ao raciocínio prospectivo e consequencialista, há uma tendência igualmente forte em direção à finalidade legal. Uma situação social e econômica complexa realmente aumenta a demanda por estabilização de normas, ao mesmo tempo em que

consciência de mercadoria e classe social. Enquanto isso, o governo nacional eleito por suas ansiedades segue uma perigosa estratégia de minimalismo, preservando a quantidade máxima de liberdade econômica, permanecendo o mais próximo possível da fronteira da catástrofe social. Jogar esse tipo de galinha social requer bastante agilidade e nervosismo, características de personalidade com as quais nossa classe dominante empreendedora vem bem equipada. Mas a experiência social correspondente é estressante e assustadora. De muitas maneiras, a consciência social moderna é uma combinação bizarra de materialismo complacente (ênfatisando os valores digestivos do consumo) e risco nauseante (emergindo da falta de cooperação social e reprimida abaixo da superfície plácida da vida consumista cotidiana).

exige maior flexibilidade. Alguns assuntos devem ser considerados “como se” já estivessem decididos. À luz da necessidade de flexibilidade e da onipresença do raciocínio consequencialista, a reificação no direito (a “coisificação” (*itnness*) associada à finalidade) muitas vezes parece artificial; mas não é “bobagem”.³⁷ Como já foi mencionado, a prevalência de esquemas jurídicos complexos com normas administradas burocraticamente representa um grau maior de finalidade (ou positivismo jurídico) em comparação com o *common law* de textura aberta.

Na categoria intermediária, o direito tem um forte papel a desempenhar nas disputas de associação (ou acesso) geradas por programas complexos de bem-estar social e planejamento econômico. O tipo mais simples de disputa consiste em identificar o tratamento de segunda classe e reclamar. Um projeto mais sutil é reconhecer obstáculos estruturados ao acesso, como a fragmentação do movimento trabalhista por meio de uma política de excepcionalismo.³⁸ E, às vezes, a causa do acesso pode justificar o apoio a algumas instituições legais antiquadas. Um dos problemas do planejamento social moderno é a subversão dos interesses individuais e minoritários nos compromissos coletivos necessários para produzir um programa final. Por exemplo, os planos de saúde (*Health Maintenance Organization-HMO*) podem envolver um elemento de decepção do consumidor com publicidade de benefícios, que são, de fato, difíceis de obter. Ao mudar de um sistema baseado na demanda do consumidor para um sistema baseado em decisões de especialistas, mas também exigindo uma concorrência acirrada pelos clientes, há uma tentação de prometer muito e economizar dinheiro mais tarde. Em algum momento, esse comportamento pode cruzar a linha e se tornar algo que estaríamos dispostos a chamar de fraude ao consumidor. Nesse ponto, os direitos e soluções tradicionais para fraude podem ser bastante úteis. Remédios claros são especialmente úteis em um sistema burocrático complexo, onde ninguém se responsabiliza por consequências. O coletivismo diminui o alcance do individualismo, mas aumenta sua importância.³⁹

³⁷ WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. **Southwestern Law Journal**, Los Angeles, v. 40, n. 2, pp. 819-843, 1986.

³⁸ ROGERS, Joel. Divide and Conquer: The Legal Foundations of Postwar U.S. Labor Policy. In: JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Orgs.). **Critical Legal Thought: An American German Debate**. Baden-Baden: Nomos, 1989. p. 213-235; STONE, Katherine Van Wezel. Re-Envisioning Labor Law: A Response to Professor Finkin. **Maryland Law Review**, Baltimore, v. 45, n. 4, pp. 978-1013, 1986.

³⁹ Considere também a responsabilidade civil tradicional. A responsabilidade civil geralmente é um método grotescamente ineficiente e injusto de compensar as pessoas pelo custo dos acidentes e um exemplo perfeito de como o pensamento jurídico é substituído pela análise de políticas. Mas o remédio para delitos tem uma característica que pode justificar a preservação do sistema na forma modificada. Os esquemas de compensação administrados têm o problema de supercentralização, tanto na política legislativa que cria o esquema de compensação (suas regras de elegibilidade e danos, por exemplo) e política burocrática através da qual o esquema é administrado. Apenas descobrir quais regras se aplicam ou quem é responsável por alguma coisa pode ser impossível nas burocracias públicas bizantinas. Uma coisa boa da lei tradicional de delito é sua capacidade de superar a resistência burocrática por um processo, apoiado por poderosos direitos de descoberta, emergindo, por assim dizer, do nada. Os heróis do litígio sobre o amianto eram advogados de julgamentos,

Na categoria *avant-garde* existem novos métodos de interpretação jurídica. Aqui, pensa-se no restabelecimento do raciocínio moral na interpretação legal e na análise de políticas, interpretação baseada nas realidades da implementação e no aumento do leque de possibilidades disponibilizadas por metodologias críticas.

Também na categoria *avant-garde* está o planejamento do bem-estar social por meio da escolha institucional. Uma maneira de reduzir a complexidade do planejamento social e o conflito entre liberdade e cooperação é por delegação, e não por receita detalhada. Em vez de regulamentação, a política social consiste em combinar as instituições com os objetivos da política, capacitando as organizações a assumir novas funções, e assim por diante. Por exemplo, a questão principal da política social em relação aos recém-nascidos gravemente enfermos pode ser considerada o local da tomada de decisão (médicos e famílias, conselhos de hospitais, tribunais, promotores etc.).⁴⁰ Obviamente, o processo de escolha institucional em uma situação como essa não pode ser resolvido pelo método jurídico. Tudo depende da matéria da área (por exemplo, decisões médicas), da natureza das instituições (por exemplo, preconceitos dos profissionais da área médica), das restrições da situação de campo (como as decisões surgem) e do senso de ética. No entanto, mesmo que o treinamento jurídico não envolva um elemento de ética pragmática,⁴¹ a experiência jurídica no sentido estrito ainda é importante. Há um papel jurídico único em ajudar a formular os limites da escolha institucional (por exemplo, “quem está gravemente doente”), estabelecendo procedimentos apropriados e projetando a interface com o restante do sistema jurídico (por exemplo, tribunais). Para que os advogados entendam essas questões, eles devem ficar imersos no assunto técnico e institucional. Tal prática híbrida está muito longe de uma ação judicial para recuperar um cavalo; mas ainda é direito.

5. REFERÊNCIAS

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

BOYLE, James. The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 133, n. 4, p. 685-780, 1985.

porque só eles tinham incentivos e influência para romper a conspiração de pessoas de dentro da empresa. Devemos, portanto, proceder com muito cuidado com a renúncia a todas as proteções a burocracias públicas complexas e ter em mente a conveniência de remédios para litígios (se não o processo por delito privado tradicional, por exemplo, talvez algum tipo de ação do interveniente público). Em geral, a qualidade “imprevisível” dos recursos legais, que os torna dispositivos tão ruins para planejamento e programação, também os tornam bons candidatos a um tipo de democratização.

⁴⁰ GOLDSTEIN, Joseph. Baby Doe: Problems and Legislative Proposals - Legislative Workshop. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, pp. 601-692, 1984.

⁴¹ SCHNEYER, Ted. Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1, pp. 1529-1572, 1984.

CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. **Iowa Law Review**, Iowa City, v. 69, p. 47-125, 1983.

CLUNE, William H. Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy. **Educational Evaluation and Policy Analysis**, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 117-132, jun. 1987.

CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1985, p. 707-740, 1985.

CLUNE, William H.; PELT, Mark H. Van. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 48, n. 1, p. 7-62, dec./feb. 1985.

CRIBBET, John Edward. Concepts in Transition: The Search for a New Definition of Property. **University of Illinois Law Review**, Champaign, [s.n.], n. 1, p. 1-42, 1986.

GOLDSTEIN, Joseph. Baby Doe: Problems and Legislative Proposals - Legislative Workshop. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, p. 601-692, 1984.

GORDON, Robert. Critical Legal Histories. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, p. 57-125, 1984.

HANDLER, Alfred D. **The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business**. London: Harvard University Press, 1977.

HANDLER, Joel F. **The Conditions of Discretion**. [s.l.]: Russell Sage Foundation, 1986.

HECLO, Hugh. **Modern Social Politics in Britain and Sweden: From Relief to Income Maintenance**. New Haven: Yale University Press, 1974.

HELLER, Thomas C. Structuralism and Critique. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, n. 1/2, p. 127-198, 1984.

JACOBS, Jane. **Cities and the Wealth of Nations**. New York: Random House, 1984.

JAMES O'CONNOR, James. **The Fiscal Crisis of the State**. New York: St. Martin's Press, 1973.

KANTER, Rosabeth M. **The Change Masters - Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation**. New York: Simon Schuster, 1984.

KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. **Maryland Law Review**, v. 41, n. 4, p. 563-658, 1982.

KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976.

KENNEDY, Duncan. The political significance of the structure of the law school curriculum. **Seton Hall Law Review**, Newark, v. 14, n. 1, p. 1-16, 1983.

KENNEDY, Duncan. The Structure of Blackstone's Commentaries. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v. 28, n. 2, p. 205-382, 1979.

KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 51, n. 2, p. 366-446, 1984.

LUHMANN, Niklas. **The Differentiation Of Society**. New York: Columbia University Press, 1982.

MACAULAY, Stewart. **Images of law in everyday life**: The lessons of school, entertainment and spectator sports. Madison: Institute for Legal Studies University of Wisconsin-Madison Law School, 1986.

MASHAW, Jerry L. Positive Theory and Public Law. In: **Rosenthal Lectures**. [s.l.]: palestra proferida na Northwestern University Law School, arquivo do autor, fev. 1986.

MICHELMAN, Frank I. In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 121, n. 5, p. 962-1019, 1973.

MICHELMAN, Frank I. On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 6-59, 1969.

OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Cambridge: MIT Press, 1984.

OFFE, Claus. **Disorganized Capitalism**: Contemporary Transformations of Work and Politics. Cambridge: MIT Press, 1985.

OLSEN, Frances. Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis. **Texas Law Review**, Austin, v. 63, n. 3, p. 387-432, 1984.

PALAY, Thomas M. Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 13, n. 2, p. 265-287, 1984.

PELLER, Gary; ACKERMAN, Bruce. The Politics of Reconstruction. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 98, n. 4, p. 863-881, 1985.

PETERS, Thomas J.; JR., Robert H. Waterman. **In search of excellence**: Lessons from America's best-run companies. New York: Harper & Row, 1982.

PIORE, Michael; SABEL, Charles. **The Second Industrial Divide**: Possibilities for Prosperity. New York: Basic Books, 1984.

POSNER, Richard. Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 50, p. 800-822, 1983.

ROGERS, Joel. Divide and Conquer: The Legal Foundations of Postwar U.S. Labor Policy. In: JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Orgs.). **Critical Legal Thought**: An American German Debate. Baden-Baden: Nomos, 1989.

ROJAS, Fernando. **Is Information Technology a Capitalist Tool for Further Subordinating Workers?** Madison: Institute for Legal Studies - University of Wisconsin, 1987.

SCHLEGEL, John H. American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing its Tail? In: TRUBEK, D.; JOERGES, C. (Orgs.). **Critical Legal Thought: An American-German Debate**. Baden-Baden: Nomos, 1989.

SCHNEYER, Ted. Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1, p. 1529-1572, 1984.

SIMON, William H. Rights and Redistribution in the Welfare System. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 38, n. 6, p. 1431-1516, 1986.

SPARER, Edward V. Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 36, n. 1/2, p. 509-574, 1984.

STEINER, Henry J. **Moral Argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law**. Madison: University of Wisconsin Press, 1987.

STONE, Katherine Van Wezel. Re-Envisioning Labor Law: A Response to Professor Finkin. **Maryland Law Review**, Baltimore, v. 45, n. 4, p. 978-1013, 1986.

SUGARMAN, Stephen D. Doing Away with Tort Law. **California Law Review**, Berkeley, v. 73, n. 3, p. 555-664, 1985.

TAYLOR, Serge. **Making Bureaucracies Think: The Environmental Impact Statement Strategy of Administrative Reform**. Stanford: Stanford University Press, 1984.

TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. **Law & Society Review**, New Jersey, v. 18, n. 2, p. 291-301, 1984.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. **Law & Society Review**, New Jersey, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983.

WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. **Southwestern Law Journal**, Los Angeles, v. 40, n. 2, p. 819-843, 1986.



Interpretative skepticism and constitutional interpretation: a criticism of Brazilian constitutional court decision

Ceticismo interpretativo e interpretação constitucional: uma crítica à decisão da Corte Constitucional brasileira

MARTHA TORIBIO LEÃO^{1,*}

¹ Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, São Paulo, Brasil)

marthatleao@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3300-6591>

Recebido/Received: 25.10.2019 / October 25th, 2019

Aprovado/Approved: 26.06.2020 / June 26th, 2020

Abstract

This paper is a critical analysis of a recent case decided by the Brazilian Constitutional Court, which can be considered as paradigmatic of the current approach of Brazilian case law with reference to constitutional interpretation. The case regards the unconstitutionality of a statute provision which allowed the enforcement of penalties pending a second instance appeal and therefore before res judicata. This analysis aims at discussing the concept of constitutional provisions and legal interpretation theory as well as the legal arguments applied in these cases. The approach endorsed by the Court will be argued from both a theoretical point of view and a political standpoint, in order to outline its inadequacy and conflict with the Rule of Law doctrine.

Keywords: interpretative skepticism; constitutional interpretation; Constitutional Court; defeasible principles; indefeasible rules.

Resumo

Este artigo é uma análise crítica de um caso recente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode ser considerado paradigmático da atual abordagem da jurisprudência brasileira com referência à interpretação constitucional. O caso refere-se ao julgamento de constitucionalidade acerca da execução de sanções pendentes de recurso de segunda instância e, portanto, antes do trânsito julgado. Esta análise visa discutir o conceito de disposições constitucionais e a teoria da interpretação legal, bem como os argumentos legais aplicados nesses casos. A abordagem adotada pelo STF será discutida tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista político, a fim de delinear sua inadequação e conflito com a doutrina do Estado de Direito.

Palavras-chave: ceticismo interpretativo; interpretação constitucional; Tribunal Constitucional; derrotabilidade de princípios; iderrotabilidade de regras.

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEÃO, Martha Toribio. Interpretative skepticism and constitutional interpretation: a criticism of Brazilian constitutional court decision. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 135-160, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.69875.

* Professora de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP, Brasil). Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Mestre em Teoria do Direito e Democracia Constitucional pelo Istituto Tarelli per la Filosofia del Diritto/Università Degli Studi di Génova. E-mail: marthatleao@gmail.com.

Regardless of whether the matter is understood in such a narrow way, it is obvious that no democratic Constitutional State can sacrifice predictability on the altar of flexibility and case-based reasonability. Flexible regulations, their large-scale application and “soft” interpretation jeopardise predictability. Law stops being law and primarily becomes the delivery of “reasonability.”¹

Due process is severely jeopardized if the end justifies the means.²

CONTENTS

1. Introduction; 2. Interpretive skepticism and constitutional provisions; 2.1. The need for interpretation; 2.2. The skeptical theory of interpretation; 2.3. The characteristics of the Brazilian Constitutional System; 3. The application of the skeptical theory of interpretation to the jurisprudence of the Brazilian Constitutional Court; 3.1. Case study: Execution of the sentence after condemnation in the second instance; 3.1.2. The arguments of interpretation applied in the Court’s decision; 3.1.3. Criticism of the decision; 4. Conclusions; 5. References.

1. INTRODUCTION

This paper aims to propose a critical analysis of the case law of the Brazilian Constitutional Court, especially regarding the interpretation of constitutional provisions establishing rules. Unlike other countries which have Constitutions that are more synthetic, the Brazilian Constitution is characterized by its great extension and by establishing specific and detailed rules regarding behaviors that must be adopted to achieve the purposes and goals determined therein. Within the many distinctive criteria proposed in order to distinguish rules and principles, we adopt in this work the criterion proposed by Barberis and Ávila: legislative rules directly regulate citizens’ conduct, whereas constitutional principles regulate only that of legislators.³ The preference for rules over principles has an important function in each system, which cannot be disregarded. In this sense, rules are an important component of the Rule of Law doctrine, insofar as they protect against arbitrariness and allow individuals to plan their affairs knowing in advance what the consequences of their acts will be.⁴ Though legal

¹ AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 163.

² SEER, Roman. National Report: Germany. In: MEUSSEN, Gerard. (Org.). **The Burden of Proof in Tax Law: EATLP International Tax Series**, volume 10. Uppsala: EATLP, 2011. p. 127-139 (128).

³ BARBERIS, Mauro. **Una filosofia del Diritto per lo stato costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 91; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 102. The standard distinction is different: cf. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 75 e ss.

⁴ FALLON, JR. Richard H. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse. **Columbia Law Review**, New York, vol. 97, n. 1, p. 1-56, 1997. p. 7-8.

theorists may disagree on the implications of prescribing rules and establishing legal principles, the present paper takes the view that when legislation uses rules rather than principles or standards, it defines how a purpose or goal should be promoted. In this sense, rules differ from principles precisely because they anticipate the weight of values that could be in conflict in a given situation. By providing in advance for the resolution of such conflict, rules form a directive that already includes how the plurality of values of that system should be promoted in that specific situation.

Therefore, it is not the role of the court to reconsider these values by weighing them in the concrete case at hand. If the court were to do so, it would make rules useless, since it would deprive them of one of their main functions, namely, setting in advance how conflicts should be solved. This is why norms that take the form of rule protect individuals against the arbitrariness of courts. As Jhering pointed out in a rather widespread passage of his doctrine, “Form is the twin sister of liberty, and the sworn enemy of arbitrariness”, it functions as an instrument of protection against “external threats”, since “rigid forms are the school of discipline and order”.⁵ It is in the context of a constitution characterized by *rules* that trials by the Brazilian Constitutional Court will be analyzed.

In the first part, from a theoretical point of view, the skeptical theory of interpretation (in its radical and moderate aspects) will be analyzed, as well as the peculiar characteristics of the Brazilian Constitution, which uses rules, not principles, to prescribe fundamental rights. In the second part, the following constitutional judgments will be examined and discussed: the case regards the unconstitutionality of a statute provision which allowed the enforcement of penalties pending a second instance appeal and therefore before *res judicata* (BRAZIL, Supreme Federal Court, Constitutional Declaratory Actions – ADCs n. 43 and 44, Justice Edson Fachin (Relator), Plenary Court, 05/10/2016). The constitutional provisions applicable to this case and the arguments of interpretation used by the Justices in the judgment will also be critically examined. This case is paradigmatic of Brazilian Constitutional case law because the literal interpretation of provisions as a rule was derogated by constitutional principles considered more important by the Supreme Federal Court.

The purpose of this paper is to demonstrate that the Justices of the Brazilian Constitutional Court have departed from their roles as interpreters in order to impose their vision of justice on the Constitutional System. The Brazilian framers, however, did not authorize the Judiciary Branch to act in such a manner, since in respect to some subjects, the framers used rules, instead of principles or general standards, to prescribe what conduct should be adopted. By trying to impose their own views as if they were

⁵ JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 5. ed. Leipzig: [s.n.], 1880. p. 471.

the norms prescribed by the Constitution, the Justices of the Brazilian Supreme Court act in a manner contrary to the Rule of Law doctrine and to the ideals prescribed by the legal certainty principle.

2. INTERPRETIVE SKEPTICISM AND CONSTITUTIONAL PROVISIONS

2.1. The need for interpretation

To interpret is to assign meaning to a normative text and, therefore, interpretation does not depend on the existence of contingent doubts or controversies, because any normative text must be interpreted to have a meaning. According to Guastini, there is no meaning without interpretation and, consequently, there is no application without interpretation.⁶ The term interpretation refers both to the activity that consists in determining the meaning of particular words, phrases or complete utterances (interpretation as *activity*) as well as the result of this activity (interpretation as *product*).⁷ “Interpretation” as an activity is a mental process and “interpretation” as a product of such activity is a discourse.⁸

Although the starting point of interpretation is the text, problems related to the attribution of meaning to legislative formulations are numerous. First, there is the problem of ambiguity (one is not sure whether provision P establishes norm N1 or norm N2). Second, there is the problem of complexity (from provision P one can state norm N1 and norm N2). Third, there is the problem of implication (from provision P one can state norm N1 and norm N1 implies norm N2). And fourth, there is the problem of defectiveness (from provision P one can state norm N, according to which “if A, then B, unless X”). All these problems demonstrate that provisions do not have a single meaning that can be simply stated by the interpreter, nor several meanings that can be easily grasped.⁹ The natural language in which Law is conceived is characterized by different phenomena that necessarily impose a “creative interpretation” to define the concrete and determinate consequences of a norm in specific contexts.¹⁰ According to Chiassoni,

⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 342-343.

⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 202-203.

⁸ GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. Legal Interpretation and Legal Construction. *Isonomía*, [s.l.] n. 43, p. 11-48, out. 2015. p. 13.

⁹ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, vol. 29, p. 181-204, 2013, p. 190-191.

¹⁰ MENÉNDEZ, José Agustín. *Justifying Taxes – some elements for a General Theory of Democratic Tax Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 14; 72.

textual interpretation is an activity composed by two related operations: first, a syntactic analysis of the legal provision, and, secondly, a semantic-pragmatic interpretation of the legal provision. It is an activity with a practical function, which must be adopted for several reasons.¹¹ Like any other normative text, constitutional provisions present problems related to the attribution of meaning to texts and depend on the interpretation to be applied. The interpretation of the text of any constitution is an intellectual activity that intends to assign a meaning to a constitutional provision.¹²

There is, however, no consensus regarding the interpretive techniques and methodology that should be used by constitutional courts to carry out this activity. At least three theories must be examined: *cognitive theory*, *radical skeptical theory* and *moderate skeptical theory*. The present paper takes the view that each of these theories is closely related to a particular method of interpreting provisions and thus assigning meaning to normative texts.

2.2. The skeptical theory of interpretation

Before explaining what the skeptical theory of interpretation is, it is necessary to contrast it with the cognitive theory of interpretation. On one hand, the cognitive theory of interpretation holds that the interpretation of the normative texts would require that the interpreter's activity be bound to knowledge and not to will. Such a theory of interpretation is related to the idea that the interpreter could and should only describe, report or discover pre-existing meanings. According to this view, the content of Law would be objective, pre-constituted and susceptible to knowledge by the interpreter, who would only describe or declare it. This concept assumes that the activity of the interpreter is merely identifying the meaning of the norm because such meaning is univocal, pre-constituted and susceptible of being known.¹³

Such activity would be analogous to the definition of *information*, in the sense of recognizing the effective linguistic use of a term.¹⁴ It is simply the activity of identifying, in a normative text, the different possible meanings (from rules of language, the interpretive techniques in use, and the available dogmatic theses), without deciding which of these possible meanings would be the right one.¹⁵

¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 52-53.

¹² CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 154.

¹³ MAZZARESE, Tecla. Enunciato descrittivo d'una norma: osservazione su una nozione imbarazzante. **Studi in memoria de Giovanni Tarello**, Milano, vol. 2, p. 253-288, 1990, p. 270.

¹⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 48.

¹⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 45.

According to Ávila, the interpretation of the cognitivist theory would comprise only acts of knowledge in the strict sense and never acts of will: interpretation would not involve the choice of a meaning, but rather the mere theoretical judgment of apprehending objective and pre-constituted meaning. This theory, therefore, presupposes a univocal meaning, created by the authority who issued the provision, and one which is susceptible of being known by the interpreter: since there would be only one meaning, only one interpretation would be true. In other words, the activity of the interpreter would always be descriptive and, therefore, never ascriptive or constructive of meaning.¹⁶

On the other hand, the skeptical theory of interpretation holds that the activity of interpretation includes both acts of will and knowledge or solely acts of will, so that the Law is (re)created by the interpreter and not (only) by the authority that issued it.¹⁷ Thus, it is clear that the skeptical theory of interpretation is based on different premises from the ones underlying the cognitive theory. The skeptical theory of interpretation can be divided into two strands: radical skepticism and moderate skepticism.

Radical skepticism understands that normative texts have no meaning before interpretation: meaning does not pre-exist interpretation, it results from it. This means that judges are totally free to assign any meaning to any normative text. Interpretation, according to this theory, would involve only acts of will since any meaning could be assigned to a given provision. In other words: provisions would admit multiple meanings and the interpreter would be free to choose any one of them. As Ávila points out, in this case the activity of the interpreter is always ascriptive, choosing any meaning as being the correct one.¹⁸ As noted by Guastini, in some sense, there would not even be Law before interpretation: “normative texts are not exactly Law, but only sources of Law. All Law, in this sense, is created not by legislators, but by interpreters and only by them.”¹⁹

Such a skeptical stance empties legality of any meaning or purpose. If meanings are always created and constructed by the interpreter, and the text or the provision does not offer any type of limit to this activity, the guarantee of legality becomes useless and innocuous in its role of guaranteeing legal certainty: the applicable rule, after all, will be the one defined by the will of the interpreter. This skeptical stance results in admitting that the text is empty and does not even serve as a frame for interpretation. There is, in this model, space for the flexibility of the interpreter to act according to

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, vol. 29, p. 181-204, 2013, p. 185.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, vol. 29, p. 181-204, 2013, p. 185.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, vol. 29, p. 181-204, 2013, p. 185.

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 352.

his or her interests and his or her own reasonableness. As pointed out by Aarnio, in these instances, Law ceases to be Law and becomes something like the “delivery of reasonableness”.²⁰ Based on these arguments, therefore, such a stance is criticized, for example, by Diciotti, for whom the extreme version of skepticism would be the same as arguing that judges could establish anything as a result of the interpretive activity, and, by extension, as the meaning of a legislative statement.²¹

Moderate skepticism understands that interpretation merges acts of knowledge and will and encompasses the choice of a meaning among the various ones admitted by a text. Here, the activity of the interpreter is both descriptive and ascriptive: descriptive, for identifying the various possible meanings of a legal provision; and, ascriptive, for choosing one of them as being correct.²² The institution of a rule *postulates* greater rigidity, inflexibility and intransigence than reasons not crystallized in its hypothesis.²³ Although meanings must be reconstructed from a provision, there is an intersubjectively consensual meaning capable of communicating prescriptive content, even if this content could be perfected in the application of the rule.²⁴ In other words, there is a meaning prior to interpretation.

At this point, there is a difference in relation to the posture adopted by Guastini. The Italian author refers to himself as a moderate skeptic, although some of his stances (and some on the part of his critics) reveal him to be a radical skeptic. The characterization of Guastini as a radical skeptic stems from his emphatic defense that interpretation is always decisive and often creates new norms from the interpreter’s construction of meanings, as well as the idea that meaning does not pre-exist interpretation.²⁵ According to Guastini, a norm is the meaning of the normative text and, therefore, always presupposes interpretation. In his words, “any normative proposition - as a proposition (true or false) that affirms the existence (in any sense) of a juridical norm within a given juridical order - presupposes an interpretative decision”.²⁶ The Italian author, however, considers himself as a moderate skeptic, in the sense that it is one thing to say that normative texts have a plurality of possible meanings - and therefore admit a plurality of interpretations - and another thing to say that they do not have any meaning - and

²⁰ AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 163.

²¹ DICIOTTI, Enrico. L’ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo. **Working Paper** 45, Università degli studi di Siena, Siena, p. 3-81, 2003. p. 12-13.

²² ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013. p. 185.

²³ ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016. p. 438.

²⁴ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 230.

²⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Tradução de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 351.

²⁶ “Qualsivoglia proposizione normativa – intesa come proposizione (vera o falsa) che asserisce l’esistenza (in qualche senso) di una norma giuridica entro um dato ordenamento – sembra presupporre una decisione interpretativa” (GUASTINI, Riccardo. **Nuovi studi sull’interpretazione**. Roma: Aracne, 2009, p. 59).

therefore admit any interpretation.²⁷ In addition, previous interpretations create links to new interpretations. This means that the author does not deny that already stabilized interpretations create limitation for the interpreter, although he maintains that the meaning always depends on interpretation. In other words, texts are, over time, objects of processes of cognition that form minimal meanings or nuclei of meaning that are objects of consensus: this is a limit to interpretation.

The skeptical theory of interpretation is criticized precisely in terms of the freedom that would be granted to the interpreter regarding the definition of Law. If the interpreter is not limited by the preliminary meaning of the text, what is the guarantee granted by Law, in the sense of positive Law? Has Law, in the sense of formal and material limitations to the exercise of power, lost its space? Laporta acknowledges this crisis and concludes that there is a need to reaffirm the role of Law. Laporta argues that one must remember that the most important and decisive nucleus of the juridical order is composed by a coherent body of general and abstract norms to which a privileged deference must be granted. Ultimately, he defends “less constitutionalism and more neocodification.”²⁸ In this sense, it is fundamental to reestablish the role of Law and the importance of the limitation imposed by the text. For these reasons, the author defends a text-oriented interpretation, insofar as it has an autonomous meaning that depends, above all, on the conventions of the use of words in a certain community. Meaning cannot be given by the reader of the text, that is, by its interpreter, because otherwise the entire idea of the Rule of Law would “escape between the fingers”.²⁹ As Schauer points out, disregarding the text as a starting point is to disregard a very important aspect of the very nature of law.³⁰ Such an understanding could lead to the extreme of understanding that the legislator produces formulations or dispositions (but not norms), while the interpreter (as the judge), by assigning meaning to these formulations, would be the true creator of the norms. According to this vision, it is not possible to say that the judge is subject to the norm since he or she is the creator of the norm. Such a construction, however, would lead to the ruin of the idea of Rule of Law.³¹

These conclusions are also reached by MacCormick when analyzing the consequences of a theory of judicial correction based only on the authority of the author of the decisions. According to the author, if the correctness of a decision depends only on the authority of the one issuing it, this would result in the idea that judges become, in a pure sense, political actors, that is, people who decide what Law is based on their own

²⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Tradução de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 352.

²⁸ LAPORTA, Francisco J. **El Império da la Ley – Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007. p. 167.

²⁹ LAPORTA, Francisco J. **El Império da la Ley – Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007. p. 178-179.

³⁰ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 158.

³¹ LEAO, Martha. **O Direito Fundamental de economizar tributos**. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 46.

opinions and on things that are relevant to them. This would also mean that there is no law other than the one decided in cases that come before the courts.³² MacCormick points out that, in terms of sociology or political theory, this conclusion would result in the existence of a Judicial Power placed at the forefront of the political process of making Law: legal correction would be what judges say and that would be all there is to it. In this case, judges “would be law-makers as law-savers.”³³ These considerations demonstrate why there must be normativity prior to interpretation that binds, controls and limits the power of the interpreter when acting within the law. Interpretation, in this sense, presupposes a meaning and does not assign a meaning. Indeed, interpretation is interpretation of meaning, not interpretation of an enigmatic syntactic formulation that means nothing until the interpreter exercises some “magical function” upon it.³⁴ It is clear, however, that the debate about interpretation cannot be oversimplified. MacCormick notes that there are different objects to be interpreted in Law, there are different interpretive perspectives, and there are appropriate interpretation arguments for different objects. Interpreting utterances, for example, is different from interpreting precedents, just as interpreting the Constitution is different from interpreting an agreement. And, especially, interpreting an entire practice of Law is not the same as interpreting any of its parts.³⁵

There are sectors that require a greater degree of determinability of conduct in order to guarantee legal certainty to those individuals who participate in them as well as to conform to the Rule of Law doctrine. This requirement is directly related to the establishment of limitation on fundamental rights. The greater the limitation on fundamental rights, the greater the requirement for legal certainty and the necessity to control the arbitrariness of decisions, as occurs, for example, in Criminal Law and Tax Law. The greater the intensity of the restriction of the fundamental rights of freedom, property, and equality, the greater the requirement of determinability.³⁶ However, this is not the same requirement that exists in Private Law, as in the regulation of contracts, for example. In this area, a system of concretion is allowed and adopted, in which the terms will be defined during their application. For example, the term *good faith* may be defined by interpretation because the exercise of freedom is regulated and not limited directly.³⁷

³² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 275.

³³ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 275.

³⁴ LAPORTA, Francisco J. **El Império da la Ley – Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007. p. 181-182.

³⁵ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 139-140.

³⁶ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madrid: Dykinson, 2000. p. 263.

³⁷ ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 61-79 (78).

2.3 The characteristics of the Brazilian Constitutional System

There are several unique features of the Brazilian legal order that must be considered for the object of this paper. Compared with other constitutions, the Brazilian Constitution is extensive, rigid and detailed. First, the Brazilian Constitution is extensive because it has 250 articles, many of which are composed of different numbers and letters. Those articles deal with individual rights and guarantees, social rights, the organization of the Federal State, the Public Administration, the Military, the organization of the Legislative, Executive, and Judicial Branches, the tax system, the sharing of revenue among the federation, and many other subjects. Second, the Brazilian Constitution is rigid because in accordance to article 60, paragraph 2, any proposal to modify the Constitution “shall be discussed and voted upon in each House of the National Congress, in two readings, and shall be approved only if it obtains, in both readings, three-fifths of the votes of respective members”. And third, the Brazilian Constitution is detailed because it prescribes a myriad of specific provisions whose aim is to guide the conduct of individuals and the State.

The extension, rigidity, and high specification do not necessarily imply that constitutional provisions are and should be construed as entrenched, indefeasible clauses, unsusceptible of possible implicit exceptions. However, by analyzing the Brazilian Constitution as a whole, it is clear that these three features do not leave much room for determining *how* a provision should be construed. In other words, considering that the act of interpretation presupposes a text to which meaning will be attributed, it is not possible to completely disregard how the Constitution is written. In this sense, the combination of these three elements (extension, rigidity and high specification of the constitutional provisions), in the Brazilian context, support the conclusion that many provisions set up in the Brazilian Constitution *must* be reconstructed as rules, otherwise many of its prescriptions would simply be irreconcilable and lead to interpretations contrary the core values of the Constitution itself.

Another example of the unique features of the Brazilian legal order can be found in the normative foundations of the *legal certainty principle*. On one hand, the legal certainty principle can be reconstructed by reference to direct provisions, such as article 5, caput, of the Constitution. On the other hand, the reconstruction of the legal certainty principle at the constitutional level is also supported by the combination of different constitutional provisions, which implicitly aim at protecting it. Just to give an example, the Constitution states that no tax law shall have retroactive effects. By prohibiting the retroactivity of tax laws, the norm reconstructed from this provision aims at protecting taxpayers’ predictability of the tax system, in the sense that every taxpayer knows that the trust deposited in a norm today will not be violated by the State tomorrow.

Predictability is an important element of the legal certainty principle. Thus, by prohibiting the retroactive effects of tax law, the Constitution indirectly protects the legal certainty principle itself.

In this regard, because the Brazilian Constitution, unlike others, contains explicit provisions concerning the partial ideals that compose the legal certainty principle (knowability, reliability, and calculability), not only is its basic concept different but also some of its sub-elements must be applied more rigidly than in other legal systems.³⁸ As explained above,, the ideal of calculability (or predictability) entails that taxpayers must be protected from retroactive tax laws. This means that courts cannot disregard this norm before a concrete case without also jeopardizing the legal certainty principle itself. The same holds true for rules protecting acquired rights, completed legal acts, *res judicata* and taxable events, which cannot be overruled on public interest grounds, as they can exceptionally be in Germany, Spain, France and Italy.³⁹ It was a choice of the Brazilian framers to protect such rights more rigidly, by regulating them through rules, instead of principles or general standards, in the Constitution.

As previously explained, despite the numerous controversies in the legal theory domain, this paper takes the view that rules differ from principles because rules determine what one ought to do in light of all the values that could be at play in a given situation. By determining exactly what conduct should be adopted, they provide for a solution before a controversy arises. The interpreter is not free to assign a meaning to a text that would disregard the intent of the framers of the Constitution. This means that courts are not free to disregard the prescription of the rules set by the framers.

More importantly than that, because of the existence of *eternity clauses* in the Brazilian Constitution, the guarantees attributed to individuals cannot even be altered by the amendment procedure. The Brazilian Constitution explicitly establishes that constitutional norms which grant individual rights and guarantees cannot be abolished by an amendment to the Constitution. This means that by prohibiting constitutional amendments on specific subjects, article 60, paragraph 4, of the Constitution indirectly assures stability of the legal order:

Article 60. The Constitution may be amended on the proposal of:

I – at least one-third of the members of the Chamber of Deputies or of the Federal Senate;

II – the President of the Republic;

III – more than one half of the Legislative Assemblies of the units of the Federation, each of them expressing itself by the relative majority of its members.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016. p. 505.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016. p. 41.

(...) Paragraph 4. No proposal of amendment shall be considered which is aimed at abolishing:

I – the federative form of State;

II – the direct, secret, universal and periodic vote;

III – the separation of the Government Powers;

IV – individual rights and guarantees.⁴⁰

The purpose of *eternity clauses* is not the protection of constitutional provisions, but of the principles embodied in them.⁴¹ In other words, a substantial part of its fundamental principles is likely to remain intact. The guarantee of permanence of those clauses constricts the meaning of the constitutional categories protected by them. This guarantee also prohibits changes that lighten the basic core or weaken the protection of these same constitutional categories.⁴² The main point is that the list of individual guarantees in the Brazilian Constitution is much more extensive than the list of individual guarantees presented in other constitutions. To mention just one example, Article 5 of the Brazilian Constitution deals with Individual and Collective Rights and Duties and has 78 subsections establishing rights and guarantees in the most diverse areas of Law. This article, alone, is more extensive and detailed than several constitutions of other countries. Considering that some constitutional provisions would be better reconstructed as rules, the two major points to be criticized in this brief essay are both the influence of the skeptical theory of interpretation, and the balancing of principles.

3. THE APPLICATION OF THE SKEPTICAL THEORY OF INTERPRETATION TO THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT

3.1. Case study: Execution of the sentence after condemnation in the second instance

The first case to be examined deals with the extension of the presumption of innocence in the Brazilian Constitution. There is a specific constitutional provision (article 5, LVII) stating that: “no one shall be considered guilty before the issuing of a final and unappealable penal sentence”. In addition, the Brazilian Code of Criminal Procedure expressly provides the right not to be arrested except as a result of a “final conviction” (article 283, Brazilian Code of Criminal Procedure). As a result of multiple

⁴⁰ Brazilian Constitution in English available in: <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution>.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 155.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 221.

decisions declaring the unconstitutionality of this previous article, two Constitutional Declaratory Actions were filed so that the Supreme Federal Court would examine the constitutionality of the article. More specifically, it was discussed whether it would be constitutional to execute the sentence of imprisonment after the judgment in the second instance, although before a final and unappealable decision.

Notwithstanding the existence of a specific provision in the constitution concerning the presumption of innocence and the legal text that provides for imprisonment only after the final *res judicata*, the Constitutional Court held that the presumption of innocence should be weighed against other values, such as the punitive interest of the state. The majority of the Justices understood that the result of preserving the presumption of innocence would be unfair and unreasonable.⁴³ In this sense, it was understood that consideration should be given, on the one hand, to the presumption of innocence, and, on the other hand, to the need to preserve the system and its reliability. The defendants understood that the beginning of the execution of the sentence after condemnation in the second instance is an offense against the constitutional provision that guarantees the right of anyone not to be found guilty until the final sentence of conviction. Even if appeals to the higher courts (special appeal to the Superior Court of Justice and extraordinary appeal to the Supreme Federal Court) do not have a suspensive effect, the defendants found that the constitutional presumption of innocence until after the *res judicata* should remain valid.

The Constitutional Court, however, concluded that the presumption of innocence does not prevent imprisonment resulting from a judgment which, on appeal, confirms conviction. The majority of the Court recognized that article 283 of the Criminal Procedure Code does not prevent the beginning of execution of the sentence after conviction in the second instance. As stated by Justice Teori Zavascki, every person charged with an offense has the right to be presumed innocent until found guilty according to law and in a public process in which all the necessary guarantees for his or her defense are ensured. According to Zavascki, before a criminal sentence is issued, it is necessary to maintain doubts about any conduct contrary to the legal system, and thus to the conduct of the accused. For all intents and purposes, but especially as regards the burden of proving the incrimination, the presumption of innocence must prevail. Even if an individual is convicted, the guilty verdict that results from the evidence produced in an adversarial procedure during a criminal proceeding is subject to review by a higher court, if there is an appeal. Usually it is in this appeal that the examination of the facts and evidence of the case are definitively exhausted, with the determination, when appropriate, of the criminal responsibility of the accused. The appeal court represents

⁴³ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016.

the double degree of jurisdiction and reviews the judicial decision in its entirety. The court has discretion to address all matters adduced in the criminal action, whether or not they have been judged by the original court. The defendant is guaranteed the right of access, in full, to this second degree court.⁴⁴ According to the majority of the Justices, except for the criminal review, it is in the ordinary courts that the possibility of examining facts and evidence is exhausted and, in that respect, the very determination of the criminal responsibility of the accused is decided.

The majority of the Justices of the Brazilian Constitutional Court understood that appeals of an extraordinary nature are not part of the right to a double degree of jurisdiction, because in these appeals the Courts do not have the power to debate over factual-probative matters. Thus, the Justices emphasized that after the judgment of the second instance there is the exhaustion of the factual analysis of the case. Therefore, the execution of a sentence pending an extraordinary appeal does not compromise the essential core of the presumption of non-culpability insofar as the accused was treated as innocent in the course of the ordinary criminal proceedings; and the rights and guarantees inherent therein were observed, as well as the evidentiary rules and the current accusatory model. According to the decision: "The community wants a response and wants to get it with a reasonable length of process".⁴⁵

3.1.1. *The constitutional provision and its interpretation*

There is a specific constitutional provision dealing with the presumption of innocence. It is stated as follows:

CHAPTER I - Individual and Collective Rights and Duties

Article 5. All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms:

(...) LVII – no one shall be considered guilty before the issuance of a final and unappealable penal sentence;

In addition, the Brazilian Code of Criminal Procedure establishes an explicit provision regarding the right not to be arrested except as a result of a "final conviction" (article 283):

⁴⁴ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 109-140.

⁴⁵ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 109-140.

Article 283. No one may be arrested except when caught carrying out a criminal act, by a written decision issued by the competent judicial authority as a result of a final criminal conviction, or in the course of a criminal investigation or criminal proceedings, by virtue of a temporary or preventive arrest warrant.

The case examined by the Brazilian Constitutional Court dealt exactly with the constitutionality of this article of the Code of Criminal Procedure. The question before the Court was: what is the extension of the *presumption of innocence* for the purpose of the execution of a sentence? The answer to that question, therefore, depended on the interpretation to be given to the constitutional provision on the presumption of innocence (article 5, LVII). This constitutional provision is characterized as a rule with *closed antecedent*.⁴⁶ A rule with a closed antecedent is a rule that exhaustively lists the hypothesis in the presence of which legal consequences are produced, without establishing any kind of exception for its non-application. This norm could be reconstructed as follows: “If there is no final and unappealable sentence (the hypothesis), *then* no one shall be considered guilty (consequence).” It is a closed rule precisely because it does not admit any exception to its hypothesis.

This disposition is not a principle. It is descriptive and specific; it directly regulates the conduct to be adopted; and its application requires the evaluation of correspondence. Once again, *without a final and unappealable sentence* (hypothesis), *no one shall be considered guilty* (consequence). Principles, as mentioned before, are finalistic norms, which do not directly regulate the conduct to be adopted. The generic character and the application of principles require a correlative evaluation between the state of things to be promoted and the effects of the conduct.⁴⁷ The Brazilian Constitution could have opted for establishing the presumption of innocence as a principle to be promoted in its maximum possible effectiveness. It did not do so, however.

These considerations are fundamental to this essay. The reading of the constitutional provision shows that there is no ambiguity with regard to the words used by the Constitution. The literal meaning of the terms used reveals that defendants could not be imprisoned until all their appeals were final. This conclusion is the result of the literal interpretation of this provision. As pointed by Schauer, it is obvious that language is a human creation, and that the rules of language are contingent, in the sense that they could differ from society to society. But these factors of artificiality and contingency do not deny the short-term, or even intermediate-term, non-contingency of meaning. The distinctive feature of rules lies in their ability to be formal, to exclude factors from

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 201; LEBEU, Martin. *De l'interprétation stricte des lois – essai de méthodologie*. Paris: Deffrénois, 2012. p. 57.

⁴⁷ BARBERIS, Mauro. *Una filosofia del Diritto per lo stato costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 91; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102. On the contrary, by all: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 75 e ss.

consideration in the particular case: insofar as formalism disables some decision-makers from considering certain factors that may appear important to them, it allocates power to some decision-makers and away from others.⁴⁸

Schauer's argument for formalism is linked to the notion of rules and literalism, which constrains the judge even if he or she does not agree with the result of the application of the rule in the concrete case. Rules have the purpose of coordination and knowledge, giving to all the knowledge about the unique guideline to be applied to a certain situation.⁴⁹ One of the greatest virtues of the Rule of Law doctrine, according to Schauer, is precisely the fact that it is bound to take rules seriously, because the State retains an irreducible formalism by doing so. Sometimes, however, the Rule of Law creates injustices in the concrete case. Formalism is one of the central aspects of what makes Law distinctive.⁵⁰ Hence the importance of the actual text, because it will ensure there is no discrepancy between the understanding of the recipient-interpreter of the rule and its operator. In a similar sense, according to Alexander, formalism would be the adherence to normative prescriptions without the appeal for the reasons behind these prescriptions in the concrete case. This formalistic view, therefore, is concerned with the form/validity of the prescription, rather than with its substantive content or its purposes: the norm must be opaque, in the sense of barring the interpreter from considering other aspects that could have been relevant to the decision, in order to create reasons to act independently of its presupposed goals.⁵¹

In what concerns the case analyzed in this essay, the language used by the Constitution to establish fundamental rights and, most importantly, to protect against the fact that "no one shall be considered guilty before the issuance of a final and unappealable penal sentence", indicates that the framers prescribed a rule concerning what the State shall not do (i.e., consider a person guilty before the issuance of a final and unappealable penal sentence). This, in its turn, means that if the constitutional norm is to have any effect, it must be interpreted and applied in a formalistic manner. In other words, the Brazilian constitutional provision does not offer any room for considerations by its operators, who should not be able to state anything other than that the provision expresses a direct rule, without ambiguities, and its terms reflect considerations already anticipated by the Constitution. More explicitly, the presumption of innocence should have precedence over the effectiveness of criminal convictions still subject to appeal.

⁴⁸ SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1999, p. 524; 543. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 18.

⁴⁹ SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1999. p. 543.

⁵⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 31; 35.

⁵¹ ALEXANDER, Larry. With Me, It's All or Nuthin: Formalism in Law and Morality. *The University of Chicago Law Review*, [s.l.], vol. 66, n. 3, p. 530-565, jun./ago. 1999. p. 534.

3.1.2. *The arguments of interpretation applied in the Court's decision*

Despite the considerations previously made on the interpretation of the constitutional provision regarding presumption of innocence, the Brazilian Constitutional Court has opted for other interpretative arguments. The reading of the decision of the Constitutional Court shows that the nature of the constitutional provision as a rule was defeated. The Court held that presumption of innocence would be a principle, which would depend on consideration of other rights to be applied in the particular case. At least three arguments used by the constitutional decision should be highlighted.

The first is the *teleological argument*, linked in this case to the reasonableness of the length of the process and proportionality of the measure. In this case, Justices used reasonableness as a tool or as a justification for the balancing test. According to Zorzetto, the balancing test is another primary way of applying reasonableness. For her, balancing is just a metaphor, since no balance exists in law. Principles, values, goods and interests are regularly balanced in light of reasonableness: this idea is used as an imaginary criterion to weight these objects. In reality, however, the measure is obviously only a discretionary evaluation.⁵² The balancing made by the Justices is clear in the following excerpt of the decision:

Within that space that the Constitution grants the interpreter a margin of conformation that does not go beyond the limits of the textual frame, the best hermeneutical alternatives are perhaps in principle those that lead to reserve to this Supreme Court primarily the protection of the constitutional legal order, to the detriment of an unattainable mission of solving concrete cases. For this reason, I interpret the rule of art. 5th, LVII, of the Constitution, according to which "no one shall be held guilty until a final judgment has been passed", deeming it necessary to construe it in accordance with other constitutional principles and rules which, taken in consideration with equal emphasis, do not allow the second which only after the extraordinary instances have been exhausted, can begin the execution of the custodial sentence.⁵³

In fact, the majority of the Brazilian Constitutional Court used reasonableness in the case as a tool to achieve another result – not the one required by the constitutional provision. The idea of reasonableness was used as a pretext for balancing values that would be counterposed: on the one hand, presumption of innocence and, on the other hand, the reasonable length of process and the necessity for enforcement of convictions. As previously mentioned, the decision proclaimed that "the community wants a response and wants to get it within a reasonable length of process".

⁵² ZORZETTO, Silvia. Reasonableness. *The Italian Law Journal*, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 107-139, 2015, p. 133.

⁵³ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 35.

The second argument to be highlighted is *the comparative argument* with other jurisdictions. In this regard, Justice Teori Zavascki, for example, emphasized that the execution of a sentence pending extraordinary appeals does not compromise the essential core of the presumption of non-culpability insofar as 1) the accused was treated as innocent in the course of the ordinary criminal proceedings, 2) the rights and guarantees inherent therein were observed, 3) the evidentiary rules and the current accusatory model were followed. The Justice cited a study of comparative Law to show that in no country in the world, after observing the double degree of jurisdiction, is the execution of a conviction suspended, awaiting a possible Supreme Court referendum. He listed, for example, the laws of England, Canada, Germany, France, Portugal, Spain and Argentina. Thus, the interpretation given by other legal systems to their constitutional provisions on the presumption of innocence (in some cases, without any constitutional prescription on this subject) served as an argument to determine what would be the correct way of interpreting the Brazilian constitutional provision.⁵⁴

Both arguments undertaken by the Justices of the Brazilian Supreme Court are interesting because they show that the Brazilian constitutional text was disregarded in the name of arguments regarding other constitutional systems. Reasonableness therefore functions here as a mechanism of defeasibility of the expressed constitutional rule, in order to allow a (morally) more correct result from the point of view of a majority of Brazilian Justices. Such use, however, is in line with the theory of reasonability adopted by Siches, in the sense that reasonableness serves as a technique that allows Law to promote values, especially in the resolution of the concrete case. Siches clarifies that such use could not be regarded as arbitrary. The application of principles or values in discretionary acts should not be confused with arbitrariness, according to the author.⁵⁵

The third argument to be highlighted is *the consequentialist argument*. To argue the reasons why the effectiveness of the conviction should prevail over the presumption of innocence, some Justices used the argument that, if it were not so, the Brazilian Penal System would not be effective. The argumentation in this sense was corroborated by the use of a series of examples of practical cases in which the Brazilian Judicial System was slow to solve a controversy. Justice Teori Zavascki, for example, mentioned the convictions of Brazil in the Inter-American Court of Human Rights support the idea that the Brazilian Penal System is ineffective.⁵⁶ Such a scenario would demonstrate the lack of protection of victims and the need to adopt other measures to ensure the

⁵⁴ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 109-140.

⁵⁵ SICHES, Luís Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997. p. 108-109.

⁵⁶ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 109-140.

effectiveness of the fundamental rights violated by the criminal act. Similarly, Justice Luís Roberto Barroso also stated that “the Brazilian penal system has not worked properly. The possibility that the defendants await the *res judicata* of the special and extraordinary appeals in freedom, only then initiating the execution of the sentence, weakens too much the protection of the juridical values protected by criminal law and the very trust of society in criminal justice”.⁵⁷ The Justice also used paradigmatic cases not resolved by the Brazilian Judiciary to justify the consequences of the interpretation in the opposite direction.

3.1.3. *Criticism of the decision*

This judgment, therefore, illustrates the application of reasonableness as a moral correction to Law. Since the Justices, from their moral point of view on the idea of punishment, did not agree with the consequences of applying the presumption of innocence rule, the constitutional guarantee was derogated in the name of the reasonableness of the length of the criminal process and the social interest of punishing the condemned – still without a final *res judicata*. This scenario shows the growth in Brazil of the neo-constitutional doctrine, which promotes reasonableness as an instrument capable of providing room for moral aspects in Law.

The criticism that seems pertinent to this understanding, however, concerns the fact that the choice of either applicable values or the one which will come to prevail in case of balancing occurs in an arbitrary way, in the sense that it is not justified by any legal rule. The case decided by the Supreme Federal Court exemplifies this situation. The Constitution presented an explicit rule of presumption of innocence and provided for the impossibility of enforcing the penalties before the final sentence of conviction. Even so, most Justices considered that the principle of reasonable length of the criminal procedure and the need to comply with sentences should prevail. The reasoning used to reach this decision is justified only from the moral point of view, which shows that reasonableness here is only a pretext for justification of the decision, albeit to the detriment of the constitutional text.

An article written by Cuono deals with the use of reasonability as an instrument for the introduction of moral arguments in Law. According to the author, one of the possible meanings of reasonableness is exactly that of acting as a boundary between differentiation and discrimination. The existence of a “sufficient reason” is mentioned by some authors as the criterion for this differentiation, which involves the concept of reasonableness.⁵⁸ The author himself, however, points out that these perspectives have

⁵⁷ BRAZIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, p. 109-140.

⁵⁸ CUONO, Massimo. Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neocostitucionalismo. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, [s.l.], n. 3, p. 44-60. 2012-2013. p. 48.

not been used by the authors of neo-constitutionalism. Authors like Alexy and Dworkin prefer two other perspectives for reasonableness.

On the one hand, there is the idea of reasonableness as morality, that is, as an attitude according to practical reason, in the sense of good or morally just. Alexy's theory rightly defends this perspective, insofar as every legal system has a claim to correctness.⁵⁹ Thus, every situation of conflict between principles should be solved through consideration that would ensure a fair result from the moral point of view. On the other hand, there is the idea of reasonableness as flexibility, also present in the neo-constitutional doctrine, and linked to the discretion of the judge to find solutions to the controversies through moral arguments in the interpretation of fundamental rights according to the social context of their application.⁶⁰

Cuono, however, is quite critical of this approach to reasonableness as an instrument for giving room to moral arguments in Law. According to him, reasonableness is not necessarily bound to morality. Reasonableness lies within the idea of Rule of Law and its guarantees, such as constitutional rigidity and constitutionality control, without the need for it to be linked with an idea (abstract and indefinite) of moral justice.⁶¹ The author seems correct in his criticism. Both the idea of reasonableness as equivalence and the idea of reasonableness as congruence do not depend on a moral judgment about Law. They are requirements of the idea of Rule of Law and not of moral judgments of behavior.

The criticism to be presented regarding the decision of the Federal Supreme Court concerns the skeptical stance adopted with regard to the constitutional text. As discussed, the constitutional provision on presumption of innocence was straightforward and clear with respect to the inexhaustibility of any kind of exception in its application. In spite of the existence of this clear and explicit rule, the Brazilian Constitutional Court overruled in the name of the conception of justice adopted by the majority of its Justices. This position, however, is detached from the framers' choice regarding the establishment of fundamental rights in the Brazilian Constitution. There is a proportional relationship here: the greater the restriction of fundamental rights involved, the greater must be the respect for the preliminary meaning of the text of the provision, since only laws can limit rights – not the Administration or the Judiciary. This means that the linguistic and systematic arguments, as immanent institutional arguments, that is, constructed on the basis of the current legal order, from their textual and contextual

⁵⁹ ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, [s.l.], vol. 23, n. 2, p. 167–182, jun. 2010, p. 168; ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, [s.l.], vol. 22, p. 51–65, 2014.

⁶⁰ CUONO, Massimo. Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia uma teoría crítica del neocostitucionalismo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, [s.l.], n. 3, p. 44–60. 2012–2013. p. 49.

⁶¹ CUONO, Massimo. Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia uma teoría crítica del neocostitucionalismo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, [s.l.], n. 3, p. 44–60. 2012–2013. p. 56.

language, have a prominence in this type of situation.⁶² There is a *prima facie* priority of the reasons for authority.⁶³

The main reason for this stems from the very existence of a Rule of Law, in which democratic values are represented by the participation of citizens in the decisions that will govern their lives and society as a whole, and especially those which limit their rights as free citizens. Respect for the text of the provision or, more specifically, for the language chosen by the legislator, means respect for democratic values.⁶⁴ As pointed by Aarnio, the prominence of this criterion is to value the role of the Legislative Power and to promote the democratic ideals attached to it, as a form of respect for authority: if one who holds authority imposes a provision in a certain way, necessarily using a certain language to do so, its authority is not respected unless one reads the text in the language in which it was recorded. In short, the idea of the text of the provision as the starting point is supported by the values of democracy and the Constitutional State.⁶⁵

The *Golden Rule* according to which there is a *prima facie* priority of the ordinary meaning of texts for interpretation – unless it produces such an inconsistent, absurd or inconvenient result that it convinces the Court that the intention of the norm was not to be applied in its ordinary meaning –, is a consequence of this understanding.⁶⁶ The rule of English influence is linked to the political-legal value it serves, namely, the promotion of Rule of Law and the separation of powers, in respect to Parliament's democratic decisions.⁶⁷ This rule demonstrates the presumption of application of the linguistic criterion, that is, of the ordinary meaning of the texts, as a general rule. And this presumption, again, grows as the restriction of fundamental rights grows – hence it is even stronger in the rules regarding tax collections and penalties in Tax Law and Criminal Law, than in other branches of Law. This means that the interpreter who will analyze these provisions must refrain from using arguments capable of amplifying their extension to encompass situations not foreseen in the ordinary interpretation of the text used. Thus, behind what is usually described with disapproval as “formalist”

⁶² ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, vol. 79, p. 163-183, 2001. p. 179.

⁶³ ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, [s.l.], vol. 23, n. 2, p. 167–182, jun. 2010. p. 179.

⁶⁴ AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 152.

⁶⁵ AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 152.

⁶⁶ In this sense, LORD BLACKBURN in the case *River Wear Commissioners v. Adamson* (1987) 2 App. Cas. 743 at. p. 764-765:“(...) that we are to take the whole statute together, and construe it all together giving the words their ordinary signification, unless when so applied they produce an inconsistency, or an absurdity or inconvenience, so great as to convince the Court that the intention could not have been to use them in their ordinary signification”.

⁶⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Statutory Interpretation in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (Org.). **Interpreting Statutes – A Comparative Study**. Aldershot: Dartmouth, 1991. p. 359-406. (382-383).

or “legalistic” approaches are approaches to interpretation that actually bring in value ratios of high regard.⁶⁸

On the one hand, behind the linguistic interpretation there is the goal of preserving the clarity and precision of the legislative language and the principle of justice that prohibits retrospective judicial rewriting of the words chosen by the legislator.⁶⁹ On the other hand, behind the systematic argument exists the principle of rationality based on the value of coherence and integrity of the legal system. The main rule, therefore, is that precedence must be given to arguments that go back to the principles of the Rule of Law and democracy, thereby giving priority to linguistic and systematic arguments in detriment of others.⁷⁰

The consequentialist argument must also be criticized. Consequentialist arguments or arguments arising from the interpreter’s own ethical judgment, in the sense of what would be fairer or more correct in a particular situation, are non-institutional arguments, that is, arguments that do not refer to the institutional modes of the existence of law. According to Ávila, these arguments appeal to any element other than the legal system itself, since they are purely pragmatic arguments that depend on a judgment, made by the interpreter, from his or her own economic, political and/or ethical points of view.⁷¹ The author, dealing with consequentialist arguments when attributing prospective effects to unconstitutionality rulings, insists on the fact that this kind of argument inverts the logic of law itself. The structure of a legal rule consists of a hypothesis and a consequence. The consequentialist argument assumes that the interpreter can foresee that if he or she acts in a given manner, a given consequence will follow. To judges, this hypothetical-conditional structure serves as a compass for their decisions: When *X*, and *X* was done, I ought to decide *Y*; and when *X*, and *not-X* was done, then I ought to decide *Z*. Ávila points that, in this normative scheme, the decision the judge makes is not a product of comparing the effect programmed by the legislator and the effect the judge intends to program, nor is it the result of replacing one effect with another. The judge does not use the effects as a deciding reason and does not compare the effect of the conditional program with other effects. The normative efficacy is that which was previously defined by the legislator. The decision alters precisely this rationale for decision-making by equating the decisions in both cases: “When *X*, and *X* was done, I decide *Y*; but when *X*, and *not-X* was done, I *also* decide *Y*!”⁷²

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 127.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 139.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. Juristische Theorie der Argumentation. In: HELDRICH, Andreas. et al. (Org.). **FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**. München: Beck, 2007. p. 963-989.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, vol. 79, p. 163-183, 2001. p. 174.

⁷² ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016. p. 410.

This is exactly the situation analyzed in the case judged by the Supreme Federal Court. Even though the constitutional text is explicit in stating that no one can be treated as guilty (and therefore deserving of the corresponding penalty) before the final and unappealable decision of the criminal proceedings, the decision affirms the exact opposite: even without a final and unappealable decision, the defendant may be found guilty. Opening up a decision to the consideration of consequences, however, as Machado Derzi points, “presupposes yet another infinite series of possibilities open to the choice of the applier of law as to the economic or sociological theory to adopt, because there is no unanimity either in the explanatory sciences or in the sciences of the spirit that can securely predict the effects that will be unleashed.”⁷³ For this reason, a consequentialist theory of decision-making without rigorous delimitation of the desirable consequences is entirely incompatible with the legal certainty principle, given the absurd uncertainty produced by its deployment.⁷⁴

4. CONCLUSIONS

The case analyzed in this essay demonstrate that the majority of the Justices of the Brazilian Constitutional Court has put aside its role as interpreter of the Constitution in order to impose its vision of justice on the Constitutional System. Such a position is linked to an openness to the derogation of the rules for the promotion of values (especially moral values) considered relevant by the Justices and seems to reflect, to a certain extent, a skeptical attitude towards the interpretation of texts. The analysis undertaken in the paper is relevant in demonstrating how the current Brazilian Supreme Court posture on interpretation is contrary, on one hand, to the *Rule of Law doctrine*, which seeks to curtail arbitrariness and promote predictability; and, on the other hand, to the ideals pursued by the *legal certainty principle*. There was an explicit rule, which presented a preliminary meaning that indicated a solution different from the one subsequently adopted by the court. This means that the literal argument, concerning the formulation of the text of the constitutional provision, was rejected or relaxed in the name of values that were considered more important by the Supreme Federal Court. This is a dangerous precedent from the point of view of the Brazilian legal system. The Supreme Federal Court, which should act as guardian of the Constitution, began to read the constitutional text from a political stance, even in matters related to rules that directly protect fundamental rights.

⁷³ MACHADO DERZI, Misabel de Abreu. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 171.

⁷⁴ MACHADO DERZI, Misabel de Abreu. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 173; 216.

This relaxation of the rules (and even their defeasibility) affects the legal certainty of all citizens and poses a threat to the Rule of Law doctrine. As pointed by Barberis, the idea that the Law must respect Justice (the claim to correctness in Alexy's doctrine) creates a kind of collapse of Law into the moral: Law becomes superfluous and can always be replaced by the morals of the judges.⁷⁵ According to Ávila, what is essential for the existence of the knowability of law is the existence of rules and exceptions, as long as the exceptions can be perceived using minimally objective and controllable criteria in most cases. However, when an exception is institutionalized, or slowly but steadily transformed into the rule, its addressees no longer know which norm to follow, whether the specific applicable norm, or another one possibly determined by the Judiciary. Ultimately, right and wrong can no longer be clearly distinguished. When that happens, Law loses one of its fundamental functions, which is to generalize and stabilize normative expectations of behavior through the binary code *lawful/unlawful*⁷⁶.

This scenario indicates the paradox previously mentioned: from the point of view of fundamental rights, Brazilian citizens have one of the most protective constitutions, since such rights were established by means of constitutional rules, which consubstantiate *eternity clauses*. However, the protection set forth by those rules is ineffective because of how the Constitutional Court interprets the provisions from which such rules are reconstructed. The result is that citizens are often left unprotected, despite the persistence of the Constitution in determining fundamental rights through rules.

5. REFERENCES

AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht: Springer, 2011.

ALEXANDER, Larry. With Me, It's All or Nothing: Formalism in Law and Morality. **The University of Chicago Law Review**, [s.l.], vol. 66, n. 3, p. 530-565, jun./ago. 1999.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, [s.l.], vol. 23, n. 2, p. 167–182, jun. 2010.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality, **Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, [s.l.], vol. 22, p. 51–65, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, vol. 79, p. 163-183, 2001.

⁷⁵ BARBERIS, Mauro. **Una filosofia del Diritto per lo stato costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 83.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Certainty in Law**. Dordrecht: Springer, 2016. p. 222-223.

ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 61-79.

ÁVILA, Humberto. Juristische Theorie der Argumentation. In: HELDRICH, Andreas. et al. (Org.). **FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**. München: Beck, 2007. p. 963-989.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, vol. 29, p. 181-204, 2013.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Statutory Interpretation in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (Org.). **Interpreting Statutes – A Comparative Study**. Aldershot: Dartmouth, 1991. p. 359-406.

BARBERIS, Mauro. **Una filosofia del Diritto per lo stato costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CUONO, Massimo. Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia uma teoria crítica del neocostitucionalismo. **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**, [s.l.], n. 3, p. 44-60. 2012-2013.

DICIOTTI, Enrico. L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo. **Working Paper 45**, Università degli studi di Siena, Siena, p. 3-81, 2003.

FALLON, JR. Richard H. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse. **Columbia Law Review**, New York, vol. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano: Giuffrè, 2004.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo – Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Nuovi studi sull'interpretazione**. Roma: Aracne, 2009.

GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. Legal Interpretation and Legal Construction. **Isonomía**, [s.l.] n. 43, p. 11-48, out. 2015.

JHERING, Rudolph von. **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**. 5. ed. Leipzig: [s.n.], 1880.

LAPORTA, Francisco J. **El Imperio da la Ley – Una vision actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LEAO, Martha. **O Direito Fundamental de economizar tributos**. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACHADO DERZI, Misabel de Abreu. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

MAZZARESE, Tecla. Enunciato descrittivo d'una norma: osservazione su una nozione imbarazzante. **Studi in memoria de Giovanni Tarello**, Milano, vol. 2, p. 253-288, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madrid: Dykinson, 2000.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, vol. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1999.

SEER, Roman. National Report: Germany. In: MEUSSEN, Gerard. (Org.). **The Burden of Proof in Tax Law**: EATLP International Tax Series, volume 10. Uppsala: EATLP, 2011. p. 127-139.

SICHES, Luís Recasens. **Introducción al Estudio del Derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997.

ZORZETTO, Silvia. Reasonableness. **The Italian Law Journal**, [s.l.], vol. 1, n. 1, p. 107-139, 2015.



Democracy, fundamental rights and public finance: a constitutionalist criticism of the Steuerle-Roeper Index

Democracia, direitos fundamentais e finanças públicas: uma crítica constitucionalista ao índice Steuerle-Roeper

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES ^{1,*}

¹ Universidade Federal de Goiás (Goiânia, Goiás, Brasil)

franciscotavares@ufg.br

<https://orcid.org/0000-0002-3905-8141>

Recebido/Received: 09.04.2020 / April 09th, 2020

Aprovado/Approved: 22.10.2020 / October 22th, 2020

Abstract

The article proposes to critically discuss the concept of fiscal democracy as operationalized by the means of the Steuerle-Roeper Index. It is assumed that the contemporary sociohistorical context comprises a scenario of crisis or decline of democracies, largely explained by the fiscal difficulties faced by the States. The Fiscal Democracy Index is discussed as a promising scientific contribution for the attribution of empirical tangibility to such a reality. However, a difficulty is identified concerning the non-consideration of fundamental rights as condition for the possibility of democratic politics. Finally, an example from the Brazilian constitutional system is presented in order to illustrate the article's theoretical argument.

Keywords: fundamental rights; fiscal democracy; fiscal rigidity; Steuerle-Roeper Index; crítica constitucionalista.

Resumo

O artigo propõe-se a discutir criticamente o conceito de democracia fiscal, tal como operacionalizado por meio do Índice Steuerle-Roeper. Assume-se que o contexto sócio-histórico contemporâneo compreende um cenário de crise ou declínio das democracias, amplamente explicado pelas dificuldades fiscais enfrentadas pelos Estados. O Índice de Democracia Fiscal é discutido como uma contribuição científica promissora para a atribuição de tangibilidade empírica a esta realidade. Contudo, identifica-se uma dificuldade, concernente à não consideração dos direitos fundamentais como condições de possibilidade da política democrática. Finalmente, um exemplo proveniente do sistema constitucional brasileiro é apresentado para fins de ilustrar o argumento teórico do artigo.

Palavras-chave: direitos fundamentais; democracia fiscal; rigidez fiscal; Índice Steuerle-Roeper; constitutionalist criticism.

Como citar esse artigo/How to cite this article: TAVARES, Francisco Mata Machado. Democracy, fundamental rights and public finance: a constitutionalist criticism of the Steuerle-Roeper Index. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 161-183, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.72768.

* Professor adjunto na Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (mestrado e doutorado). Doutor em Ciências Políticas pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: franciscotavares@ufg.br.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** The Fiscal Dimension of Democracy and Fundamental Rights; **3.** Democracy in Numbers: Potentials of the Fiscal Democracy Index in the “Age of Austerity”; **4.** The Steuerle-Roeper Index Difficulties under a Constitutionalist Look: About the Nexus Between Constitutional and Budgetary Rigidity; **5.** Fiscal Rigidity, Democracy and Fundamental Rights in the Brazilian Legal System: The Case of Social Security; **6.** Conclusion; **7.** References.

1. INTRODUCTION

Social conflict over public finances is central to the sociogenesis of the modern State¹. Thus, the construction of bridges between the theory of fundamental rights and democratic theory, from the socio-fiscal perspective², is promising for both subdisciplines. Moved by this spirit, this article critically discusses an increasingly influential concept in contemporary political theory, in the light of conceptions shared by liberal and deliberationist streams of constitutional and democratic theory regarding the normative restraint of political-decision-making processes. The argument that is intended is that, contrary to what is shown in the literature associated with the concept of fiscal democracy³, the constitutional rules that establish forms of budgetary rigidity do not necessarily imply the mitigation of democratic political processes. More specifically, the theoretical problem to be solved is formulated in the following question: are the theoretical bases of the notion of fiscal democracy and the index that algebraically operationalizes it compatible with the relationship between democracy and law inscribed in the liberal and deliberationist streams of contemporary constitutionalism?

To clarify this question, the second section, presented below, indicates how democratic theory and contemporary constitutionalism are anchored in the public finance

¹ See: SCHUMPETER, J. The Crisis of the Tax State. In: SWEDBERG, R. (Org.). **Joseph A. Schumpeter**: The Economics and Sociology of Capitalism Princeton: Princeton UP, 1991, p. 99 – 140; GOLDSCHIED, Rudolf. A Sociological Approach to Problems of Public Finance. In: MUSGRAVE, Richard; PEACOCK, Alan T. (Org.). **Classics in the Theory of Public Finance**. London: MacMillan, 1958, p. 202-213; HOFFMAN, Phillip T; NORBERG, Kathryn Norberg. **Fiscal Crises, Liberty and Representative Government**: 1450-1789. Stanford: Stanford UP, 1994, p. 1-7; TILLY, Charles. State, Taxes and Proletarians. **CRSO Working Papers**, [s.l.], vol. 213, 1980, p. 17-22. Disponível em: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/50987/213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; ELIAS, Norbert. **The Civilizing Process**: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations. Malden: Blackwell Publishing, 2000, p.344-362; MARTIN, Isaac William; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica. The Thunder of History. In: MARTIN, Isaac William; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica (Org.). **The New Fiscal Sociology**: Taxation in Comparative and Historical Perspective. New York: Cambridge UP, 2009, p. 1-28.

² BACKHAUS, Jürgen G. Fiscal Sociology: What for? In: BACKHAUS, Jürgen G.; WAGNER, Richard E. (Org.). **Handbook of Public Finance**. London: Springer, 2002. p. 521-542.

³ STEUERLE, Eugene. Restoring Fiscal Democracy. **The Milken Institute Review**, 1st Quarter, 2016, p. 26-35. Disponível em: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/80326/2000781-Restoring-Fiscal-Democracy.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017. STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. An Index of Fiscal Democracy, **MPiFG Working Paper**, [s.l.], vol. 10, n. 03, abr. 2010, p. 6-8. Available at: <https://www.mpifg.de/pu/workpap/wp10-3.pdf>; GENSCHEL, Philipp; SCHWARZ, Peter. Tax Competition and Fiscal Democracy. In: STREECK, W; SCHÄFER, A. (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity, 2013, p. 59-83. p. 59-83.

field. The third section then discusses the decline or atrophy of democratic regimes in the global context after the 2008 crisis and introduces the Fiscal Democracy Index (or Steuerle-Roeper Index)⁴, as proposed by Steuerle⁵ in the United States of America and applied in Germany by Streeck and Mertens⁶, as a potentially promising tool in the empirical measurement of the phenomenon. The fourth section, in turn, suggests that despite the unambiguous methodological and empirical performance associated with the Fiscal Democracy Index, its theoretical foundations severely compromise the goal of algebraic synthesizing of the atrophy of democratic regimes. These shortcomings will be observed under the premise – shared between liberal and deliberationist conceptions of constitutionalism – that there is a complementarity between fundamental rights and democracy that can, on occasion, support the linking or pre-allocation of expenditure in public budgets. Finally, before the final considerations, I present a case of compatibility between compulsory spending and democratic decision-making, extracted from the Brazilian social security legal regime.

2. THE FISCAL DIMENSION OF DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

The main theories of democracy established throughout the twentieth century, as well as a significant portion of contemporary constitutionalist thinking, are anchored in elements linked to public finances. The following examples – pointillist and lacking in systematization – justify this premise, from which arises the problem that drives the theoretical research reported here.

Contemporary democratic theory has as its axis or gravitational framework the work of J. Schumpeter, in which subsequent contributions tend to establish relationships of ratification, complementation, or criticism.⁷ What is less discussed in the literature is the fact that the procedural and methodological notion of democracy formulated by the Triesch-born economist⁸ corresponds to a state idea based on the essential tax relation established between the subject as taxpayers and the sovereign power as collector.

⁴ The index is named after economists Eugene Steuerle and Timothy Roeper. Only the first one, however, signs the publications on the subject, in which it is reported that he contributed to the creation of the index.

⁵ STEUERLE, Eugene. Restoring Fiscal Democracy. **The Milken Institute Review**, 1st Quarter, 2016, p. 26-35. Disponível em: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/80326/2000781-Restoring-Fiscal-Democracy.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

⁶ STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. An Index of Fiscal Democracy, **MPIFG Working Paper**, [s.l.], vol. 10, n. 03, abr. 2010. Disponível em <https://www.mpihg.de/pu/workpap/wp10-3.pdf>, p. 59-83.

⁷ SHAPIRO, Ian. The State of Democratic Theory. In: KATZNELSON, Ira; MLNER, Helen V. (Org.). **Political Science: State of the Discipline**. New York: Norton, 2002, p. 235-236.

⁸ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper Perennial, 2008.

In 1918, under declared influence of the sociology of public finance launched by Goldscheid⁹, Schumpeter formulated the idea that the modern state would be better defined as a Tax State. From examples linked mainly to Prussian history, it was pointed out that the processes of states consolidation and control of the respective rulers (historical anteroom of democratization) obeyed conflicts referred to in the state collection. The tax relation has been postulated as the “thunder of history,” from which all symbolic and material aspects of societies could be explained, either causally or symptomatically.¹⁰ In short, the primal reference of contemporary democratic theory is the work of the same thought and creative flow that laid the foundations of fiscal sociology and gave public finance a central role in explaining political relations and conflicts in advanced capitalism.

A second and relevant example is to be found in Anthony Downs’s work, whose content has greatly influenced contemporary studies of political science by presenting an effort to transpose the method and theoretical framework of neoclassical economics into the framework of political relations in representative democracies. Anchored in ideas such as “personal interest axiom” and “utility calculations” as driving forces of action in society, Downs presents a procedural notion of democracy, in which the central element, explicitly mentioned in seven of the eight conditions for a democratic government listed by the author, lies in elections.¹¹

Although the book “An Economic Theory of Democracy” receives considerable attention in the literature – to this day still informing theoretical and empirical studies with their considerations on electoral behavior, logic of governmental action and definition of democratic governments – that fact that soon after its publication Downs had complemented it is often overlooked. In an article published in the *World Politics* in 1960, the author used his theoretical and methodological toolkit to present two ideas that tie his democratic theory to the scope of public finance:

- i. Downs has stated that the way governments make their spending, once referenced in the scope of raising votes in the upcoming elections, relates to the electorate’s perceptions of the impact that taxation has on their lives in relation to the benefits they perceive from the actions of the state. Taxes and budgets would, in effect, be the skeleton of electoral processes and the actions of incumbents in power.
- ii. Even more emphatically, the political theorist concludes that “each national election can be considered a contest between two prospective government

⁹ GOLDSCHIED, Rudolf. A Sociological Approach to Problems of Public Finance. In: MUSGRAVE, Richard; PEACOCK, Alan T (Org.). **Classics in the Theory of Public Finance**. London: MacMillan, 1958, p. 202-213.

¹⁰ SCHUMPETER, J. The Crisis of the Tax State. In: SWEDEBERG, Richard (Org.). **Joseph A. Schumpeter: The Economics and Sociology of Capitalism**. Princeton: Princeton UP, 1991, p. 99-140.

¹¹ DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Democracy**. New York: Harper & Row, 1957, p. 23-24.

budgets.”¹² This argument is of unique relevance to a debate on fiscal rigidity. Now, if democracy corresponds to elections and these to budgetary fluctuations, then it is worth discussing the hypothesis that policies of fiscal rigidity mitigate the scope for public spending to obliquely affect or even nullify the meaning of electoral disputes, so as to make the democratic regime itself unfeasible.

Public finances also feature prominently in critical and normative theories about democracy. As with orthodox and descriptive variants, this trait is not usually noted with the expected prominence. Take, for example, the theory of deliberative democracy, which in its origin largely constitutes a Habermasian response to the socio-historical context named by the Frankfurt philosopher, even in his writings of the 1970s, “legitimation crisis in late capitalism.” This crisis would occur in countries that established welfare states in Western Europe, in the midst of which it had been proven politically difficult over time to resolve the tension between capitalism and democracy with the arrangement that “is supposed to raise the requisite amount of taxes by skimming off profits and income and to use the available taxes so rationally that crisis-ridden disturbances of growth can be avoided.”¹³ If the prelude to deliberative democracy was the Habermasian diagnosis of a fiscal crisis demanding additional legitimacy for taxation, the present moment of the author’s philosophical-political production focuses on the problems of the European Union. It, according to Habermas, would be hijacked by an undemocratic technocracy. The proposed solution, as if rediscovering the problem of previous decades, would be found in three elements, all somewhat associated with public finances, which should be democratically coordinated throughout the Old Continent: (i) fiscal, economic and monetary policy; (ii) budget policy, and; (iii) public debt.¹⁴ The socio-historical diagnosis in which deliberative democracy flourishes, therefore, refers to the centrality of fiscal issues, both at their earliest origin and today.

Another example deserves mention before addressing the relationship between constitutionalism and taxation. Studies on the history of democracies, especially on democratization and de-democratization processes, are centrally referenced in aspects such as taxes and budgets, especially with regard to the need for those under the jurisdiction to acquiesce to increasing revenue, in order to enable expenditures worthy of the efforts of wars or conquests in which National States were born.¹⁵ The most influential reference in explaining the mechanisms that inform the birth and fall

¹² DOWNS, Anthony. Why the Government Budget is too Small in a Democracy. **World Politics**, [s.l.], vol. 12, n. 4, p. 541-563, 1960, p. 545.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Legitimation Crisis**. Cambridge: Polity Press, 1992. p. 62.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **The Lure of Technocracy**. Cambridge: Polity Press, 2015, p. 9.

¹⁵ HOFFMAN, Phillip T; NORBERG, Kathryn Norberg. **Fiscal Crises, Liberty and Representative Government: 1450-1789**. Stanford: Stanford UP, 1994, p. 299-312.

of democracies in comparative experience, Charles Tilly, focuses closely on the conflicts associated with state extraction, the most notable of which being taxation. The author asserts that extraction “opens the way to new citizen-state bargains that subject states to public politics and facilitate popular influence over public politics. To that extent it promotes democratization over the long run”¹⁶. Extractive demands of states would operate according to cycles of intervention – resistance – repression – bargaining / democratization.¹⁷

The examples above are enough to justify the argument that taxation is, in the history of modern democracy and the theories aimed at justifying or depicting it, more than an incidental element. A similar line of reasoning can be lent to fundamental rights, which are quintessential pillars of contemporary state in the same degree that democracy is. Notwithstanding this common “tax-dependence”, the connections between rights and taxes are not so linear or clear as they are with democracy. In fact, different theoretical approaches to the nature and types of fundamental rights could lead to a comprehension of tax that oscilates from an intrusion on property against which the first constitutional guarantees had emerged, to an apparently antagonistic view, regarding taxation as necessary condition for the rights effectiveness.

A traditional and still influential stream of the theoretical production devoted to contemporary constitutional law supports a typology of fundamental rights according to which there would be “positive” or “prestational” norms demanding state actions and expenditures, alongside “negative” or “defensive” precepts, whose deontological sense would lie in the wake of the anti-absolutist auspices that drove the eighteenth-century revolutions into omissions and not state interventions. Ran Hirschl thus summarizes this distinction: “negative rights consist of fundamental freedoms (like freedom of speech, religious tolerance, freedom from arbitrary arrest and so on). Positive rights traditionally consist, inter alia, of social rights such as the universal right to services meeting basic human needs (e.g., health care, basic housing, education, social security and welfare, and an adequate standard of living). The term “positive rights” is often used to describe these basic social rights, since they require the state to act positively to promote the well-being of its citizens, rather than merely refraining from acting”¹⁸.

The cleavage between prestational and defense rights could be problematic from the perspective of public finances. Positive rights would rely on tax revenues and, in some sense, the more the state could collect from its citizens, the more resources to

¹⁶ TILLY, Charles. **Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 142.

¹⁷ TILLY, Charles Tilly. Extraction and Democracy. In: MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica (Org.). **The New Fiscal Sociology**: Taxation in Comparative and Historical Perspective. New York: Cambridge UP, 2009, p. 173-182.

¹⁸ HIRSCHL, Ran. “Negative” Rights vs. “Positive” Entitlements: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order. **Human Rights Quarterly**, [s.l.], vol. 22, n. 4, p. 1060-1098, 2000, p. 1071.

public policies aimed at providing housing, social security, public education and other social rights would be available. On the other hand, a constitutional scheme equipped with rigid limits to taxation (and, thus, a set of “negative” rules for the protection of private property), would, hypothetically, be more compatible with the so-called first generation rights. Such a logic, in the limit, could suggest crises.¹⁹ This would be because the absolute restraint of taxation (paroxysm rights of defense) would lead to zero ground for the effectiveness of positive rights or a context of debt so intense that it would dissolve the Schumpeterian tax state into the debt state described by Streeck,²⁰ where the interests of creditors would take precedence over fundamental rights or democratic decisions.

It is possible, however, to go beyond this record and to argue that, as with the processes of state-building and democratization, the themes linked to public accounts are indecomposable from the whole debate about fundamental rights, which, in addition to the typologies that define them as “defense” or “performance”, they all reap the same deontological dignity. In this spirit, two books published at the beginning of the 21st century and written under the influence of liberalism are especially relevant.

Under the tax approach, L. Murphy and T. Nagel proposed that it makes no normative sense to affirm the notion of a “tax burden” or a “pre-tax income”, to be protected as a “defense” in the face of state taxation.²¹ On the one hand, from the factual and economic point of view it is true that the modern state funds itself by extracting portions of private productive activity, governed by free enterprise and not directly controlled by bureaucracy.²² On the other hand, property is, rather than a fact of nature or a gift with metaphysical genesis, a proclaimed right, prescribed and guaranteed precisely by the state. Thus, the state consistently precedes property in a logical-legal approach, so that taxation cannot be understood merely as an immersion of sovereign power in an outside domain and for which it should, in principle, be omitted.²³ Ownership, in its modern expression, associated with free enterprise and private choices about production, stems from a state-political environment that is indispensable for its recognition and maintenance.

¹⁹ Hoffman and Norberg’s concept of fiscal crisis, in fact, concerns a framework in which there is a leap in public spending beyond the State’s ability to raise and borrow.

²⁰ STREECK, Wolfgang. **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. London: Verso, 2014.

²¹ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas Nagel. **The Myth of Ownership: taxes and justice**, Oxford: Oxford University Press, 2005.

²² OFFE, Claus. Theses on the Theory of the State. In: KEANE, John (Org.). **Contradictions of the Welfare State**. London: Hutchinson, 1984, p. 120-121.

²³ See: “Tax policy analysis needs to be emancipated from everyday libertarianism; it is an unexamined and generally non-explicit assumption that does not bear examination, and it should be replaced by a concept of property rights as depending on the legal system that defines them. Since that system includes taxes as an absolute essential part, the idea of prima facie property right in one’s pretax income – an income that could not exist without a tax-supported government – is meaningless” (MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas Nagel. **The Myth of Ownership: taxes and justice**, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 36.)

More recently, a depiction of capital, rather than just property, as a product of law, in contrast with a “pure” economic fact, was developed by Katharina Pistor. The legal theorist argues that wealth is the outcome of a legal codification, whose fundamental modules (property, contracts, bankruptcy, trusts and corporations) foster a set of privileges to an asset’s holder, related to law’s recognition of the asset’s priority, durability, convertibility and universality. All that legal codification is backed by the state’s coercive powers²⁴. It seems to tacitly ratify the thesis that state precedes wealth and, coherently, tax comes before property, leading to the conclusion that the state positive performance in creating and protecting property is undetachable to its later “negative” non-intervention on it. A theory of fundamental rights grounded on this ideas would probably reinforce Nagel’s and Murphy’s arguments about property and taxes.

Thus, before “negative” rights, every constitutional guarantee, no matter how liberal its remote origin may be, depends on a materially equipped and well maintained state apparatus that, under conditions of advanced capitalism, gathers its material conditions for operation mainly through tax collection. The same state that relies on private production and the consent of the courts to collect the taxes that maintain it is the one that recognizes, guarantees and protects property. Therefore, there would be no normative precedence between the areas of private production / accumulation of wealth and extraction / taxation by the Government. In short, there would be no fundamental rights without the state, and there would be no constitutional state without taxes.

Similar logic, but focused on public spending, is found in the theory of rights formulated by S. Holmes and C. Sunstein, to whom there are no “negative rights”. Every legislative prescription, according to the argument and the myriad of historical examples mobilized to back it, however classified as omissive, reflects state costs and expenditures. Freedom of movement would at least require state authority to ensure some safety on the itineraries; freedom of expression presupposes the regulation of conduct such as slander and injury; property would need coercive remedies to protect it and courts to settle conflicts over it, and so on. Every right costs and is positive in the Holmes and Sunstein theory. Therefore, there is no constitutional provision exempt from tangible projection in the public budget.²⁵

²⁴ PISTOR, Katharina. **The Code of Capital**: how the law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press, 2019.

²⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Company, 1999. In the same sense, an excerpt from an anthological article by J. Waldron, published even before Holmes and Sunstein’s book: “All serious political theorists recognize that protection is costly, and that therefore first generation – as much as economic entitlements – impose costs and raise questions about priorities for us all”. (WALDRON, Jeremy. **Liberal Rights**: Collected Papers 1981-1999. Cambridge: Cambridge UP, 1993).

As the examples addressed below suggest, a vast and influential portion of democratic theory and constitutional law theory, therefore, not only establishes a dialogue with the field of public finance, but are materially grounded in conflicts and decisions regarding taxation and the budget. Thus, the idea of creating an index that, based on public account numbers, measures the scope for the implementation of democratic decisions in each country, seems promising. The budgetary availability annually linked to the decision of the parliament representatives would in principle be the measure of the material extension of the democratic process and the promulgation or maintenance of rights.

This is precisely the proposal launched by Eugene Steuerle, a celebrated economist from the US, who held the presidency of the National Tax Association between 2001 and 2002.²⁶ With emphasis on the theoretical concept of fiscal democracy, which refers to the availability of resources for rulers and parliamentarians instead take different courses of action, the author created, in collaboration with NYU economics professor Timothy Roper, the Fiscal Democracy Index, or the Steuerle-Roper Index. The initiative, however, finds its weaknesses when compared with an understanding of fundamental rights and democracy as equiprimordial. In the following sections, the characteristics of the index and their possible limits are more closely investigated.

3. DEMOCRACY IN NUMBERS: POTENTIALS OF THE FISCAL DEMOCRACY INDEX IN THE “AGE OF AUSTERITY”

Contemporary democracies, especially following the unfolding of the economic crisis that erupted in 2008, are precarious with regards to the means to implement citizens’ decisions in representative or participatory forums. Depleted, states can follow the exchange of rulers and political groups in the government posts (*arche*) without, however, finding ways to do things (*kratos*)²⁷ in accordance with the wishes, preferences and choices expressed by citizens in electoral processes or social participation mechanisms²⁸.

The main challenge faced by contemporary constitutional and democratic regimes is no longer the elections or the possibility of public opinion’s influence on legislative procedures, but the availability of resources to fund its outcomes. A portent of such a historic scenario is the way how, rectifying his own theory of late capitalism’s

²⁶ STEUERLE, Eugene C. **Dead Men Ruling: How to Restore Fiscal Freedom and Rescue our Future**. New York: The Century Foundation Press, 2014, p. 1-18.

²⁷ Further considerations on the meaning of the Greek terms “*arche*” and “*kratos*” can be found in OBER, Josiah. The Original Meaning of “Democracy: Capacity to Do Things, not Majority Rule”. **Constellations**, [s.l.], vol. 15, n. 1, p. 3-9, 2008.

²⁸ SCHÄFFER, Armin; STRECK, Wolfgang. Introduction: Politics in the Age of Austerity. In SCHÄFFER, Armin; STRECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 1-25.

social crisis, Jürgen Habermas has recently written that “today we are not (yet?) experiencing a legitimization crisis, but we are witnessing a palpable economic crisis”²⁹. The theme is recurrent in numerous theoretical and empirical contributions published since 2008.

Schäfer and Streeck find a decrease in electoral participation in the Global North, associated with the increase of state indebtedness, the maturation of the welfare state and the increase of public debts, in a context they define as “the age of austerity”. An apathetic electoral behavior would be manifested especially among people with less education and income, indicating a consequence of a scenario constituted by a *demos* in the absence of *kratos*.

Offe starts from the same empirical observation (drop in voter turnout under austerity policies) and rescues the political thinking of Schattschneider, a political scientist whose work, still in the mid-twentieth century, pointed out that the less privileged strata no longer participate in the elections less for coercive reasons, but above all because they feel that their voices would not even be heard, regardless of the candidates in which they voted.³⁰ On this basis, Offe notes that the problem of contemporary democracies lies more in the supply of policies and rights in accordance with popular choices (*kratos*) than in the demand carried by means such as elections, protests and public opinion manifestations (*demos*).³¹

With a focus on collective action and the paradoxical accentuation – at least in the Global North – of both protest and political apathy, Donatella Della Porta adjusts the Habermasian theory of crisis to the present reality and realizes that if, at the apex of the Social State, the political conflict would be related to the need for growing legitimacy for bureaucracies that increasingly intervened in society, the problems nowadays unfold from the alienation of the State, which is less capable in the midst of indebtedness, loss of revenue, deregulation of economic activities and privatization.³² In this context, a “crisis of political responsibility” emerges, in which the jurisdictions tend to lose confidence in the States, which would negatively impact democracies.

This decline in democratic regimes as a problem associated with the fiscal inability of indebted states and entangled in practices that erode their tax bases, such as tax

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **The Lure of Technocracy**. Cambridge: Polity Press, 2015, p. 85.

³⁰ OFFE, Claus. Participatory Inequality in the Austerity State: a supply side approach. In: SCHÄFER, Armin & STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the age of austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013.

³¹ Colin Hay notes that the equation of this debate according to the demand and supply categories is valid, but tends to be compressed in narrowly economic terms. See: HAY, Colin. **Why We Hate Politics**. Cambridge: Polity, 2007. Hence the choice in this article for *demos* and *kratos* in the definition rescued by Josiah Ober, “The Original Meaning of Democracy”.

³² DELLA PORTA, Donatella. **Social movements in times of austerity**: bringing capitalism back into protest analysis. Cambridge: Polity press, 2015, p. 110-156.

competition,³³ leading elections to lose their ability to impact governments to become anodyne spectacles,³⁴ is fit for the development of some empirical measurement that estimates it quantitatively.

This is the scope of the Fiscal Democracy Index, whose premise is that democratic regimes “begin to creak and function poorly when previous decisions by dead or retired policymakers effectively curtail today’s and future generations of the power to make their own decisions”.³⁵ The vicious cycle, from a democratic perspective, would lie in a prolonged granting of rights associated with upward spending and tax favors that lead the state to increased indebtedness. The present generations would be reduced to the condition of public debts payers, stripped of the possibility of influencing the direction of governments through their electoral manifestations.

Thought from the perspective of the United States’s public budget law, the index is algebraically intuitive and, according to its formulator, would have the merit of political neutrality, since it would consider both tax benefits (usually adopted by the right) and social rights (usually preferred by the left). Its formula is as follows: $1 - [(compulsory expenditures + interest on public debt) / income]$, multiplied by one hundred, for percentage conversion.³⁶ Revenue decreases and increases in compulsory spending have, as it turns out, the same effect on reducing fiscal democracy as Steuerle conceived.

The previous section substantiated the theoretical premise that political-democratic and legal-constitutional conflicts comprise a necessary fiscal dimension. Thus, the contemporary debate on the crisis of constitutional democracies can be observed from public finances. This option has a triple potential: (i) from the theoretical point of view, it brings together the constitutional and political discussions of the taxation and budget realms, so as to allow an interdisciplinary connection between State, society and economy in social research; (ii) in a methodological dimension, the identification of problems in democratic regimes based on data emanating from public finances gives scientific research an objective view as much as possible, allowing for greater tangibility

³³ OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). **Harmful Tax Competition**: an emerging global issue, 1998, disponível em <<https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>> Acesso em 10/09/2018; GENSCHEL, Philipp; SCHWARZ, Peter. Tax Competition and Fiscal Democracy. In: STREECK, W; SCHÄFER, A. (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity, 2013, p. 59-83; DIETSCH, Peter; RIXEN, Thomas. Tax Competition and Global Background Justice. In: GOODIN, Robert E.; FISHKIN, James S. (Org.). **Political Theory Without Borders**. Sussex: Wiley, 2016, p. 77-106.

³⁴ CROUCH, Collin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity press, 2004.

³⁵ STEURLE, Eugene C. **Dead Men Ruling**: How to Restore Fiscal Freedom and Rescue our Future. New York: The Century Foundation Press, 2014, p. 8.

³⁶ The index formula, in its algebraic expression, does not appear in any Eugene Steuerle publication. Streeck and Mertens present it and report in a statement that they got the information through personal communication with the US economist. See: STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. Public Finance and the Decline of State Capacity in Democratic Capitalism. In: SCHÄFER, Armin & STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the age of austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 26-58.

to diagnoses of the *demos'* weakening power in today's societies, and; (iii) as for the empirical aspect, it is obtained with the abundance, comparability and availability of data on taxes and budgets.³⁷ The work developed by Steuerle regarding the reality of the United States and adapted by Streeck and Mertens³⁸ for Germany apparently contemplates these attributes to bring about a scientific contribution capable of algebraically simplifying and exposing in precise and easy to understand numbers the legal-political moment in which States prove to be materially incapable to operate in accordance with the collective will when it comes to promoting public policies or securing fundamental rights.³⁹

The Fiscal Democracy Index imparts empirical and methodological transparency to the diagnosis of States surrendered to the primacy of "permanent austerity".⁴⁰ Their numbers, in fact, show a reduction in the discretionary margin of governments, with a drop of more than 40 percentage points in Germany and more than 60 in the US between 1970 and 2010.⁴¹

For political science, it is a precise indicator of the democratic decline within the *Kratos*, that is, the ability of collective decisions to be implemented. For constitutional law, it is a tangible and operable framework for informing dogmatic and hermeneutic debates about notions such as "reserve of possible" and "existential minimum." There are, however, limitations and shortcomings in the formulation as outlined below.

4. THE STEUERLE-ROEPER INDEX DIFFICULTIES UNDER A CONSTITUTIONALIST LOOK: ABOUT THE NEXUS BETWEEN CONSTITUTIONAL AND BUDGETARY RIGIDITY

The preceding section presented the Fiscal Democracy Index as a tool capable of methodologically and empirically assisting the theoretical discussion of the problems

³⁷ MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica. The Thunder of History. In: MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica (Org.). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. New York: Cambridge UP, 2009, p. 1-27.

³⁸ STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. Public Finance and the Decline of State Capacity in Democratic Capitalism. In: SCHÄFER, Armin & STREECK, Wolfgang (Org.). *Politics in the age of austerity*. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 26-58.

³⁹ STEUERLE, Eugene. Restoring Fiscal Democracy. *The Milken Institute Review*, 1st Quarter, 2016, p. 26-35. Disponível em: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/80326/2000781-Restoring-Fiscal-Democracy.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

⁴⁰ See: "Changes in the global economy, the sharp slowdown in economic growth, the maturation of governmental commitments, and population ageing all generate considerable fiscal stress. There is little reason to expect these pressures to diminish over the next few decades. If anything, they are likely to intensify." PIERSON, Paul. Coping With Permanent Austerity Welfare State restructuring in Affluent Democracies. In: PIERSON, Paul (Org.). *The New Politics of the Welfare State*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 411.

⁴¹ STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. An Index of Fiscal Democracy, *MPIFG Working Paper*, [s.l.], vol. 10, n. 03, abr. 2010, p. 6-8. Disponível em: <https://www.mpifg.de/pu/workpap/wp10-3.pdf>.

faced by democratic regimes in times of permanent austerity. There is, however, an omission in the index's theoretical assumptions, whose apparent face is a myopia in the theory of fundamental rights. This problem compromises both the heuristic potential and the explanatory capacity of the numbers generated on the basis of the formula proposed by Steuerle, which influences studies in economics, public policy and even critical political science of notable European intellectuals, such as Wolfgang Streeck and Daniel Mertens, or Philip Genschel and Peter Schwarz.⁴²

As we have seen, the numerator of Steuerle's formula comprises indiscriminately government debt and other compulsory expenditure. This equation is anchored in theoretical difficulties that compromise it empirically and methodologically. Suppose, for example, that a central bank insulated from *demos*-franchised accountability decides, less for strictly technical reasons and more for economic and political interests of the financial sector, to increase the interest premium paid for the purchase of government bonds.⁴³ In such a scenario, any reduction in social rights spending to meet the increased cost of debt service would be neutral from the perspective of the Fiscal Democracy Index. Taking the argument to its extreme, it is noted that a country where the entire budget is devoted to compulsory social security spending is as democratic as that which brings all the amounts collected with the payment of interest decided in spaces impervious to participation, representation or influence of the *demos*.

The relationship between numerator and denominator of the index also carries difficulties. Take, for example, a country that significantly reduces taxes on mobile bases and, as a result of the loss of revenue, also compromises social expenditures, keeping the debt servicing amounts constant. The index is not sensitive in relation to these changes in taxation, as long as they are offset by the reduction in mandatory spending. Thus, the vast empirical evidence and historical narratives about the impact of tax increase as an independent variable in democratization processes are disregarded.⁴⁴

The theoretical flaw that produces the distortions identified above rests on the failure to consider, in the elaboration of the index, a common idea of modern constitutionalism, according to which the fundamental rights are precisely what is subtracted from the ordinary democratic contentions.

⁴² STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. An Index of Fiscal Democracy, **MPIFG Working Paper**, [s.l.], vol. 10, n. 03, abr. 2010, p. 6-8. Disponível em: <https://www.mpifg.de/pu/workpap/wp10-3.pdf>; GENSCHEL, Philipp; SCHWARZ, Peter. Tax Competition and Fiscal Democracy. In: STREECK, W; SCHÄFER, A. (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity, 2013, p. 59-83.

⁴³ In Brazil, the political and economic interests, before an anodyne technical logic, influencing the fixing of the basic interest rate was discussed and sufficiently evidenced by Daniel Bin. See: BIN, Daniel. Macroeconomic Policies and Economic Democracy in Neoliberal Brazil. **Economia e Sociedade**, Campinas, vol. 24, n. 33, p. 513-539, 2015.

⁴⁴ BASKARAN, Tushyantan. Taxation and Democratization. **World Development**, v. 56, issue C, p. 287-301, 2014.

The relationship between fundamental rights and democracy informs a relentless debate in the legal and political thinking of modernity. The pre-political nature of the natural property right grounded by Locke lays the foundation for the liberal emphasis on normative arrangements in relation to political processes.⁴⁵ The thesis that the constitutive pact of political power is preceded by rights already present in the state of nature resonates in later times with the idea that constitutional predictions conform to aspects of sociability subtracted from democratic decision-making rites or, at least, subject to stricter procedural requirements for their promulgation or amendment.

Accordingly, in “A Theory of Justice”, John Rawls had established, between topics 36 and 38, the philosophical-legal bases of the liberal-egalitarian conception of constitutionalism.⁴⁶ The theme is taken up by the author in “Political Liberalism”, when discussing the special relevance of fundamental freedoms.⁴⁷ The argument of the Neo-contractualist philosopher, who builds a conception of justice based on the counterfactual notions of original position and veil of ignorance, is that, in favor of priority due to freedom, any restrictions on the right to political participation – for example, by means of greater rigidity in their procedures on fundamental issues – is justifiable. On Hobbesian anthropo-philosophical grounds in this regard, Rawlsian liberalism postulates that a harmonious society must admit that individuals have no confidence in the fulfillment of norms by others, unless a central and legitimate authority is established to coercively ensure them in favor of all. Admittedly, this authority must not rise to the point of becoming tyrannical and suppressing the very freedom that the compliance to rules allows to maintain and prosper. The relationship between the principle of equal political participation and juridical-constitutional constraints reveals itself as a specific variation of this larger theme, concerning the composition between individual free will, responsibility towards oneself and others, distrust and stabilization of relations by legal-coercive means.

Stephen Holmes goes on to note that protector-bound norms such as constitutional rigidity go beyond, securing other freedoms of a non-political or participatory order. In fact, they allow the democratic process itself to be recognized, enhanced and legitimized. An example mobilized by the jurist and politologist in question is limited to freedom of communication and expression, whose social and deontological meaning reverberates over the conditions of political participation and thus enhances democracy itself. Provisions rigidly protected against the will of the volatile majorities can, rather than safeguard, boost democracy, as they give the decision-making process confidence and the conditions for eventual decision-making failures occurring today to be

⁴⁵ LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.

⁴⁶ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press, Harvard University Press 1999, p. 194-213.

⁴⁷ RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

corrected tomorrow. A fallibilist notion of democracy, therefore, preserves the elements (such as rights of opposition and freedom of criticism, in a more obvious example) with which what is decided today may eventually be rectified tomorrow. The effect of this arrangement is greater confidence in democratic processes and thus the strengthening of this political regime.⁴⁸

In other words, Stephen Holmes bases the thesis that the legal stiffening of the democratic process (used by the author around the tension between the passions of citizens and the necessary constraints of the social order) not only harmonizes other freedoms (those that Constant would define as modern ones) with political freedoms, but promotes and strengthens them. The normative rigidity and the issuing of commands that forbid or limit eventual debates in political-representative scope are opportunizing elements, rather than reducers, of democratic regimes.

If constitutionalism and the rigidity of legal norms are already understood as driving forces of democracy within the framework of liberalism, this conception deepens into the Habermasian philosophical body, from which the deliberative normative model of democracy is built upon. Deliberative democracy, at least in its earliest formulations, can be understood as a continuity, within the realm of the law and political philosophy, of the great philosophical project woven by Habermas in his "The Theory of Communicative Action". Here the Frankfurt philosopher sought to compose a Weberian diagnosis of social rationalization under modern conditions with a civilizational orientation towards the Marxian horizon of emancipation as nonreification and an influence of the philosophy of language on the construction of a philosophical anthropology on the basis of which work gives ground to symbol-mediated interactions as a distinctive feature of humanity. The social conflict fitting to late capitalism would lie not between capital and labor, but between a free domain of informal communication and not driven by means, which Habermas engages with a redefined view of the Husserlian concept of lifeworld (*Lebenswelt*) and the field of interactions, codified by the means of power or money, which lies in a redefinition of the Parsonian meaning of system. Despite the potential for interactions between free and equal people in life-world, in conditions of social complexity inherent in modernity, societies need to rely on generalized forms of reduction that ensure material (economy) and social (State) reproduction. The colonization imposed by the logic of the systems on the communicative webs of the life-world compresses, however, the rationality in means-end rational action, trimming that which is human from what defines it, namely the ability to establish communicative practices driven only by the non-coercive force of the best argument, and validated

⁴⁸ HOLMES, Stephen. **Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy** Chicago: Chicago UP, 1995.

according to the demands from the sincerity of the sender, the truth of the statement and the normative adequacy in the bond established with the receiver.⁴⁹

In "Between Facts and Norms," Habermas advances on the above summarized philosophical project and finds in law the attribute of a hinge, a connecting element between system and life-world. In this arrangement, the communicative flows emanating from the former arrive at the logic of the latter, either for the regulation of the economy or the conformation of the bureaucratic activity of the State, by means of law. This is the element that prevents both chaotic communicative overload in the lifeworld and human reification in the strategic rationality of systems.

In the same effort, Habermas, consistent with the pragmatist legacy about his ideas, seeks to find a conception of political-legal subjectivity that seems equidistant between what he understands as a liberal self-contradictory individualism and an ethical overload proper to republican collective subjectivities.⁵⁰

On this philosophical-political ground, the thesis of the equiprimordiality between fundamental rights (which Habermas understands as expressions of private autonomy) and democracy (which the author associates with public autonomy and popular sovereignty) thrives. Oblivious to all naturalistic metaphysics and ethically overburdened notions of general will, Habermas acknowledges that the foundation of the legitimacy of democratic decisions lies in the fact that they are proliferated in a deliberative setting established between free and equal citizens who recognize themselves as such, so that "when citizens occupy the role of co-legislators they are no longer free to choose the medium in which alone they can realize their autonomy. They participate in legislation only as legal subjects."⁵¹ On the other hand, it is postulated, to the detriment of heteronomous determinations, that "the democratic procedure (...) alone provides legitimating force to the law."⁵² The author admits a circularity in the way in which he bases fundamental rights and democracy, but asserts that this is the only non-metaphysical way to legitimately postulate the political and normative ordering of plural and complex societies.⁵³ Rigid fundamental rights, in short, are not restrictive factors, but conditions of possibility for democratic regimes. In conclusion, the leader of deliberative democracy states that "without basic rights that secure the private autonomy

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. vol. 2: Lifeworld and System. Boston: Beacon Press, 1987. HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. vol. 1: Reason and Rationalization of Society. Boston: Beacon Press, 1984.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of The Other: Studies in Political Theory**. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 260.

⁵² HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of The Other: Studies in Political Theory**. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 259.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Concluding comments on empirical approaches to deliberative politics. **Acta Politica**, [s.l.], vol. 40, p. 384-392, 2005.

of citizens there is also no medium for legally institutionalizing the conditions under which these citizens, as citizens of a state, can make use of their public autonomy.”⁵⁴

The Fiscal Democracy Index is short-sighted to the debate above. Now, if all fundamental rights, as justified in the preceding section, are necessarily and by definition projected at the level of public budgets, then the expected rigidity of constitutional norms must also resonate with regard to fiscal hardening, that is, the normative definition, preferably in constitutional matters, of compulsory expenses allocated to the costing of the most prestigious rights by the legal system. Thus, linking spending in fields such as education, health, and welfare — fundamental rights like any other, once the above-discussed Holmes and Sunstein theory has been adopted — are a driving force, rather than a limit to democracy.

To equate expenditures with public debt remuneration with budgetary allocations aimed at funding social, civil or political rights, as if they were all restrictions to democracy, clashes with the vast juridical-philosophical grounding on fundamental rights as conditions for the possibility of democracy, as formulated from the liberalism to deliberative democracy.

Brazilian constitutional law contains, for the purpose of this debate, an emblematic example, as developed in the following section.

5. FISCAL RIGIDITY, DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE CASE OF SOCIAL SECURITY

The debate about the theoretical problems of the Fiscal Democracy Index, resulting from a myopia regarding the understanding of the mutual presupposition between democracy and fundamental rights, is clearer when discussed with reference to positive Brazilian constitutional law.

Unlike the US reality, which is the basis of Steuerle’s elaboration, the constitutionalized budgetary law in Brazil does not take the compulsory expenses away from democratic scrutiny in Parliament or in participatory spaces. It is precisely because fundamental rights and democracy propel each other that the institutional imagination can go beyond the proposal of the suppression of social security rights or the diagnosis of “maturation of the Welfare State”, when it has to do with reconciling compulsory spending with popular sovereignty.⁵⁵

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of The Other: Studies in Political Theory**. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 261.

⁵⁵ STEUERLE, Eugene C. **Dead Men Ruling: How to Restore Fiscal Freedom and Rescue our Future**. New York: The Century Foundation Press, 2014, p. 1-18; Schäfer and Streeck, “Politics in the Age of Austerity”, 1-25.

Take the example of Brazilian social security. On the one hand, there is a finalistic aspect in the commandment of the tax norms referring to the taxes defined in article 195 of the Constitution as directed to the funding of fundamental rights such as health, social security and social assistance.⁵⁶ On the other hand, this tightening of the budget does not preclude, with the assurance of resources without which the elderly, the sick and those who are in conditions of poverty could not even operate in the public sphere in conditions of parity, the establishment of a democratic discussion on expenses associated with the theme. There is, as stated in Article 165, paragraph 5, III of the Constitution, a social security budget, discussed by the Parliament. In fact, once the budget in question is defined by the elected Legislative Houses, their management follows a participatory logic, counting on representatives of workers, employees, retirees and government, organized in councils, as determined by article 194, VII of the Constitution. This Brazilian constitutional arrangement, with all its nuances and complexities, escapes the Steuerle-Roeper index, which, short-sighted on fundamental rights theory, understands that social security rights and interest payments on public debt are equal, under the condition of compulsory spending as limiting factors of democracy.

The bottom line of liberal and deliberative constitutionalism is that in a country where the elderly have no security in their livelihoods, the sick do not know whether they will be able to afford the costs to be treated and the most vulnerable ones live below the minimum material conditions to assure their dignity, the private autonomy of the individuals that make up these groups is undermined to the extent that it makes the constitution of a democratic public space composed of free and equal persons unfeasible. What Brazilian law adds to the debate is the creativity of constitutional engineering that, while maintaining the mandatory nature of some expenses, opens the representative or participatory public scene for them to be allocated and managed democratically. The following considerations compose this example with the theoretical critique of the Steuerle-Roeper Index, in dialogue with a social ontology proper to the “age of austerity”, developed by Streeck.⁵⁷

6. CONCLUSION

Today’s State lives under “permanent austerity.” In a context in which Schumpeter’s *dax* State gives way to the debt State described by Streeck, democratic politics and constitutional arrangements referenced in fundamental rights seem at risk.⁵⁸ The

⁵⁶ SPAGNOL, Werther Botelho. **As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁵⁷ SCHÄFFER, Armin; STREECK, Wolfgang. Introduction: Politics in the Age of Austerity. In SCHÄFFER, Armin; STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 1-25; STREECK, Wolfgang. **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. London: Verso, 2014, p. 46-96.

⁵⁸ STREECK, Wolfgang Streeck, **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. London: Verso, 2014, p. 46-96.

idea of measuring the atrophy of democracies by quantifying the unavailability of fiscal resources for the implementation of decisions preferred by citizens / voters seems methodologically blissful in this context. The theoretical concept of fiscal democracy and its operationalization in an index that gives it empirical maneuverability offer, indeed, important tools for contemporary legal and social research. By not paying attention to the equiprimordiality between democracy and fundamental rights, however, the proposal becomes unsuccessful and falls into a blind spot that prevents it from dealing with arrangements such as the Brazilian social security, by equalizing all sorts of mandatory expenditure under the sign of the threat to democracy.

Before concluding, it turns out that there is a deeper theoretical explanation why fundamental rights and debt spending cannot be exchanged. Paradoxically, it is W. Streeck, a thinker who has adapted the Fiscal Democracy Index to the German reality, who provides the elements to explain this point. As seen in the previous section, in the work of Habermas there is no need to talk about democracy but in a society in which people are constituted as subjects of rights. Streeck, in his studies of the age of austerity, understands that the relationship established between state and creditors is ontologically distinct, since they do not engage in a democratic game. The subjects of law would integrate a social base defined by the author as “people’s constituency” or “Staatsvolk”. Creditors, on the other hand, would make up the “market constituency” or “Marktvolk”.⁵⁹ The differences between these social bases are set out below.

Markets operate internationally and peoples are limited to borders. Markets have investors as their analytical unit who act as creditors, while peoples rely on citizens, who act mainly as voters. Markets claim credit prerogatives over public debt securities and peoples crave citizenship rights. Markets are continually heard in audiences and people are mainly listened to through elections. Markets influence political decisions by fluctuating interest rates, while people do so by public opinion. Markets evaluate the state based on its ability to honor debt service, before guaranteeing rights such as health, education, transportation and housing.⁶⁰

The theoretical track that leads from Holmes’s constitutional and legal philosophy and follows through Habermas, addressed in the fourth section, to arrive at Streeck’s social ontology, mentioned above, indicates that relations between subjects of law and State can be democratized and harmonized, with measures of constitutional rigidity aimed at guaranteeing fundamental rights. The Brazilian legal system attests to this possibility, as seen in the social security regime.

⁵⁹ STREECK, Wolfgang Streeck, **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. London: Verso, 2014, p. 81.

⁶⁰ STREECK, Wolfgang Streeck, **Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism**. London: Verso, 2014, p. 79-90.

The bond between State and creditors, on the other hand, is ontologically distinct and cannot be democratized or associated with the preservation of fundamental rights. Debt service and the costing of rights through fiscal hardening are not, therefore, equal obstacles to democracy, as Steuerle suggests with the Fiscal Democracy Index.⁶¹

Finally, the idea of composing an index that indicates the atrophy of sovereign powers in contexts of fiscal crisis, to the detriment of democracy, is salutary. This endeavor, however, must take into account the relationship of mutual determination between public and private autonomy, so as not to reduce the theoretical status of expenditures and fundamental rights to the same level as the payment of interest on public debt decided in insulated and hermetically separated agencies from instruments of vertical or social accountability. An interdisciplinary challenge to the sciences of economics, law and politics may, in fact, lie in constructing an index that circumvents the theoretical limits pointed out here in the Steuerle-Roeper Index.

7. REFERENCES

BACKHAUS, Jürgen G. Fiscal Sociology: What for? In: BACKHAUS, Jürgen G.; WAGNER, Richard E (Org.). **Handbook of Public Finance**. London: Springer, 2002.

BASKARAN, Tushyant. Taxation and Democratization. **World Development**, [s.l.], vol. 56, issue C, p. 287-301, 2014.

BIN, Daniel. Macroeconomic Policies and Economic Democracy in Neoliberal Brazil. **Economia e Sociedade**, Campinas, vol. 24, n. 33, p. 513-539, 2015.

CROUCH, Collin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity press, 2004.

DELLA PORTA, Donatella. **Social movements in times of austerity**: bringing capitalism back into protest analysis. Cambridge: Polity press, 2015.

DIETSCH, Peter; RIXEN, Thomas. Tax Competition and Global Background Justice. In: GOODIN, Robert E.; FISHKIN, James S. (Org.). **Political Theory Without Borders**. Sussex: Willey, 2016.

DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Democracy**. New York: Harper & Row, 1957.

DOWNS, Anthony. Why the Government Budget is too Small in a Democracy. **World Politics**, [s.l.], vol. 12, n. 4, p. 541-563, 1960.

ELIAS, Norbert. **The Civilizing Process**: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations. Malden: Blackwell Publishing, 2000.

⁶¹ STEUERLE, Eugene. Restoring Fiscal Democracy. **The Milken Institute Review**, 1st Quarter, 2016, p. 26-35. Disponível em: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/80326/2000781-Restoring-Fiscal-Democracy.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

GENSCHEL, Philipp; SCHWARZ, Peter. Tax Competition and Fiscal Democracy. In: STREECK, W; SCHÄFER, A. (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity, 2013, p. 59-83.

GOLDSCHIED, Rudolf. A Sociological Approach to Problems of Public Finance. In: MUSGRAVE, Richard; PEACOCK, Alan T (Org.). **Classics in the Theory of Public Finance**. London: MacMillan, 1958.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Concluding comments on empirical approaches to deliberative politics. **Acta Politica**, [s.l.], vol. 40, p. 384-392, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimation Crisis**. Cambridge: Polity Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of The Other**: Studies in Political Theory. Cambridge: The MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **The Lure of Technocracy**. Cambridge: Polity Press, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. vol. 1: Reason and Rationalization of Society. Boston: Beacon Press, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. vol. 2: Lifeworld and System. Boston: Beacon Press, 1987.

HAY, Colin. **Why We Hate Politics**. Cambridge: Polity, 2007.

HIRSCHL, Ran. "Negative" Rights vs. "Positive" Entitlements: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order. **Human Rights Quarterly**, [s.l.], vol. 22, n. 4, p. 1060-1098, 2000.

HOFFMAN, Phillip T; NORBERG, Kathryn Norberg. **Fiscal Crises, Liberty and Representative Government: 1450-1789**. Stanford: Stanford UP, 1994.

HOLMES, Stephen. **Passions and Constraints**: On the Theory of Liberal Democracy Chicago: Chicago UP, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Company, 1999.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.

MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica. The Thunder of History. In: MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica (Org.). **The New Fiscal Sociology**: Taxation in Comparative and Historical Perspective. New York: Cambridge UP, 2009.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas Nagel. **The Myth of Ownership**: taxes and justice, Oxford: Oxford University Press, 2005.

OBER, Josiah. The Original Meaning of "Democracy: Capacity to Do Things, not Majority Rule". **Constellations**, [s.l.], vol. 15, n. 1, p. 3-9, 2008.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). **Harmful Tax Competition**: an emerging global issue, 1998, disponível em <<https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>> Acesso em 10/09/2018.

OFFE, Claus. Participatory Inequality in the Austerity State: a supply side approach. In: SCHÄFFER, Armin & STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the age of austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013.

OFFE, Claus. Theses on the Theory of the State. In: KEANE, John (Org.). **Contradictions of the Welfare State**. London: Hutchinson, 1984.

PIERSON, Paul. Coping With Permanent Austerity Welfare State restructuring in Affluent Democracies. In: PIERSON, Paul (Org.). **The New Politics of the Welfare State**. New York: Oxford University Press, 2001.

PISTOR, Katharina. **The Code of Capital**: how the law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press, 2019.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press, Harvard University Press 1999.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SCHÄFFER, Armin; STREECK, Wolfgang. Introduction: Politics in the Age of Austerity. In SCHÄFFER, Armin; STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the Age of Austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013.

SCHUMPETER, J. The Crisis of the Tax State. In: SWEDEBERG, Richard (Org.). **Joseph A. Schumpeter**: The Economics and Sociology of Capitalism. Princeton: Princeton UP, 1991.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper Perennial, 2008.

SHAPIRO, Ian. The State of Democratic Theory. In: KATZNELSON, Ira; MLNER, Helen V. (Org.). **Political Science**: State of the Discipline. New York: Norton, 2002.

SPAGNOL, Werther Botelho. **As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STEUERLE, Eugene C. **Dead Men Ruling**: How to Restore Fiscal Freedom and Rescue our Future. New York: The Century Foundation Press, 2014.

STEUERLE, Eugene. Restoring Fiscal Democracy. **The Milken Institute Review**, 1st Quarter, 2016, p. 26-35. Disponível em: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/80326/2000781-Restoring-Fiscal-Democracy.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

STREECK, Wolfgang Streeck. **Buying Time**: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism. London: Verso, 2014.

STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. An Index of Fiscal Democracy, **MPIFG Working Paper**, [s.l.], vol. 10, n. 03, abr. 2010.

STREECK, Wolfgang; MERTENS, Daniel. Public Finance and the Decline of State Capacity in Democratic Capitalism. In: SCHÄFER, Armin & STREECK, Wolfgang (Org.). **Politics in the age of austerity**. Cambridge: Polity Press, 2013.

TILLY, Charles Tilly. Extraction and Democracy. In: MARTIN, Isaac Willian; MHEROTRA. Ajay K; PRASAD; Monica (Org.). **The New Fiscal Sociology**: Taxation in Comparative and Historical Perspective. New York: Cambridge UP, 2009.

TILLY, Charles. **Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

TILLY, Charles. State, Taxes and Proletarians, **CRSO Working Papers**, [s.l.], vol. 213, 1980.

WALDRON, Jeremy. **Liberal Rights**: Collected Papers 1981-1999. Cambridge: Cambridge UP, 1993.



Direitos humanos, constitucionalismo transnacional e redução das desigualdades raciais: desafios pós-pandemia de Covid-19

Human rights, transnational constitutionalism and racial inequality: post-Covid-19 pandemic challenges

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA ^{1,*}

¹ Universidade do Vale do Rio Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)
andersonvteixeira@hotmail.com
<http://orcid.org/0000-0001-7085-0375>

FERNANDA FRIZZO BRAGATO ^{1,**}

¹ Universidade do Vale do Rio Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)
fbragato@unisinos.br
<http://orcid.org/0000-0002-5398-4643>

Recebido/Received: 03.06.2020 / June 3rd, 2020

Aprovado/Approved: 25.01.2020 / January 25th, 2020

Resumo

Este artigo parte do pressuposto de que o impacto desproporcional da COVID-19 sobre a população negra no Brasil é um problema de racismo estrutural. Por outro lado, assume que o constitucionalismo transnacional surge como alternativa possível para a prevenção de crises globais, como é caso desta pandemia. Nesse sentido, o racismo estrutural, que ressalta o impacto da crise

Abstract

This article assumes that the disproportionate impact of COVID-19 on the black population in Brazil is a problem of structural racism. On the other hand, it assumes that transnational constitutionalism arises as a possible alternative for the prevention of global crises, such as this pandemic. In this sense, structural racism, which highlights the impact of the global COVID-19 crisis on black people in Brazil, is a

Como citar esse artigo/How to cite this article: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski ; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos, constitucionalismo transnacional e redução das desigualdades raciais: desafios pós-pandemia de Covid-19. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 185-207, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.74326.

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil). Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Estágio pós-doutoral junto à Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Advogado e consultor jurídico. E-mail : andersonvteixeira@hotmail.com.

** Professora de Direitos Humanos na Graduação e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil). Pesquisadora Produtividade em Pesquisa CNPq. Graduada em Direito (UFRGS). Mestrado e Doutorado em Direito (UNISINOS). Estágio de pesquisa doutoral no Birkbeck College da Universidade de Londres. Pós-doutorado no Birkbeck College da Universidade de Londres. E-mail : fbragato@unisinos.br.

global de COVID-19 sobre os negros no Brasil, é um desafio que o constitucionalismo global terá que enfrentar a fim de não reproduzir estruturas implícita ou explicitamente marcadas pelo racismo. Na primeira parte, o artigo recolhe dados preliminares acerca dos impactos da pandemia de COVID-19 no Brasil, sobretudo nos negros. Após, discute estudos atinentes aos temas racismo, poder e discurso. Na terceira parte, reconstrói brevemente conceitos centrais do constitucionalismo transnacional a partir de sua evolução no Ocidente. Por fim, reflete sobre os três possíveis desafios ao constitucionalismo transnacional no combate às desigualdades raciais em cenários pós-pandemia: desafio teórico-normativo, desafio estrutural-funcional e desafio político-pragmático.

Palavras-chave: Direito humanos, constitucionalismo transnacional, racismo, COVID-19.

challenge that global constitutionalism will have to face in order to avoid reproducing implicit or explicit structures of racism. In the first part, the article collects preliminary data about the impacts of the COVID-19 pandemic in Brazil, especially among black people. Afterwards, it discusses studies related to the issues of racism, power and discourse. In the third part, it briefly reconstructs central concepts of transnational constitutionalism from its evolution in the West. Finally, it reflects on the three possible challenges to transnational constitutionalism in combating racial inequalities in post-pandemic settings: theoretical-normative challenge, structural-functional challenge and political-pragmatic challenge.

Keywords: human rights; transnational constitutionalism; racism; COVID-19.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Acesso desigual à saúde e impactos da pandemia sobre os negros no Brasil; **3.** Racismo institucional, poder e discurso; **4.** Constitucionalismo transnacional, governança global e a emergência de novas crises; **5.** Três desafios ao constitucionalismo transnacional no combate às desigualdades raciais; **6.** Conclusões; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito mais do que um problema sanitário, a pandemia de COVID-19 apresenta uma série de dificuldades aos mais diferentes campos do saber. No âmbito jurídico os questionamentos sobre como enfrentar os efeitos durante a pandemia e sobre como projetar as consequências do pós-pandemia, encontram-se no centro das atenções dos juristas de praticamente todas as áreas. No presente artigo, embora os dados quantitativos ainda estejam sendo produzidos, pois esta pesquisa baseia-se em resultados parciais de um fenômeno em curso, o tema central concentra-se na desigualdade racial no Brasil e nos efeitos da pandemia de COVID-19.

Como problema teórico de fundo, pretende-se analisar em que medida os impactos da pandemia podem produzir efeitos de aprofundamento do racismo estrutural característico do Brasil. Se, por um lado, a emergência de uma governança global sanitária e o fortalecimento das estruturas normativas e institucionais do nascente constitucionalismo transnacional surgem como alternativas possíveis para a prevenção de crises globais como a em curso no ano de 2020, verifica-se que, por outro lado, caso não parta de pressupostos teórico-normativos e filosófico-jurídicos que considerem os perigos de uma reprodução funcional de estruturas implícita ou explicitamente marcadas pelo racismo, tais estruturas constitucionais transnacionais e a própria governança global estarão acometidas pela omissão em face de políticas públicas nacionais omissas

no tratamento das desigualdades raciais, ou até mesmo, acometidas pela consequente assimilação interna de práticas racistas.

Para limitar o alcance do presente estudo, a hipótese que será desenvolvida é no sentido de que, especificamente para o caso do Brasil, a ausência de um constitucionalismo transnacional definidor de noções substanciais antirracistas e de diretrizes de governança global que objetivamente tratem da crise social também levando em consideração o problema do racismo, poderá produzir efeitos de agravamento do racismo estrutural, tendo em vista as perspectivas de uma inédita e longa crise para a economia brasileira nos próximos anos. As matrizes teóricas que fundamentarão essa hipótese são uma combinação entre a perspectiva pós-estruturalista que baseia a noção de racismo estrutural e os estudos pós-coloniais.

Metodologicamente, a pesquisa foi dividida com uma primeira parte meramente analítico-descritiva para, em um recorte temporal que cobre até 31 de maio de 2020, recolher dados preliminares acerca dos impactos da pandemia de COVID-19 no Brasil, sobretudo nos negros. Em um segundo momento, ainda com o mesmo método, estudos atinentes aos temas racismo, poder e discurso serão desenvolvidos para satisfazer o objetivo específico de definir conceitualmente os elementos que serão centrais no restante da pesquisa. Já a terceira parte envolve uma muito breve reconstrução crítico-analítica do constitucionalismo transnacional a partir de sua evolução no Ocidente. Por fim, a parte final da pesquisa suscitará, a partir do método crítico-propositivo que reflexiona a hipótese acima exposta, três possíveis desafios ao constitucionalismo transnacional no combate às desigualdades raciais em cenários pós-pandemia: desafio teórico-normativo, desafio estrutural-funcional e desafio político-pragmático.

2. ACESSO DESIGUAL À SAÚDE E IMPACTOS DA PANDEMIA SOBRE OS NEGROS NO BRASIL

Chamada de COVID-19, doença provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), embora tenha tido seu início na cidade chinesa de Wuhan¹, rapidamente alcançou todos os continentes do globo terrestre, chegando ao ponto de, em 11 de março de 2020, ser decretada a sua pandemia por parte da Organização Mundial da Saúde (OMS).² De acordo com a OMS, até 31 de maio haviam sido reportados à organização 6.057.853 casos de COVID-19 confirmados, incluindo 371.166 mortes.³

¹ WHO. **Novel Coronavirus (2019-nCoV). SITUATION REPORT 1**. 21 January 2020. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em 18 abr. 2020.

² WHO. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. 11 March 2020. Disponível em <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 18 abr. 2020.

³ WHO. **Coronavirus Disease Dashboard**. Disponível em <https://covid19.who.int>. Acesso em 21Abr2020.

Tratando-se de um vírus altamente transmissível, cujo contágio ocorre principalmente por meio de gotículas que saem de nariz e boca para se dispersarem por até 2 metros, muito rapidamente a COVID-19 tornou-se um grave problema de saúde pública para os países atingidos pelo vírus. Além da alta transmissibilidade, a taxa de mortalidade da doença não obedece a um padrão que ainda tenha sido detectado pelos cientistas e possui, como um dos poucos fatores já claramente detectados, maior letalidade para idosos e pessoas com comorbidades precedentes.⁴ Um terceiro complicador é o fato de não existir, ainda, remédio eficaz para o tratamento da doença ou vacina para sua prevenção. Como consequência dessa combinação de fatores, a OMS estima que cerca de 40% das pessoas apresentarão sintomas semelhantes a de uma gripe leve e 40% dos casos sofrerão sintomas moderados e sem necessidade de internação, embora se inclua nesse percentual os casos de pneumonia em estágio inicial, mas os percentuais restantes é que são o desestabilizador para a médicos, cientistas e sistemas de saúde: 15% das pessoas desenvolveram sintomas graves, dos quais nem todos ainda previsíveis, e 5% dos casos serão críticos e com altíssimo potencial de mortalidade.⁵

Com a decretação da pandemia por parte da OMS e com os noticiários internacionais incessantemente cobrindo a rápida difusão de uma doença que pode levar ao colapso dos sistemas de saúde, o Ministério da Saúde brasileiro declarou, em 03 de fevereiro de 2020, a situação de “Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”⁶ Logo três dias depois a Lei nº 13.979 foi promulgada para dispor sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”⁷ Todavia, o momento mais importante do ponto de vista jurídico-normativo, mas não menos importante também do ponto de vista simbólico, tendo em vista que contou com a assinatura até mesmo do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli, ocorreu em 20 de março de 2020 com a decretação do “estado de transmissão comunitária do coronavírus em todo território nacional”⁸ Ainda que se trate de uma lei com fins fiscais no sentido de otimizar a gestão de recursos para o combate à pandemia, a referida data é importante

⁴ Ver: WAYNE, C. K.; WILLIAMS, Michelle. Covid-19 and Immunity in Aging Populations — A New Research Agenda. *The New England Journal of Medicine*, [s.l.], vol. 383, n. 9, p. 804-805, abr. 2020. Ver também: WHO. **COVID-19 STRATEGY UPDATE**. 14 April 2020. Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/strategies-plans-and-operations>. Acesso em 18 de abril de 2020.

⁵ WHO. **COVID-19 STRATEGY UPDATE**. 14 April 2020. Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/strategies-plans-and-operations>. Acesso em 18 de abril de 2020.

⁶ BRASIL. **PORTARIA N. 188**, de 03/02/2020. Disponível <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 18 abr. 2020.

⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 18 abr. 2020.

⁸ BRASIL. **PORTARIA N. 454**, de 20/03/2020. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em 18 abr. 2020.

porque a partir dela Estados e Municípios iniciaram medidas restritivas e de quarentena para controle da pandemia.

Diante da inexistência de vacina para a prevenção ou de medicamento comprovadamente eficaz, a OMS preconiza uma série de medidas para a contenção da pandemia, ressaltando que todas dependem do contexto de cada país e de suas capacidades de envolver em processos colaborativos indivíduos, comunidades, governos locais e empresas privadas. Destaca que “a resposta global mais importante ao COVID-19 até o momento talvez tenha sido diagnosticar com precisão, isolar e cuidar com eficácia de todos os casos da doença, incluindo os leves ou moderados, com o objetivo de reduzir a velocidade da transmissão e proteger os sistemas de saúde com sucesso.”⁹

No entanto, não sendo possível o diagnóstico e prevenção por meio de testagem das populações, a OMS reconhece que “medidas de distanciamento físico e restrições de movimento, geralmente chamadas de *shut downs* e *lock downs*, podem retardar a transmissão do COVID-19, limitando o contato entre as pessoas”. A própria OMS adverte que “essas medidas podem ter um impacto negativo profundo”, e que “afetam desproporcionalmente grupos desfavorecidos, incluindo pessoas em situação de pobreza, migrantes, deslocados internos e refugiados, que costumam viver em locais superlotados e com poucos recursos, e dependem do trabalho diário para subsistência.” Mesmo assim, “o levantamento prematuro das medidas de distanciamento físico provavelmente levará a um ressurgimento descontrolado da transmissão do COVID-19 e a uma segunda onda ampliada de casos”, caso os Estados não adotem “um planejamento cuidadoso e na ausência de capacidades ampliadas de saúde pública e de atendimento clínico”.¹⁰

Por consequência, é facilmente verificável que enfrentamento da COVID-19 e a contenção da disseminação do vírus depende de ações coordenadas, bem planejadas e abrangentes dos governos em seus mais diferentes níveis. Assim, as populações dos Estados com insuficiente governança e acometidas por débeis estruturas de efetivação de políticas públicas serão as mais afetadas. No Brasil, os primeiros dados mostram, como veremos a seguir, que as iniquidades já existentes no acesso ao sistema de saúde por parte de pessoas negras só se aprofundaram durante a pandemia em curso. De um modo geral, as condições preexistentes de desigualdade no acesso a direitos, especialmente por meio de políticas públicas, mostram-se como fatores de agravamento da vulnerabilidade da população negra frente à pandemia.

⁹ WHO. **COVID-19 STRATEGY UPDATE**. 14 April 2020. Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/strategies-plans-and-operations>. Acesso em 18 abr.2020.

¹⁰ “Therefore, as we have always said, lock-downs in their own right are not a solution but those population-wide physical distancing measures have proved quite effective in countries where there’s been a rapid escalation of cases, sometimes as a result of not being successful in containing the disease in the first place. Those measures have served to suppress some of the transmission.” WHO. **COVID-19 virtual press conference**. 15 April 2020. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-15apr2020.pdf?sfvrsn=1b9ed28d_2 Acesso em 18 abr. 2020.

Partindo dos dados oficiais do Ministério da Saúde, do Boletim Epidemiológico Especial relativo à semana de 17 a 23 de maio, ao observar as hospitalizações por Síndrome Respiratória Aguda (SRAG) decorrentes de coronavírus, verifica-se que: 49,0% das hospitalizações eram de pessoas de raça/cor branca, 42% parda, 7,1% preta. De um total de 168.676, foram excluídas da análise 19.266 internações que não tiveram identificação neste critério. Quando se observa os números de óbitos, o percentual de brancos cai para 41%, o de pardos sobe para 49,6% e o de pretos para 7,4. O Boletim tomado aqui é o número 17, mas ele apenas demonstra a mesma tendência de menor número de óbitos entre brancos na proporção com hospitalizados do que em relação os demais grupos catalogados.¹¹

Acrescente-se ainda o fato notório e amplamente divulgado na imprensa de que o Ministério da Saúde só começou a incluir o critério “raça/cor” no Boletim Epidemiológico em 10 de abril, a partir de pedido feito por parte da Sociedade Brasileira de Medicina da Família e Comunidade (SBMFC). Já em 05 de maio a Justiça Federal do Rio de Janeiro determinou a inclusão de dados sobre a etnorraça a partir de ação judicial impetrada pela Defensoria Pública da União e pelo Instituto Luiz Gama.¹²

Importante ressaltar que a subnotificação compromete muito a factibilidade dos dados acima trazidos, pois o próprio Ministério da Saúde informa que, para cada um milhão de habitantes, são realizados 4.378 testes, o que representa um total de 930.013 testes realizados até 31 de maio de 2020.¹³ Na comparação com os países com maior número de infectados, considerando os dados desta mesma data, torna-se flagrante a baixíssima testagem ocorrida no Brasil até então:

País	Total de casos	Total de óbitos	Total de testes realizados
EUA	1.873.170	106.195	17.672.567
Brasil	514.992	29.341	930.013
Rússia	405.843	4.693	10.643.124
Espanha	286.509	27.127	4.063.843
Reino Unido	274.762	38.489	4.285.738

Fonte: Worldometer Coronavirus – www.worldometers.info/coronavirus

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Especial**, número 17. SE 21, 23 de maio de 2020.

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**, 31 de maio de 2020. <https://covid.saude.gov.br>

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Especial**, número 15. SE 19, 08 de maio de 2020.

Se somente esses dados estatísticos já seriam preocupantes, há ainda alguns fatores que podem levar a um quadro de maior vulnerabilidade da população negra brasileira em face da pandemia de COVID-19. Pesquisa recentemente publicada pelo Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, intitulada “Covid-19 e desigualdade no Brasil” leva em consideração a questão econômica, isto é, a renda, para tratar do tema em questão.¹⁴ Todavia, deve-se partir do pressuposto de que os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) relativos ao ano de 2018, indicam que, mesmo constituindo 55,8% da população brasileira, o total de pretos ou pardos que estão vivendo em extrema pobreza chega a 75% dos indivíduos. Segundo o estudo acima referido, o maior percentual de negros nas faixas economicamente mais frágeis concentra uma série de fatores que são altamente favoráveis à propagação do vírus: maior necessidade de uso de transporte público, maior exposição à informalidade no mercado de trabalho – logo, menor probabilidade de conseguir trabalhar remotamente –, maior concentração de pessoas vivendo em um mesmo domicílio, precariedade no acesso a serviços essenciais, como saneamento básico e, por fim, uma grande dependência do Sistema Único de Saúde. Especificamente em relação a negros, quase 80% dos que dependem do SUS são autodeclarados negros.¹⁵ A conclusão das três autoras do citado estudo foi no sentido do defendido pela Organização Mundial da Saúde e por diversas entidades de classe na área da saúde: necessidade de ampliação do número de leitos disponíveis no SUS e a combinação de isolamento social com políticas de preservação da renda.

No que concerne ao SUS, há um elemento importante a considerar para fins de transição ao item seguinte da presente pesquisa: o racismo institucional. Diversos estudos nas mais variadas áreas analisam as dificuldades de negros no acesso à saúde pública no Brasil. Kalckmann, Santos, Batista e Cruz realizaram uma pesquisa que contou com questionário autoaplicável sobre a percepção do entrevistado acerca do racismo e relato de experiências vivenciadas. Dos 240 questionários respondidos por lideranças do movimento negro, gestores e profissionais da saúde que atuam no SUS, 43,3% disseram já ter percebido algum tipo de discriminação racial nos serviços de saúde pública. O percentual na amostra em tela é reconhecido como alto pelos próprios autores da pesquisa, quando em comparação com outros estudos.¹⁶ No entanto, o dado já se mostra suficiente para refletir uma percepção presente no senso comum e na própria

¹⁴ PIRES, Luiza Nassif; XAVIER, Laura de Lima; CARVALHO, Laura. Coronavírus e desigualdade no Brasil. **CEBES**, 06 de abril de 2020. <http://cebes.org.br/2020/04/covid-19-e-desigualdade-no-brasil/>

¹⁵ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Quase 80% da população brasileira que se autodeclara negra depende do SUS**. 05 de dezembro de 2017. <https://nacoesunidas.org/quase-80-da-populacao-brasileira-que-depender-do-sus-se-autodeclara-negra/>

¹⁶ KALCKMANN, Suzana; SANTOS, Claudete Gomes dos; BATISTA, Luís Eduardo; CRUZ, Vanessa Martins da. Racismo institucional: desafio para a equidade no SUS? **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 146-155, 2007, p. 151.

linguagem popular do brasileiro: pessoas negras são “mais fortes e resistentes à dor.” Alguns dos relatos indicaram não ser raro ouvir que: “‘Negro não adoece’ (51 anos, auxiliar de enfermagem, preta); (...) ‘Eu estava com muita dor e a médica falava: que é isso? Não dói tanto’ (23 anos, professora, parda); ‘Rapaz! Um negão desse tamanho sentindo dor?’ (55 anos, agente comunitário de saúde, cor preta).¹⁷

A mesma pesquisa indicou ainda que pretos e pardos tendem a ter uma pior assistência ao parto e um pré-natal muito mais limitado em termos de acompanhamentos, o que gera dúvidas, por exemplo, quanto à relação possível entre a predominância de anemia falciforme (doença hereditária mais comum no Brasil) e precário acesso à saúde.¹⁸ Já o estudo de Jurema Werneck indica que os dados epidemiológicos existentes são suficientes para demonstrar como o critério raça/cor, independentemente de sua composição com outros critérios, é ilustrativo do profundo impacto que o racismo produz nas condições de saúde, na carga de doenças e, por fim, nas taxas de mortalidades da população negra.¹⁹

3. RACISMO INSTITUCIONAL, PODER E DISCURSO

O acesso desigual ao sistema de saúde e o atual impacto adverso da pandemia de COVID-19 sobre os negros convergem em muitos aspectos com aquilo que muitos autores vêm chamando de racismo institucional e cuja ocorrência no país tem sido reconhecida por organismos internacionais.

Ao julgar o caso *Simone André Diniz contra o Brasil*, em 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconheceu a existência de racismo institucional no sistema de justiça brasileiro. O órgão internacional asseverou ter “conhecimento que o racismo institucional é um obstáculo à aplicabilidade da lei antiracismo no Brasil”. Reconheceu que esta “prática tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação.” Por fim, pontuou a diferença existente entre o racismo consciente e explícito do racismo institucional. O primeiro se manifestaria na forma de insultos raciais, que, mesmo sendo repreensíveis, são menos importantes para a manutenção

¹⁷ KALCKMANN, Suzana; SANTOS, Claudete Gomes dos; BATISTA, Luís Eduardo; CRUZ, Vanessa Martins da. Racismo institucional: desafio para a equidade no SUS? **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 146-155, 2007, p. 151.

¹⁸ KALCKMANN, Suzana; SANTOS, Claudete Gomes dos; BATISTA, Luís Eduardo; CRUZ, Vanessa Martins da. Racismo institucional: desafio para a equidade no SUS? **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 146-155, 2007, p. 152.

¹⁹ WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 25, n. 3, p. 535-549, 2016, p. 541.

da desigualdade racial do que as sutis práticas individuais e institucionais derivadas de uma forma de pensar que naturaliza a hierarquia racial, estas sim, de natureza “institucional”.²⁰

Posteriormente, foi a vez de um organismo da Organização das Nações Unidas chegar a conclusão semelhante. Em sua visita ao Brasil, em 2013, o Grupo de Trabalho sobre pessoas afrodescendentes concluiu, em seu relatório final, que, embora exista um elevado percentual de afro-brasileiros na população e sejam claros os esforços e avanços no combate à discriminação, existe um racismo institucional e estrutural que não poderá ser enfrentado somente com os mecanismos jurídicos e legislações existentes.²¹

No entanto, a cunhagem do termo racismo institucional é atribuído a Stokely Carmichael e Charles Hamilton, ativistas da década de 1960, que definiram o fenômeno a partir da implementação de decisões e políticas baseadas no critério raça para fins de subordinar um grupo racial e manter o controle sobre esse grupo.²² Seria uma transição de processos subjetivos, meramente individuais, para processos coletivos e com sua afirmação por meio das instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Camara P. Jones (2002) entende o racismo como um sistema composto por três dimensões: racismo pessoal-mediado (*personally-mediated*), racismo internalizado (*internalized*) e racismo institucional (*institutionalized*). A autora define o primeiro como uma forma de racismo ainda essencialmente pessoal, baseado na discriminação intencional ou involuntária. Já o internalizado se manifestaria por meio da aceitação por parte dos membros estigmatizados em relação às mensagens negativas sobre suas habilidades e valor intrínseco. Diferentemente, o racismo institucional é definido por meio de estruturas, políticas, práticas e normas que resultam em acessos desiguais a bens, serviços e oportunidades na sociedade tão somente com base no critério “raça”.²³ Em sua dimensão institucional o caráter sistêmico do racismo torna irrelevante a discussão sobre intencionalidade, pois a estrutura institucional assegura a exclusão seletiva dos grupos racialmente subordinados.

Uma outra perspectiva conceitual possível é a de Silvio Almeida, que distingue o racismo em três concepções: individualista, institucional e estrutural. Ressaltando que os dois últimos não são sinônimos, inicia pela concepção individualista, pois o racismo

²⁰ CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n. 66/06**. Caso 12.001 MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ BRASIL, 21 de outubro de 2006.

²¹ “Despite the high percentage of Afro-Brazilians in the population and the serious efforts and advances that have been made in combating direct discrimination against people of African descent, the Working Group is concerned by the ongoing structural and institutional racial discrimination and xenophobia that cannot be effectively addressed with the existing legal mechanisms and legislation.” UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Working Group of Experts on People of African Descent on its fourteenth session**. Mission to Brazil. A/HRC/27/68/Add.1. 4 September 2014.

²² ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 21.

²³ JONES, Camara P. Confronting Institutionalized Racism. **Phylon**, [s.l.], vol. 50, n. 1/2, p. 7-22, 2002, p. 10-11.

iniciaria, antes de tudo, como uma espécie de patologia social que acomete o indivíduo por se tratar de um “fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; ou, ainda, a uma ‘irracionalidade’ a ser combatida no campo jurídico por meio de aplicação de sanções civis – indenizações, por exemplo – ou penais”.²⁴ Por consequência, quando não externada de modo direto a alguém, tal forma de racismo não passaria de mero preconceito.

O racismo institucional seria o resultado de uma dinâmica de funcionamento das instituições que passam a conferir, direta ou indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça. Assim, o grupo dominante depende da sua capacidade de institucionalizar seus interesses e impor suas regras e padrões de condutas como algo normal ao sistema. Tais regras e padrões comportamentais dificultariam a ascensão de negros e mulheres aos principais postos de liderança, tornando o estereótipo do homem branco o padrão dominante institucional.²⁵

O mesmo Almeida explica que, por outro lado, o racismo estrutural envolve o tecido social de modo mais abrangente. Se há um racismo institucional mediante a imposição de regras e padrões racistas por parte das instituições tomadas individualmente, significa falar que há também um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. O fato de estar presente no cotidiano, de modo naturalizado, demonstraria que as instituições só são racistas porque a sociedade é estruturalmente racista na formação de suas relações sociais, econômicas e políticas. Segundo o mesmo autor, é o que geralmente “acontece nos governos, empresas e escolas em que não há espaços ou mecanismos institucionais para tratar de conflitos raciais e sexuais”.²⁶

No que tange ao vínculo conceitual do racismo com a teoria da raça, Francisco Bethencourt propõe superar a ideia de que “a teoria das raças antecede o racismo”, pois esta seria uma visão que colocaria tal teoria na condição de instrumento justificador da discriminação e da segregação; ele destaca inclusive que a responsabilidade por conflitos étnicos anteriores é própria dos “antagonismos religiosos”.²⁷ No mesmo sentido, Tzvetan Todorov salienta que racismo e racialismo são fenômenos distintos. Racismo, em sua acepção comum, designa o comportamento do racista, na maior parte das vezes caracterizado por ódio e menosprezo em relação a pessoas que possuem certas características físicas bem definidas. Já racialismo é a nomenclatura que se reserva para as doutrinas constituídas a partir de argumentos e justificações científicas. A doutrina racialista pode ser apresentada como um conjunto coerente de cinco proposições: (1)

²⁴ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 28.

²⁵ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 21.

²⁶ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 22.

²⁷ BETHENCOURT, Francisco. **Racismo: das Cruzadas ao século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 24.

a existência das raças; (2) a continuidade entre o físico e o moral; (3) a ação do grupo sobre o indivíduo; (4) hierarquia única de valores; e (5) política fundada no saber. A biologia contemporânea não reconhece a noção de raça para estudar as variações físicas entre os seres humanos, dada a existência de uma raça única, a humana. Mesmo assim, a doutrina racista que parte do argumento da existência de raças distintas entre os seres humanos considera as diferenças físicas como marcadores da existência de raças distintas em termos biológicos.²⁸

Para efeito de transição argumentativa, é importante destacar que o conceito de racismo, quando tomado em seu sentido estrutural, baseia-se em uma perspectiva relacional. Isto é, a raça não é uma figura linguística, nem um mero dado biológico: trata-se de uma noção que se manifesta em uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos que colocam em evidência a possibilidade de exercício concreto de poder por parte dos indivíduos e grupos nas suas mais diferentes relações.²⁹ Refletindo no campo propriamente filosófico, seria então o racismo estrutural um fenômeno melhor observado sob a perspectiva do estruturalismo ou do pós-estruturalismo?

Tanto o estruturalismo quanto o pós-estruturalismo podem auxiliar a compreender o racismo em termos gerais não como uma prática limitada a manifestações individuais e conscientes, pois a própria não intencionalidade seria um elemento configurador do racismo em sua variante estrutural. No entanto, importante recordar que o estruturalismo começou a se desenvolver como “uma forma de poética, de crítica literária e de análise linguística do discurso, substituindo, dessa forma, o modelo humanista que interpretava textos particulares como sendo a expressão singular de um determinado autor.”³⁰ Os trabalhos iniciados por Saussure³¹ e Roman Jakobson³² apontavam para a correta compreensão das relações sociais e, de um modo geral, de todos os fenômenos das relações humanas a partir de modelos linguísticos que estivessem em condição de expor, descrever, narrar, as relações de equivalência e oposição que estão presentes nas relações sociais. Em poucas palavras, o estruturalismo buscava dar forma linguística a um humanismo que, sem a mediação da linguagem, não encontraria meios de se expressar.

Com o estruturalismo de Claude Lévi-Strauss vimos uma aproximação filosófica entre a linguística de Saussure e a psicanálise de Freud ao fundar um método estruturalista que seria de grande impacto na antropologia social. Analiticamente, Lévi-Strauss

²⁸ TORODOV, Tzvetan. **Nosotros y los otros: reflexión sobre la diversidad humana**. Madrid: Siglo XXI, 2007, p. 116-117.

²⁹ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 24.

³⁰ PETERS, Michael. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 15.

³¹ Ver, por todos, SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. 3 ed. (1 ed. de 1916) Paris: Payot, 1931.

³² Ver, por todos, JAKOBSON, Roman. **Essais de linguistique générale**. Tomos I e II. Paris: Les Éditions de Minuit, 1963 ; 1973.

dizia que raça, ou qualquer outro termo que venha a substituí-lo com mesmo sentido, “designará, então, uma população ou um conjunto de populações que diferem das outras pela maior ou menor grande frequência de certos genes.”³³ Por consequência, qualquer pesquisa sobre as origens das diferenças raciais comprovaria que o debate intercultural não se dá sobre a diversidade de raças, mas sim sobre a diversidade de culturas, caso contrário, o debate se restringiria somente à pesquisa biológica.³⁴ Lévi-Strauss afirmava que a “necessidade de preservar a diversidade das culturas em um mundo ameaçado pela monotonia e pela uniformidade certamente não escapa às instituições internacionais. Elas entendem também que não será suficiente, para atingir este fim, agradar tradições locais e convencionar uma pausa aos tempos passados.”³⁵ Embora tenha sido com *Antropologia estrutural* (1958) que Lévi-Strauss esquematizou os fundamentos de seu método estrutural, foi a obra *Tristes trópicos* (1955) que o tornou célebre ao narrar suas experiências com pesquisas etnográficas sobretudo no Brasil, mas também em países da Ásia e Oriente Médio.³⁶

Jean Piaget, psicólogo contemporâneo de Lévi-Strauss, entendia a estrutura como um sistema de transformações. Não seria uma estrutura meramente composta por elementos e suas propriedades, mas seria essencialmente composta por transformações nesses elementos que envolvem suas próprias leis de transformação, as quais nunca conduzem a resultados externos ao sistema, nem empregam elementos identificantes que sejam externos ao próprio sistema. Piaget resume seu conceito de estrutura na composição dinâmica de três características essenciais: totalidade, transformação e autorregulação.³⁷

Resumidamente, a ideia de totalidade significaria compreender a estrutura como sistema composto por elementos definidos e orientados por leis em comum. Já a ideia de transformação remete ao fato de que a estrutura não é um sistema estático, mas sim dinâmico e com relações de interação que constantemente colocam em discussão os elementos definidos a partir de interações com outros elementos internamente presentes. Quanto à autorregulação, permite que o sistema se estruture

³³ No original: “désignerait alors une population ou un ensemble de populations qui diffèrent d’autres par la plus ou moins grande fréquence de certains gènes.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **Race et Histoire; Race et Culture**. Paris: Albin Michel et UNESCO, 2001, p. 124.

³⁴ “Si donc on essaye de faire remonter les différences raciales aux origines, on s’interdit pas là même d’en rien savoir, et ce dont on débat en fait n’est pas la diversité de races, mais la diversité de cultures.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **Race et Histoire; Race et Culture**. Paris: Albin Michel et UNESCO, 2001, p. 125.

³⁵ No original: “nécessité de préserver la diversité des cultures dans un monde menacé par la monotonie et l’uniformité n’a certes pas échappé aux institutions internationales. Elles comprennent aussi qu’il ne suffira pas, pour atteindre ce but, de choyer des traditions locales et d’accorder un répit aux temps révolus.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **Race et Histoire; Race et Culture**. Paris: Albin Michel et UNESCO, 2001, pp. 119-120.

³⁶ Ver LÉVI-STRAUSS, Claude. **Anthropologie structurale**. Paris: Plon, 1958; e LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes tropiques**. Paris: Plon, 1958.

³⁷ PIAGET, Jean de. **Le structuralisme**. Paris: PUF, 1968, p. 6-8.

de modo a receber também manifestações íntimas dos elementos em interação; seria dessa capacidade de autorregulação que a estrutura retiraria a sua potencialidade de reconhecimento por parte dos elementos presentes no sistema.

Essa perspectiva estruturalista parece figurar como substrato teórico de pesquisas referidas aqui da área da saúde pública e também pesquisas do meio jurídico, como a de Silvio Almeida. Todavia, ocorre que para Michel Foucault as investigações estruturalistas seriam concentradas no primado do sujeito e, por consequência, da sua racionalidade. O pós-estruturalismo foucaultiano é muito ilustrativo da vinculação dessa perspectiva com o próprio pós-modernismo, de modo que a superação das estruturas – não sua eliminação – é o ponto central da discussão. O estruturalismo seria maculado pela dissolução do que Foucault chama de “acontecimento” em meio a uma tradição da história, teleológica ou racionalista, que sustenta haver uma continuidade ideal, natural, no evoluir do ser. O acontecimento seria a dimensão do irracional, do impensável, daquilo que não entra, nem pode entrar, na pretensa totalidade da estrutura quando pensada à luz do estruturalismo.³⁸ Mais ainda: a noção de poder seria deslocada das instituições para as relações em concreto dos indivíduos. No pós-estruturalismo foucaultiano o poder se exerceria em relações, antes de em instituições ou estruturas.

Nos diversos momentos em que aborda o conceito de poder, desde a *História da sexualidade* até suas lições no *Collège de France*, torna-se flagrante o caráter pós-moderno que notabilizou o referido autor. Na Conclusão de *A arqueologia do saber* Foucault inicia o primeiro parágrafo falando que ao longo do livro o leitor teria tentado se “destacar do estruturalismo”, ou de qualquer coisa que a palavra possa indicar.³⁹ O pós-estruturalismo seria, assim, uma compreensão da história das ideais a partir de relações sociais em concreto e marcadas pela instabilidade e volatilidade da pós-modernidade.

O racismo estrutural seria, então, filosoficamente estruturalista ou pós-estruturalista? Sem a mínima pretensão de respostas definitivas, aderimos à perspectiva pós-estruturalista pela própria natureza do fenômeno político no século XXI e do modo como o fenômeno jurídico irá enfrentar, quando em escala transnacional, as disfuncionalidades sistêmicas e a emergências de novas formas de regulação jurídica. A dimensão do racional, tão fortemente presente no estruturalismo, divide espaço com o instintivo, involuntário, irracional, que permeia as relações sociais de modo geral na pós-modernidade. Portanto, ao pensarmos o papel do constitucionalismo transnacional no combate às desigualdades sociais e, em especial, às desigualdades raciais, esse pressuposto filosófico será de singular valia para a fundamentação epistemológica dos dois próximos itens desta pesquisa.

³⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 5-7.

³⁹ “Tout au long de ce livre, vous avez essayé, tant bien que mal, de vous démarquer du ‘structuralisme’ ou de ce qu’on entend d’ordinaire par ce mot.” FOUCAULT, Michel. **L’archéologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969, p. 269.

4. CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL, GOVERNANÇA GLOBAL E A EMERGÊNCIA DE NOVAS CRISES

Inicialmente, um questionamento poderia ser feito: qual a relação entre o constitucionalismo transnacional – fenômeno cujos principais desenvolvimentos teóricos iniciaram-se no pós-Segunda Guerra Mundial e que encontram no século XXI aquela que parece ser sua era típica – e o combate à desigualdade racial?

Para responder a esta pergunta devemos ter em mente um pressuposto epistemológico de natureza histórica: a tese de que somente seria possível compreender o constitucionalismo em perspectiva transnacional, isto é, pós-nacional, a partir da premissa de que se trata de um fenômeno em linha de continuidade histórica com a evolução do constitucionalismo ocidental. Tal pressuposto teórico precisa ser evidenciado porque há uma série de variantes do constitucionalismo que não se enquadram na sua matriz ocidental.⁴⁰

Maurizio Fioravanti costuma definir o constitucionalismo como “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas.”⁴¹ Já Miguel Maduro sintetiza bem aquelas que são tidas como as três funções essenciais do constitucionalismo: (1) limitar o poder público; (2) expressar os interesses e bens da comunidade política; e (3) integrar a população nos processos deliberativos do Estado.⁴² Portanto, independentemente da perspectiva adotada, o fenômeno constitucional deve almejar a limitação do poder político e a tutela de direitos fundamentais.

Retornando ao questionamento inicial, qual a relação do combate à desigualdade racial com o constitucionalismo transnacional? Antes de objetivamente responder a essa pergunta, devemos tentar delimitar este conceito. Embora tenha assumido diversas definições (constitucionalismo global⁴³, interconstitucionalidade⁴⁴, transcons-

⁴⁰ Para uma crítica à perspectiva ocidental do constitucionalismo, ver VIOLA, Francesco. *South Asian Constitutionalism? A contemporary pathway towards an authentic constitutional order*. **Revista de Estudos Constitucionais e Hermenêutica do Direito**, São Leopoldo, vol. 12, n. 1, p. 78-97, 2020, p. 78-97.

⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5.

⁴² Cf. MADURO, Miguel Poaires. **A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia**. Cascais: Principia, 2006, p. 336-337.

⁴³ Em especial, ver FALK, Richard. **Human Rights and State Sovereignty**. New York: Holmes & Meier, 1981; FALK, Richard. **On Human Governance**. Towards a New Global Politics. Cambridge: Polity Press, 1995; FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999; para uma crítica, ver TEIXEIRA, Anderson V. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 181-195.

⁴⁴ Em especial, ver RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. **Revista Themis**, [s.l.], ano 1, n. 2, p. 127-151, 2000; e CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **‘Brançosos’ e interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

titucionalismo⁴⁵, apenas para citar algumas variações), em outra oportunidade sustentou-se que o constitucionalismo transnacional pode ser concebido

*em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo a integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais.*⁴⁶

Assim, a resposta ao questionamento inicial fica mais clara e objetiva neste momento: a igualdade racial, enquanto princípio substancial, enquadra-se, por um lado, na perspectiva individual de proteção à subjetividade do indivíduo, enquanto que, por outro lado, insere-se também nas perspectivas sociais e culturais, pois tocam conjuntos de indivíduos não definidos concretamente até que uma lesão em concreto à sua dignidade tenha ocorrido. Portanto, o combate à desigualdade racial é, antes de tudo, uma forma de promoção substancial do princípio da igualdade e de proteção à dignidade humana. Tendo em vista que o constitucionalismo transnacional se desenvolve como um fenômeno de afirmação global da ubiquidade da existência humana, a igualdade racial talvez seja um dos postulados mais ricos de substancialidade e dever-ser para a formulação de políticas públicas globais.

Neste sentido, ganha excepcional relevância a necessidade de desenvolvimento de uma governança global democrática como instrumento de afirmação do constitucionalismo transnacional. Independentemente da perspectiva teórica assumida, já se verifica, de fato, um processo progressivo de transferência para a ordem internacional das prerrogativas que historicamente pertenciam ao Estado-nação. Situações de normalidade mínima permitem que os processos de globalização e cooperação internacional ocorram sem ter à mesa os extremos como opções, isto é, sem o extremo do universalismo utópico que crê em uma república mundial e o desaparecimento gradual dos Estados, sem o extremo dos nacionalismos estatizantes que acreditam cegamente no Estado como a única referência política e normativa.

A pandemia de COVID-19 nos traz importante alerta sobre os perigos que as crises globais podem produzir na tutela dos direitos fundamentais no interior do Estados. Em proveito de um bem que está sob ameaça, relativiza-se a salvaguarda dos demais

⁴⁵ Em especial, ver NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁴⁶ TEIXEIRA, Anderson V. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, 2016, p. 159.

bens. Em um artigo publicado muito antes da atual crise, Dominique Rousseau advertia que o estado de emergência é um desequilíbrio em favor da ordem pública.⁴⁷ Ademais, o estado de urgência favorece uma atmosfera de segurança e prepara as pessoas para receber as medidas sem se darem conta, sem sentir qualquer ruptura por parte de uma República autoritária e policíesca.⁴⁸

Crises, como a de COVID-19, mostram que, em escala nacional ou internacional, tendem a se replicar as mesmas medidas autoritárias de repressão para fins de normalização em face da excepcionalidade gerada pela crise. No caso do Brasil, até mesmo prefeitos passaram a adotar medidas emergenciais e temporárias de restrição a direitos fundamentais. Mas como fazer se a replicação traz consigo todo um histórico de desigualdades sociais e, especificamente, de opressão racial? Poderia ocorrer a transnacionalização dos mesmos processos que se originaram no interior dos Estados?

Quanto ao Brasil, conforme exposto nos itens anteriores, o problema do racismo estrutural subsiste como um dos grandes desafios ao constitucionalismo democrático, politicamente plural e socialmente multicultural, que conta com a Constituição de 1988 como seu grande ponto de chegada até hoje. No entanto, quando observamos as situações de conflitualidade que já chegaram à jurisdição constitucional, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal julgou um caso emblemático em que a discussão de fundo envolvia o fato de que, em não havendo o reconhecimento científico da existência de diferentes raças entre os seres humanos, não poderia haver racismo. Essa era a alegação trazida por um acusado de crime de racismo. No que foi seguido pela maioria dos ministros da Corte, o Min. Maurício Correa reconheceu que, do ponto de vista científico, não haveria mais elementos para a divisão do homem em raças, não procedendo mais a clássica subdivisão da raça humana dotada de características físicas, especialmente no concernente à cor da pele. No entanto, ressaltou o Ministro, a divisão dos hominídeos em raças seria resultado de um processo político-social com base na intolerância. O antisemitismo seria uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas “raças”, uma tida por superior, e outra tida por inferior.⁴⁹ O mesmo entendimento a respeito da dissociação entre a teoria da raça e o racismo foi adotada no julgamento da ADPF 186, em que, no voto condutor, o Ministro Lewandowski ressaltou que:

cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito

⁴⁷ No original: “l’état d’urgence, c’est le déséquilibre au profit de l’ordre public”. ROUSSEAU, Dominique. L’état d’urgence, un état vide des droit(s). **Revue Projet**, [s.l.], vol. 2, n. 291, 2006, p. 19.

⁴⁸ No original: “favorise un atmosphère sécuritaire et prépare les esprits à recevoir sans s’en apercevoir, sans impression de rupture toute proposition de la République autoritaire et policière”. ROUSSEAU, Dominique. L’état d’urgence, un état vide des droit(s). **Revue Projet**, [s.l.], vol. 2, n. 291, 2006, p. 26.

⁴⁹ BRASIL. STF. **HC 82.424**, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, voto do min. Gilmar Mendes, j. 17-9-2003, DJ de 19-3-2004.

*histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.*⁵⁰

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, os dois casos citados foram, respectivamente, de controle difuso e de controle concentrado de constitucionalidade. Ambos discutiam questões *a priori* restritas ao campo das políticas públicas – a ADPF 186 envolvia a políticas de cotas de uma universidade pública.⁵¹ Quando projetamos o fenômeno constitucional em escala transnacional, somente as declarações de direitos contra desigualdades raciais seriam suficientes para evitar que os mesmos problemas vistos internamente nos Estados não sejam replicados na ordem internacional? O tão falado perigo de um constitucionalismo transnacional meramente procedimental, amorfo e voltado tão somente à regulação de aspectos sistêmicos não seria um fértil espaço para a reprodução de distorções já vistas dentro das ordens estatais?

Esses questionamentos nos apontam para três possíveis desafios ao constitucionalismo transnacional.

5. TRÊS DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NO COMBATE ÀS DESIGUALDADES RACIAIS

Neste último tópico é fundamental discutir a hipótese de que a possível ausência de um constitucionalismo transnacional definidor, por um lado, de noções substanciais antirracistas e, por outro, de diretrizes de governança global que objetivamente levem em consideração o problema do racismo, poderá produzir efeitos de agravamento do racismo estrutural em países marcados por este fenômeno, como é o caso do Brasil, mas também correrá o risco de replicar em suas próprias estruturas tal fenômeno. Assim, verifica-se que o constitucionalismo transnacional deverá enfrentar três sortes distintas de desafios: teórico-normativo, estrutural-funcional e político-pragmático.

Quanto ao primeiro, situa-se no campo teórico-dogmático precisamente porque o constitucionalismo transnacional é um processo histórico, não revolucionário e vinculado às condições de possibilidade do próprio constitucionalismo ocidental, dentro do qual fora gerado. Seria, portanto, um fenômeno liberal, como na Europa dos séculos XVIII e XIX, ou seria social, como visto nas constituições inspiradas em Weimar? Ou então seria o constitucionalismo transnacional essencialmente vinculado à terceira dimensão dos direitos humanos e restrito à tutela dos direitos dos povos e voltado à solidariedade universal como escopo final? Respostas positivas a tais questionamentos

⁵⁰ BRASIL. STF. **ADPF 186-2**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012, DJ de 20-10-2014.

⁵¹ Sobre o julgamento da ADPF 186, ver BRAGATO, Fernanda Frizzo; COLARES, Virginia. Índices de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF 186/DF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 13, n. 3, p. 949-980, 2017.

conduziriam ao reducionismo do fenômeno constitucional transnacional para as condições da temporalidade de cada um dos constitucionalismos que está por trás de cada uma dessas perguntas – ainda que no último questionamento subjaza não o constitucionalismo, mas sim o direito internacional dos direitos humanos.

Ao tentar posicionar no âmbito teórico-dogmático o constitucionalismo transnacional, Marie-Claire Ponthoreau foi não menos precisa do que espirituosa ao dizer que tal fenômeno é “*quelque chose*” (algo, qualquer coisa) que precisa ser definido, pois está em pleno desenvolvimento e com grande vigor.⁵² Esse “algo” é, antes de tudo, uma construção teórica que empiricamente recolhe elementos formais de constituições nacionais e, recorrendo ao método quantitativo, organiza catálogos de direitos com pretensão de validade universal.⁵³ Este é o ponto fundamental, referido por diversos críticos do constitucionalismo transnacional, mas que aqui, por questões metodológicas não faremos uma reconstrução do estado da arte na literatura especializada. Tal ponto é tão fundamental porque esse parece ser o grande desafio que o fenômeno constitucional em perspectiva transnacional precisa enfrentar: adotar uma perspectiva teórico-dogmática que não se limite a “dizer” direitos, de modo meramente formal e sem a devida substancialidade na articulação conceitual. O problema da desigualdade racial é problema que, aparentemente, demandará muito mais do que uma simples dicção formal em proveito da igualdade racial. Em outras palavras, será necessário enfrentar os pormenores, as particularidades, as construções linguísticas que estão em um nível muito mais profundo do que até hoje logrou sucesso em chegar as declarações de direitos baseadas no clássico formulismo do constitucionalismo liberal. Pormenorizar, substancializar, categorizar, são exemplos de verbos que se tornarão necessários para evitar que o constitucionalismo transnacional reste como uma narrativa constitucional distante da realidade da vida dos indivíduos em todos os cantos do mundo.

Quanto ao desafio que chamamos de estrutural-funcional, a ausência de uma centralidade normativa, o caráter histórico do fenômeno e a pluralidade de esferas decisórias apresenta ao constitucionalismo transnacional problemas que *prima facie* podem parecer insolúveis. Todavia, as experiências de integração, sobretudo na União Europeia, têm demonstrado que temáticas específicas, como a promoção da redução das desigualdades sociais e, em especial, das raciais, possuem locus próprio e especializado, mormente cortes internacionais e comitês de direitos humanos. A emergência de novas crises globais, como a atual de COVID-19, e a urgência que as medidas efetivas podem ganhar futuramente em outras crises demandam um aperfeiçoamento dessas atuais estruturas existentes.

⁵² PONTTHOREAU, Marie-Claire. “Global constitutionalism”, un discours doctrinal homogénéisant. L’apport du comparatisme critique. **Jus Politicum. Revue de droit politique**, [s.l.], n. 19, p. 105-134, 2018, p. 106.

⁵³ PONTTHOREAU, Marie-Claire. “Global constitutionalism”, un discours doctrinal homogénéisant. L’apport du comparatisme critique. **Jus Politicum. Revue de droit politique**, [s.l.], n. 19, p. 105-134, 2018, p. 121.

Ainda nos anos 1990, Bruce Ackerman alertava que a emergência de um “constitucionalismo mundial” enfrentaria a dificuldade de não contar com cortes devidamente estruturadas para a solução de suas controvérsias.⁵⁴ Inevitavelmente, a questão constitucional haverá de ser, em algum momento, decidida por um poder que não seja tão somente um poder político, ou seja, deverá ser um poder semelhante a uma corte constitucional. A diversidade de matérias e o grau de substancialidade dos direitos envolvidos têm produzido cortes especializadas no cenário internacional. Portanto, a defesa do princípio da igualdade, em especial da igualdade racial, importará também uma constante reavaliação acerca de qual o melhor e mais eficiente locus decisório para a solução de suas controvérsias.

Quanto ao desafio político-pragmático, talvez seja o de maior complexidade para o constitucionalismo transnacional ao enfrentar a questão do racismo. Há aqui uma necessidade de compreensão das condições políticas e históricas que deram origem ao próprio constitucionalismo ocidental.

O surgimento dos chamados estudos pós-coloniais nos anos 1980 foi de grande valia para discutir o colonialismo não como mero processo de ocupação territorial e consequente controle sobre os meios de produção e sobre as populações que lá habitavam. Tratou-se de uma abordagem teórica que destacou a dimensão do discurso sobre a representação do outro. Edward Said chamava isso de dimensão discursiva do colonialismo, pois não seria mais a ocupação territorial o ponto de referência para o estudo, mas sim o fato de que o colonialismo induziu uma inteira compreensão sobre os modos de ser e de existir mediante a construção de um discurso colonialista.⁵⁵ Diversos autores seguiram nessa perspectiva destacando o caráter representacional do discurso, como Frantz Fanon.⁵⁶

Tomando ambos autores como referências iniciais, Homi Bhabha destaca três características elementares do discurso colonial: a estereotipação, a ambivalência e a mímica. Ele ressalta que “o objetivo do discurso colonial é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução.”⁵⁷ Nesse sentido, o estereótipo seria uma falsa representação de algo apresentado como realidade. No entanto, não passa de uma simplificação que se mostra presa em uma forma fixa de representação, que, ao negar as diferenças, induz um problema no processo cognitivo de representação do sujeito em significações de relações psíquicas e sociais. Já a

⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, [s.l.], vol. 83, p. 771-797, 1997, p. 794-796.

⁵⁵ Ver SAID, Edward. *Orientalism*. New York: Vintage Books, 1978.

⁵⁶ Ver FANON, Frantz. *The wretched of the earth*. New York: Grove Press, 1968; FANON, Frantz. *Black skin, white masks*. London: Paladin, 1970.

⁵⁷ BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998, p. 111.

ambivalência possibilita a repetibilidade compulsiva de algo que é tomado como fato dado, inequívoco e que dispensaria prova, pois a repetibilidade passa a percepção de ser algo real; as estratégias de individuação e marginalização gerariam um efeito de verdade probabilística que deve sempre estar em excesso em relação que pode ser de fato comprovado empiricamente ou explicado logicamente.

Tendo em vista que o constitucionalismo transnacional origina-se no quadro histórico e teórico do constitucionalismo ocidental, é fundamental enfrentar as dificuldades político-pragmáticas na efetivação de políticas de governança global democrática em proveito da redução das desigualdades raciais. A perspectiva eurocentrista do discurso precisa ter atenção ao fato de que a relação entre colonialidade e a depreciação de certos seres humanos pode resultar em um processo não de redução das desigualdades sociais e raciais, mas, pelo contrário, de ainda maior estereotipização e repetibilidade de um padrão normativo notadamente ocidental.

Portanto, o próprio projeto evolutivo ocidental representado pela modernidade coloca-se não a Europa como centro do mundo, mas o Ocidente como tal. O conceito de raça constituiu-se em um instrumento de exercício de poder de matriz colonial, permitindo inferiorizar, mediante o discurso, dominar, mediante o primado de interesses econômicos e políticos. Linda Smith entende que esse processo gerou uma pressuposta superioridade evolutiva da civilização ocidental em virtude de suas formas culturais de viver e conhecer, de suas descobertas científicas e revoluções tecnológicas.⁵⁸

Essa mesma ideia de Ocidente que conformou as nações indígenas por meio do colonialismo precisa ser compreendida dentro de uma perspectiva plural, pluriversalista, abandonando as narrativas universalistas de supremacia moral, histórico-evolutiva, tecnológico-científica do Ocidente, de modo que o constitucionalismo transnacional não seja uma imposição de saberes, línguas e culturas sobre as demais, mas sim uma composição das mais diferentes formas de saber, línguas e culturas. Se o discurso de matriz colonial sustentou-se até hoje com base na colonialidade do saber, impõe-se rever esse padrão de dominação política em proveito de uma diversidade de saberes.

6. CONCLUSÕES

Não obstante as dificuldades que a pandemia de COVID-19 possa trazer ao pesquisador, sobretudo quando tomada como um fenômeno ainda em curso, objetivou-se com a presente pesquisa trazer dados parciais relativos ao problema das desigualdades de acesso à saúde por parte de negros e, por consequência, discutir a questão da desigualdade racial no Brasil. Para tanto, a delimitação de fontes de dados foi passo

⁵⁸ SMITH, Linda Tuhiwai. **Decolonizing Methodologies Research and Indigenous Peoples**. 12. ed. London: Duneoin, 2008, p. 64.

fundamental, em especial para evidenciar as imprecisões que a subnotificação de casos gera para que se obtenha uma imagem definitiva desse fenômeno ainda em curso.

Porém, os dados quantitativos serviram apenas para suscitar uma discussão de fundo muito mais profunda: o racismo em suas vertentes institucional e estrutural. Tratando-se de problema endêmico no tecido social brasileiro, discutiu-se o modo como o emergente cenário de governança global em temas sensíveis, como a saúde, poderá gerar possíveis dificuldades, por um lado, ao Brasil, caso não apresente melhores resultados no combate ao racismo estrutural, enquanto que, por outro lado e de modo muito mais gravoso, ao constitucionalismo transnacional em face do sério perigo de que patologias sociais, como o racismo, sejam potencializadas em dimensão global.

Nesse sentido, a pesquisa buscou introduzir uma hipótese teórica que, com base em uma matriz que combina elementos pós-estruturalistas, descoloniais e pluriversalistas, apresenta possíveis encaminhamentos para a superação dos três desafios anteriormente suscitados. Os cenários posteriores a grandes crises apontam, historicamente, para revoluções ou reformas estruturais. Talvez seja o cenário pós-pandemia a oportunidade para reformas estruturais tanto no âmbito interno dos países quanto na ordem transnacional.

7. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, [s.l.], vol. 83, p. 771-797, 1997.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- BETHENCOURT, Francisco. **Racismo: das Cruzadas ao século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; COLARES, Virginia. Índícios de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF 186/DF. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 13, n. 3, p. 949-980, 2017.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **‘Brançosos’ e interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n. 66/06**. Caso 12.001 MÉRITO. SIMONE ANDRÉ DINIZ BRASIL, 21 de outubro de 2006.
- FALK, Richard. **Human Rights and State Sovereignty**. New York: Holmes & Meier, 1981.
- FALK, Richard. **On Human Governance**. Towards a New Global Politics. Cambridge: Polity Press, 1995.
- FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999.

- FANON, Frantz. **The wretched of the earth**. New York: Grove Press, 1968.
- FANON, Frantz. **Black skin, white masks**. London: Paladin, 1970.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **L'archéologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- JAKOBSON, Roman. **Essais de linguistique générale**. Tomos I e II. Paris: Les Éditions de Minuit, 1963; 1973.
- JONES, Camara P. Confronting Institutionalized Racism. **Phylon**, [s.l.], vol. 50, n. 1/2, p. 7-22, 2002.
- KALCKMANN, Suzana; SANTOS, Claudete Gomes dos; BATISTA, Luís Eduardo; CRUZ, Vanessa Martins da. Racismo institucional: desafio para a equidade no SUS? **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 146-155, 2007.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Anthropologie structurale**. Paris: Plon, 1958.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes tropiques**. Paris: Plon, 1958.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Race et Histoire; Race et Culture**. Paris: Albin Michel et UNESCO, 2001.
- MADURO, Miguel Poiars. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- PETERS, Michael. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- PIAGET, Jean de. **Le structuralisme**. Paris: PUF, 1968.
- PIRES, Luiza Nassif; XAVIER, Laura de Lima; CARVALHO, Laura. Coronavírus e desigualdade no Brasil. **CEBES**, 06 de abril de 2020. <http://cebes.org.br/2020/04/covid-19-e-desigualdade-no-brasil/>
- PONTHOREAU, Marie-Claire. "Global constitutionalism", un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique. **Jus Politicum. Revue de droit politique**, [s.l.], n. 19, p. 105-134, 2018.
- RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. **Revista Themis**, [s.l.], ano 1, n. 2, p. 127-151, 2000.
- ROUSSEAU, Dominique. L' état d'urgence, un état vide des droit(s). **Revue Projet**, [s.l.], vol. 2, n. 291, p.19-26, 2006.
- SAID, Edward. **Orientalism**. New York: Vintage Books, 1978.
- SMITH, Linda Tuhiwai. **Decolonizing Methodologies Research and Indigenous Peoples**. 12. ed. London: Duneoin, 2008.

TEIXEIRA, Anderson V. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, 2016.

TEIXEIRA, Anderson V. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2011.

TORODOV, Tzvetan. **Nosotros y los otros: reflexión sobre la diversidad humana**. Madrid: Siglo XXI, 2007.

VIOLA, Francesco. South Asian Constitutionalism? A contemporary pathway towards an authentic constitutional order. **Revista de Estudos Constitucionais e Hermenêutica do Direito**, São Leopoldo, vol. 12, n. 1, p. 78-97, 2020.

WAYNE, C. K.; WILLIAMS, Michelle. Covid-19 and Immunity in Aging Populations — A New Research Agenda. **The New England Journal of Medicine**, [s.l.], vol. 383, n. 9, p. 804-805, abr. 2020.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Saúde e Sociedade**, [s.l.], vol. 25, n. 3, p. 535-549, 2016.



A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?

The override of Brazilian Supreme Court's decisions by the National Congress through constitutional amendments: forced dialogue or overlapping monologues?

DANIEL WUNDER HACHEM^{I, II, *}

^I Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

^{II} Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

danielhachem@gmail.com

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

ELOI PETHECHUST^{III, **}

^{III} FAE Centro Universitário (Curitiba, Paraná, Brasil)

pethechust@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-1962-1539>

Recebido/Received: 30.03.2020 / March 30th, 2020

Aprovado/Approved: 16.04.2021 / April 16th, 2021

Resumo

O sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade confere amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal em matéria de definição do sentido da Constituição. Como reação a esse modelo forte de controle, o Congresso Nacional tem adotado como estratégia de reação a aprovação de emendas constitucionais como forma de superação das decisões judicial declaratórias de

Abstract

The Brazilian system of judicial review confers broad powers to the Federal Supreme Court regarding the definition of the meaning of the Constitution. As a reaction to this strong model of control, the National Congress has adopted as a reaction strategy the approval of constitutional amendments as a way of overriding judicial decisions that strike down legislation. The article aims to examine

Como citar esse artigo/How to cite this article: HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82738.

* Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: danielhachem@gmail.com.

** Professor da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Bacellar. E-mail: pethechust@hotmail.com.

inconstitucionalidade. O artigo tem como objetivo examinar esse fenômeno tomando como base a teoria dos diálogos constitucionais desenvolvida no Direito canadense, utilizando como marco teórico as ideias de Peter Hogg e Allison Bushell, Kent Roach e Luc Tremblay, para verificar se é possível considerar essa interação entre Legislativo e Judiciário como um autêntico diálogo constitucional. O método utilizado foi a revisão bibliográfica, o estudo de casos e a análise de jurisprudência e das manifestações dos parlamentares no Congresso Nacional. O estudo conclui que em todos os cinco casos analisados não houve efetivo diálogo, mas sim uma sobreposição de monólogos entre os atores envolvidos, uma vez que as razões do Supremo Tribunal Federal em geral não são levadas em consideração pelo Congresso Nacional.

Palavras-chave: diálogos constitucionais; supremacia judicial; controle jurisdicional de constitucionalidade; democracia; emendas constitucionais.

this phenomenon based on the theory of constitutional dialogues developed in Canadian law, using as theoretical framework the ideas of Peter Hogg and Allison Bushell, Kent Roach and Luc Tremblay, to verify if it is possible to consider this interaction between Legislative and Judiciary as an authentic constitutional dialogue. The method used was the bibliographical review, the case study, the analysis of jurisprudence and the manifestations of the parliamentarians in the National Congress. The study concludes that in all the five cases analyzed there was no effective dialogue, but rather an overlap of monologues among the actors involved, since the reasons of the Brazilian Federal Supreme Court in general are not taken into account by the National Congress.

Keywords: constitutional dialogues; judicial supremacy; judicial review; democracy; constitutional amendments.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Os diálogos constitucionais como alternativa aos problemas da supremacia judicial; 3. As emendas constitucionais como mecanismo utilizado pelo Congresso Nacional brasileiro para superar as decisões do Supremo Tribunal Federal; 4. Há diálogos entre Legislativo e Judiciário na experiência brasileira de emendas constitucionais que superam a jurisprudência? 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, tem-se assistido no Brasil um processo de fortalecimento das atribuições do Poder Judiciário em geral e do Supremo Tribunal Federal em particular, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade e de definição do significado da Constituição. O crescimento de mecanismos do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, desde a ampliação do rol de legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade até a criação do instituto das Súmulas Vinculantes, tem conduzido à apreciação da Suprema Corte brasileira um conjunto relevante de questões políticas, cuja resolução ocasiona significativos impactos para a vida em sociedade.

Como reação a esse fenômeno, observa-se, de um lado, o desenvolvimento de teorias que buscam retirar o monopólio da interpretação da Constituição das mãos do Poder Judiciário, bem como subtrair-lhe o poder de dar a última palavra sobre o significado constitucional, como é o caso das teorias dos diálogos institucionais. De outro lado, verifica-se que o próprio Poder Legislativo brasileiro tem adotado medidas para superar normativamente o entendimento do STF em matéria constitucional, como é o caso da aprovação de emendas à Constituição que contrariam decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade.

Diante desse quadro, justifica-se a realização de uma investigação sobre as reações do Congresso Nacional às decisões do Supremo Tribunal Federal mediante a modificação do texto constitucional como forma de superação da compreensão da Corte. Afinal, tais práticas realizadas pelo Poder Legislativo brasileiro são admitidas pela Constituição da República? Estariam elas caracterizadas como autênticos diálogos constitucionais, nos termos da teoria contemporânea do Direito Constitucional, funcionando como um mecanismo legítimo de mudança do quadro de supremacia judicial vivenciado na experiência brasileira até então? A ocorrência de tais práticas legislativas que desafiam a atuação judicial reclama um estudo aprofundado acerca do assunto.

Sendo assim, o objetivo deste artigo consiste em analisar, dentro do cenário de fortalecimento do Poder Judiciário brasileiro no sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, se as mudanças da Constituição realizadas reativamente pelo Congresso Nacional com o intuito específico de superar normativamente as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem ou não ser consideradas como práticas dialógicas, nos termos da teoria dos diálogos institucionais desenvolvida no Direito canadense. Toma-se como marco teórico o pensamento de Peter Hogg e Allison Bushell, Kent Roach e Luc Tremblay.

A hipótese da qual se parte é que as interações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no Brasil em matéria de controle de constitucionalidade e aprovação de emendas à Constituição se caracteriza mais como uma sobreposição de monólogos, em que cada ator tenta fazer prevalecer sua posição sem grandes tentativas de incorporar as contribuições de seu interlocutor, do que propriamente como um autêntico diálogo institucional.

O método adotado para a investigação será a revisão bibliográfica e o estudo de casos que envolvem o objeto acima mencionado, mediante pesquisa de jurisprudência do STF e de manifestações das Comissões de Constituição e Justiça das casas do Congresso Nacional a respeito das propostas de emenda à Constituição examinadas. A metodologia da pesquisa se desenvolverá em três etapas: (i) utilização das teorias dos diálogos institucionais desenvolvidas por Peter Hogg e Allison Bushell, refinadas por Kent Roach e criticadas por Luc Tremblay, como parâmetro de verificação da possibilidade de enquadrar os casos brasileiros de emendas à Constituição que superam decisões do STF como formas genuínas de “diálogos institucionais”; (ii) seleção de cinco casos em que o Congresso Nacional nitidamente aprovou emendas para contrariar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal; (iii) aplicação dos conceitos de diálogos institucionais utilizados por Hogg e Bushell, Roach e Tremblay como ferramenta para análise dos casos brasileiros.

Ao final, serão apresentadas as conclusões a que se chegou ao longo da investigação. Entre elas, destaca-se a constatação de que a prática de aprovação de emendas constitucionais para superar decisões de inconstitucionalidade do STF se configurou,

na maioria das vezes, mais como uma sobreposição de monólogos entre o Congresso Nacional e a Corte, por se revelar como uma tentativa do Legislativo de fazer prevalecer as suas razões sobre a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, sem levar em conta as contribuições judiciais para o debate. Por outro lado, verificou-se também que as reações adotadas pelo Parlamento tiveram como aspecto positivo a retomada de temas relevantes de índole constitucional para a esfera de deliberação democrática, o que acabou sendo provocado pelas decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF.

2. OS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS COMO ALTERNATIVA AOS PROBLEMAS DA SUPREMACIA JUDICIAL

Nas últimas décadas, em distintas localidades do globo, tem se percebido um robustecimento do papel exercido por Supremas Cortes e Cortes Constitucionais em temas de forte coloração política, levando-as a decidir a respeito de políticas públicas e de temas que envolvem expressivo desacordo moral dentro da sociedade. Com isso, o Poder Judiciário passou, de forma institucional, a interferir diretamente no processo democrático. Tal tendência é batizada por Ran Hirschl de “juristocracia”, compreendida como uma visão da democracia que reconhece a Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais legitimidade para tomar decisões políticas de caráter contramajoritário, por meio da interpretação de catálogos de direitos fundamentais. O princípio da soberania do Parlamento, pautado na vontade da maioria eleita, deixa de ser o único elemento a caracterizar as democracias, passando a conviver com a prerrogativa dos juízes de conferir tutela jurídica aos direitos das minorias resguardados no texto constitucional.¹

Contudo, apesar de a ingerência do Poder Judiciário na arena da política majoritária ter sido admitida em alguns Estados, ampliando-se a quantidade de atores sociais que recorrem aos juízes para resolver seus problemas individuais e os identificam como guardiões da ordem e do sistema jurídico,² ela também sofre duras críticas decorrentes da inexistência (ou ineficácia) de instrumentos de responsabilidade e de controle da atividade judicial.³ Em determinados países, a assunção de novas atribuições pelo Poder Judiciário desvinculada da imposição de limites e não sujeita a controles tem

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

² GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 55.

³ Outra ordem de críticas diz respeito à separação de poderes. Nesse sentido, ver: AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018; LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018.

levado a abusos e à edificação de um superpoder, caracterizado por um forte ativismo,⁴ com ascendência sobre os demais poderes constituídos.⁵

É nesse sentido que surgem as críticas aos modelos que preconizam uma “supremacia judicial”;⁶ nos quais se confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de dar a última palavra a respeito da interpretação e atribuição de sentido ao conteúdo da Constituição.⁷ É o caso de ordenamentos jurídicos como o brasileiro, que outorgam amplos poderes aos órgãos jurisdicionais para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, permitindo-lhes até mesmo declarar a nulidade de emendas à Constituição aprovadas pelo poder reformador, por extrapolarem limites materiais impostos aos processos formais de mudança das disposições constitucionais.⁸

Em face do déficit democrático de que padece o modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade, notadamente no que toca à tomada de decisões sobre temas constitucionais sensíveis que envolvem fortes desacordos morais no âmbito da sociedade,⁹ as teorias dialógicas surgem como alternativa.¹⁰ Entre seus objetivos, encontra-se o propósito de equilibrar o caráter contramajoritário do Poder Judiciário (responsável por tutelar direitos constitucionais de minorias ameaçados por majorias eventuais no Legislativo) com a questão democrática (que reclama a participação dos atores legitimados pelo voto popular no processo de atribuição de sentido à Constituição),¹¹ além do escopo de construir um processo de deliberação que seja compatível com a complexidade dos temas constitucionais.¹²

⁴ Ver sobre o tema: 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.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n.º. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

⁶ Uma das fortes críticas a esse modelo é desenvolvida pela corrente do constitucionalismo popular. Nesse sentido: VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

⁷ Nesse sentido, ver: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009. p. 217-218.

⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 187-189.

¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder; PETECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

¹¹ Ver: 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.

¹² SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23-33.

A premissa comum das teorias que giram em torno do conceito de “diálogos constitucionais” reside na ideia de que a interpretação da Constituição não deve se encerrar em um monopólio situado nas mãos do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais.¹³ O significado da ordem constitucional deve resultar de um diálogo entre os tribunais e os demais atores institucionais. Portanto, em um sentido amplo, pode-se dizer que as “teorias dialógicas” remetem a uma interlocução entre os tribunais e as demais instituições políticas e sociais no que diz respeito à definição do sentido da Constituição.¹⁴

Este seria, pois, um dos traços mais marcantes dessa linha teórica: a recusa em atribuir-se o poder de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional a uma única instituição, afastando-se tanto da noção de supremacia judicial, quanto da ideia de supremacia legislativa, para apostar em um processo compartilhado de construção do conteúdo semântico da Constituição.¹⁵ Existe uma ampla variedade de versões a respeito de como deve se dar essa interação e que ainda assim são, por alguns autores, reunidas sob a mesma expressão “teorias dos diálogos constitucionais”.¹⁶

Por outro lado, há autores, como é caso de Rodrigo Brandão,¹⁷ que preferem reservar a locução “teoria dos diálogos constitucionais” para a corrente teórica desenvolvida no marco do Direito canadense a partir do artigo precursor de Peter Hogg e Allison Bushell,¹⁸ e seguida por autores como Kent Roach.¹⁹ Em seu estudo pioneiro, Hogg e Bushell sustentam que o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade desenhado pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 não sofre de ilegitimidade democrática, pois, a partir de uma pesquisa empírica, demonstram que em quase todos os casos em que uma lei foi invalidada judicialmente, houve uma reação subsequente do Legislativo criando novas leis que atingiam os mesmos objetivos

¹³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. p. 1109.

¹⁴ MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64.

¹⁵ MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 66.

¹⁶ Nesse sentido: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Na perspectiva brasileira, ver: BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 273.

¹⁸ 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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

¹⁹ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001.

daquelas que haviam sido anuladas. Os processos envolvendo questões de constitucionalidade das leis deveriam, pois, ser considerados como “diálogos” entre o Judiciário e o Legislativo, já que o controle judicial não operaria como um obstáculo às manifestações democráticas, mas sim como um deflagrador de um diálogo que permitiria aos órgãos legislativos revisarem suas leis, levando em consideração as decisões dos tribunais. Logo, a objeção contramajoritária ao *judicial review* não se sustentaria.

Hogg e Bushell partem da premissa de que para haver um diálogo, em uma perspectiva democrática, é necessário que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade de leis possam ser superadas, modificadas ou anuladas pelo processo legislativo ordinário. Em sua pesquisa, constata-se que de 65 casos em que a Suprema Corte canadense invalidou leis por contrariarem a Constituição, em 44 deles (2/3) o respectivo órgão legislativo modificou a lei impugnada. Na maior parte dos casos, pequenas mudanças eram suficientes para adequar a legislação aos termos constitucionais, sem comprometer os seus objetivos.²⁰

É importante observar que Hogg e Bushell mencionam quatro mecanismos da Constituição do Canadá que permitem ao Legislativo reagir a decisões judiciais que invalidam leis por considerá-las inconstitucionais, cabendo aqui destacar os dois mais importantes deles. Um deles é a chamada cláusula do “não obstante” (“notwithstanding clause”), prevista na seção 33 da Carta e multicitada pelos autores que tratam do tema, que confere aos órgãos legislativos o poder de superação legislativa (“power of legislative override”) e consiste, nas palavras dos autores, na “maneira mais óbvia e direta de superar uma decisão judicial”.²¹ O segundo instrumento, não tão lembrado pela doutrina quanto o primeiro, é o mecanismo previsto na seção 1 da Constituição (“limitation clause”), igualmente importante para a promoção de uma interlocução entre Legislativo e Judiciário, e que na prática é a forma mais frequente de diálogo entre essas instituições.

A seção 33 da Constituição canadense autoriza que o órgão legislativo inclua em uma lei uma disposição que reafirme expressamente a sua validade *não obstante* o que dispõem os direitos previstos na seção 2 ou nas seções 7 a 15 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, permitindo ao legislador, nos casos em que a lei tiver sido declarada inconstitucional judicialmente, reeditar a lei original sem a interferência dos tribunais, com validade de 5 anos. Após o decurso do prazo, o Legislativo poderá reeditar o ato pelo mesmo período, o que ensejará uma renovação do debate acerca da matéria. O uso desse poder de superação legislativa se demonstrou bastante escasso em razão

²⁰ 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). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 80.

²¹ 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). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 83.

de um ambiente político de resistência ao seu emprego, havendo normalmente referência a uma única experiência emblemática em que foi utilizado (*Ford vs. Quebec*).²²

Outro mecanismo ensejador de diálogo mencionado pelos autores é a seção 1 da Carta, segundo a qual os direitos nela previstos estão sujeitos a “limites razoáveis estabelecidos por lei que possam se justificar notoriamente em uma sociedade livre e democrática” (“limitation clause”). Com base nesse dispositivo, o legislador poderá estabelecer limitações razoáveis aos direitos e liberdades fundamentais, ao passo que os tribunais poderão analisar se a medida restritiva a direitos fundamentais imposta pela lei: (i) se trata de um meio voltado a atingir um fim legítimo (teste de legitimidade); (ii) está racionalmente relacionada a esse fim (teste de racionalidade); (iii) se trata da medida menos restritiva ao direito para atingir aquele fim (teste de necessidade); (iv) gera consequências desproporcionais sobre as pessoas que serão afetadas (teste de proporcionalidade).²³ No caso de a lei não passar em um dos testes e vir a ser declarada inconstitucional pelos tribunais, caberá ao órgão legislativo levar em consideração as razões trazidas pelo Judiciário, para então decidir se irá adaptar a lei para atingir o fim pretendido, modificá-la para adotar uma medida menos restritiva ao direito, ou em último caso, se for uma das hipóteses cabíveis, recorrer à seção 33 e utilizar o seu *power of legislative override* para superar normativamente a decisão da Corte, por meio da reedição da lei com a inserção da cláusula do “não obstante”.²⁴

Nesse ponto, Kent Roach afirma que estão equivocados os que pensam que a proposta de diálogos é infrutífera em razão do pouco uso, pelo Legislativo, do poder de superação da seção 33. É preciso, na realidade, explorar as potencialidades do mecanismo previsto na seção 1 – em geral muito menos lembrado do que o da seção 33 – como forma principal e frequente de diálogo. Sustenta o autor que haverá um *diálogo ordinário* quando os tribunais se manifestarem sobre a razoabilidade das leis limitadoras de direitos fundamentais, nos termos da seção 1 da Constituição, abrindo ensejo para que o Legislativo amplie o debate para rediscutir as medidas restritivas de direitos que foram adotadas, levando em conta as contribuições dadas à discussão pelo Judiciário, para verificar se é o caso de modificar e adequar a legislação. Tanto os tribunais quanto

²² O caso ocorreu no Quebec. A Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que proibia a utilização de outros idiomas que não o francês em cartazes comerciais. O Legislativo posteriormente reeditou a lei, proibindo o uso de outras línguas para além do francês em cartazes ao ar livre (mas permitindo em cartazes fixados em ambientes fechados) e protegendo-a com a cláusula do “não obstante”.

²³ Esses quatro testes de constitucionalidade das limitações impostas pela lei aos direitos e liberdades constitucionais foram forjados pela jurisprudência da Suprema Corte canadense no caso *R. v. Oakes*, de 1986. TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 618.

²⁴ 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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 84-85.

os legisladores trarão, cada qual, aportes diferentes e complementares a respeito das medidas restritivas de direitos. Seria, pois, uma modalidade habitual de diálogo.²⁵

Porém, se o Legislativo decidir dar ao Judiciário uma “resposta na sua cara” (“in your face reply”), dizendo que a interpretação constitucional conferida pela Corte estava equivocada ou era inaceitável sob o ponto de vista da maioria do povo, ele poderá reeditar a lei inconstitucional contrariando expressamente a posição do tribunal, surgindo uma hipótese de *diálogo extraordinário*. Roach sustenta que quando a conversa entre os Poderes chega a esse nível, haverá uma “batalha de gritos” (“shouting match”), e o Judiciário só deverá aceitar essa forma excepcional de resposta, que implica superação legislativa da interpretação da Constituição dada pela Corte, se a prerrogativa de *override* da seção 33 da Carta for utilizada. Isso porque, quando o diálogo se tornou uma “batalha de gritos”, a faculdade prevista na seção 33 tem a qualidade de alertar o povo de que o Legislativo está superando a decisão constitucional do Judiciário em seu nome, e que o ponto de vista da Corte ficará suspenso durante o prazo de 5 anos, até que o ato normativo reeditado expire, o conflito já tenha arrefecido e os ânimos estejam mais calmos para se debater se a lei deve ser mantida ou se a interpretação judicial deve prevalecer.²⁶

Ainda que o Parlamento tenha vencido a batalha no grito, ele terá uma oportunidade de rever a questão em um momento de serenidade, após o decurso do período de 5 anos, possibilitando uma segunda análise mais sóbria a respeito do assunto. Caso não seja reeditada a lei, a posição da Corte persistirá como uma interpretação válida da Constituição, seja porque funcionou como um fator levado em conta no debate sobre a reedição ou não da lei após os 5 anos, seja porque operará como um precedente para os tribunais de instâncias inferiores, que poderão declarar inconstitucional a lei que havia sido reeditada pelo Legislativo como uma “resposta na sua cara” ao Judiciário.²⁷

A perspectiva do que vem a ser um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, na visão de Hogg e Bushell, é bastante ampla. Em seu entendimento, existirá um *diálogo* nos “casos em que uma decisão judicial que anulou uma lei com base em fundamentos constitucionais foi sucedida por uma atuação do respectivo órgão legislativo. Em todos esses casos, deve ter havido considerações sobre a decisão judicial pelo governo e deve ter sido tomada uma decisão de como reagir a ela”.²⁸ Entre as situações

²⁵ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 486.

²⁶ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 487 e 525.

²⁷ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 487 e 525.

²⁸ 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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 82.

examinadas pelos autores, encontram-se casos em que o Legislativo simplesmente revogou a lei reputada inconstitucional, aceitando a posição do tribunal, além de situações em que o órgão se limitou a modificar a lei para corrigir os problemas apontados pela decisão judicial. Hogg e Bushell consideram que excluir tais hipóteses do conceito ora analisado seria adotar uma visão muito estreita e limitada do que é um diálogo, afinal, o resultado de um diálogo sempre poderá ser um acordo entre os interlocutores.²⁹

A teoria canadense dos diálogos institucionais, desenvolvida por Peter Hogg e Allison Bushell e refinada por autores como Kent Roach, foi objeto de críticas por diversos segmentos da doutrina, com base em múltiplos argumentos,³⁰ tendo sido revisitada por eles dez anos depois.³¹ Não é objeto deste artigo analisar todas as críticas e respectivas respostas. Para os fins a que se propõe este estudo, ganha relevo a crítica apontada por Luc Tremblay em relação à concepção de diálogos constitucionais descrita nas linhas anteriores.

Em relação à construção teórica de Hogg e Bushell, Luc Tremblay aponta a existência de limites à capacidade de os diálogos institucionais legitimarem democraticamente o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Embora ele reconheça que possa haver diálogos entre tribunais e órgãos legislativos, o tipo de diálogo que seria necessário para conferir legitimidade ao instituto da *judicial review* não existe e não tem como existir. Por esse motivo, considera que em última instância a teoria dos diálogos institucionais é meramente retórica. Para chegar a essa conclusão, o autor apresenta duas concepções distintas de diálogo: (a) *diálogo como conversa*; e (b) *diálogo como deliberação*.³²

O (a) *diálogo como conversa* pressupõe ao menos dois interlocutores trocando impressões, pensamentos e opiniões de maneira informal e espontânea. A finalidade é simplesmente explorar um assunto, aprender algo novo, identificar novas perspectivas, tal como ocorre em um almoço entre amigos, em que os diversos temas vêm à tona sem um objetivo específico, sem um debate forte e argumentativo. Ele não se destina a uma tomada de decisão coletiva, a resolver problemas ou apaziguar conflitos, nem a convencer os demais sobre qual argumento é o melhor ou mais adequado. Assim, o diálogo como conversa *não possui o condão de legitimar uma decisão*, já que o seu

²⁹ 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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 96-98.

³⁰ Por todos, ver: MANFREDI, Christopher P.; KELLY, J. B. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999. Sob outro enfoque: LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau**, Montréal, v. 64, num. spécial, p. 377-420, 2003.

³¹ HOGG, Peter M.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited: or "much ado about metaphors". **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

³² TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

escopo não é o de culminar em uma tomada de decisão conjunta, mas simplesmente de realizar um intercâmbio de ideias.³³

Já o (b) *diálogo como deliberação*, embora também se caracterize por uma interlocução entre dois ou mais atores, compreendidos como iguais, ele ocorre de forma mais formal e menos espontânea. Nele existem objetivos específicos dos participantes, tais como a elaboração de uma decisão, o alcance de um consenso ou a verificação de qual argumento é o melhor e qual ação deverá ser tomada. Uma assembleia com representantes eleitos seria um exemplo típico desse tipo de diálogo. Ele pressupõe a observância de uma série de condições, tais como: (i) o reconhecimento do outro como igual participante do debate, sem conferir qualquer hierarquia a um deles para decidir nos casos em que houver discordâncias; (ii) a existência de um processo racional de persuasão, sem qualquer tipo de coerção, em que o objetivo não seja ganhar a discussão ou fazer prevalecer o seu ponto de vista; (iii) o propósito de resultar em uma ação ou decisão final que possa ser alvo de um consenso entre os interlocutores, que deverão apresentar e justificar seus argumentos com base em pressupostos racionais e levar em conta os pontos de vista dos demais, tentando incorporá-los em suas perspectivas. No diálogo como deliberação, o *processo* é desenhado para conferir legitimidade ao resultado final da discussão.³⁴

A partir dessa explanação, Tremblay afirma que apenas a segunda espécie – (b) *diálogo como deliberação* – seria capaz de legitimar democraticamente o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis com base nos argumentos da teoria dos diálogos institucionais. Seria preciso que a interação entre Legislativo e Judiciário descrita por adeptos dessa teoria, supostamente capaz de legitimar o *judicial review*, fosse desenvolvida nos termos de um *diálogo como deliberação*: com o escopo específico de resultar em uma tomada de decisão coletiva, resolvendo conflitos e atingindo consensos, em que cada interlocutor fosse considerado como um igual falante, sem hierarquia, em um intercâmbio de ideias voltado à persuasão, sem um espírito de disputa, no qual cada um estivesse aberto a levar em consideração os argumentos racionais do outro. Entretanto, segundo o autor, não é esse tipo de diálogo que ocorre na dinâmica entre legisladores e tribunais. As interações entre tais instituições ocorrem em um ambiente diverso, no qual dois atores institucionais divergem a respeito da interpretação constitucional e, a partir disso, trocam ideias, opiniões, visões, experiências, sem que esteja presente um objetivo de atingirem um acordo ou chegarem a uma decisão comum,

³³ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 630-631.

³⁴ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 631-632.

não se tratando de um processo desenhado para fins de atribuir legitimidade a determinadas decisões ou ações do Poder Público.³⁵

As considerações até aqui apresentadas consistem em importantes ferramentas para analisar o fenômeno da interação entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a superação normativa de suas decisões por meio de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional.³⁶ Isso porque, diante de um sistema forte de controle de constitucionalidade e carregado de uma série de objeções, o Congresso Nacional tem adotado as estratégias que estão ao seu alcance para reagir às deliberações do Supremo Tribunal Federal mediante um fenômeno denominado por alguns autores como “emenda constitucional corretiva da jurisprudência”, “emenda desafiadora de jurisprudência”, “ativismo congressual”³⁷ ou “correção legislativa da jurisprudência”.³⁸ Como resposta às decisões da Corte, um dos caminhos seguidos pelo Legislativo tem sido a aprovação de emendas à Constituição como forma de resgatar para arena democrática a discussão de temas relevantes já deliberados, supostamente em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

3. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO MECANISMO UTILIZADO PELO CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO PARA SUPERAR AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cumprido, neste momento, averiguar se a principal estratégia utilizada pelo Poder Legislativo brasileiro – a aprovação de emendas constitucionais que superam as decisões do STF – pode ou não ser considerada como uma modalidade dialógica entre tais atores, apta a oxigenar democraticamente o sistema constitucional nacional fortemente centrado no Poder Judiciário.

³⁵ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 634; 644-647.

³⁶ Há, no entanto, outras perspectivas de adoção da ideia de diálogos institucionais, como, por exemplo, os diálogos entre Cortes nacionais e Cortes Internacionais (AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019; RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019) ou diálogos entre órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018; MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017).

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 5.105. Relator Min. Luiz Fux. Plenário. Julgamento em 01.10.2015.

³⁸ ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Correção legislativa da jurisprudência: uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Editora JC, 2015.

Conforme visto nos tópicos precedentes, há distintas saídas para o Poder Legislativo reagir quando discorda das decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição, como forma de reverter a posição sedimentada judicialmente. Alguns sistemas preveem mecanismos destinados a esse fim, como é o caso já visto da *override clause* da seção 33 da Constituição canadense, que enseja uma dinâmica peculiar, inclusive com prazo de validade para a lei reeditada que excepcionou explicitamente a incidência de previsões constitucionais. Porém, nos ordenamentos jurídicos em que instrumentos como esse não são previstos de modo expresse, há também a possibilidade de superação do entendimento jurisprudencial pelo Legislativo mesmo que sem previsão normativa específica para tanto, especialmente mediante dois caminhos: (i) a reedição de lei já declarada inconstitucional pelo Judiciário; (ii) a aprovação de emenda à Constituição que supere a decisão judicial.

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil há exemplos das duas situações.³⁹ São diversos e interessantes os casos de edição de leis que contrariam a jurisprudência constitucional dos tribunais, prática que suscita posições divergentes na doutrina e na jurisprudência quanto à validade de tais diplomas legais.⁴⁰ Contudo, o recorte metodológico deste estudo delimita como objeto de exame a questão da reversão das decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal por meio de emendas constitucionais.

Na experiência estadunidense, é muito mais comum a tentativa de reversão do entendimento jurisprudencial por meio da aprovação de leis ordinárias, diante da existência de regras muito mais rígidas para a aprovação de emendas à Constituição (que exigem ratificação pelas legislaturas de $\frac{3}{4}$ dos Estados), sendo apenas 4 os casos em que essa via foi adotada pelo Congresso para superar um precedente da Suprema Corte.⁴¹ São eles: (i) a Décima Primeira Emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* (1793), sobre a competência dos juízes federais para julgar ações de cidadãos de um Estado-membro contra outro Estado-membro; (ii) a Décima Terceira e a Décima Quarta Emendas superaram o precedente *Dred Scott v. Sanford* (1857), sobre escravidão e direito de cidadania; (iii) a Décima Sexta Emenda superou o precedente *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895), sobre a proporcionalidade do imposto sobre a renda; e

³⁹ Nos Estados Unidos, ver: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2009. p. 32-37.

⁴⁰ O tema foi analisado por: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. 200 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2013. p. 177-182; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 300-308.

⁴¹ BLACKSTONE, Bethany. An analysis of policy-based congressional responses to the U.S. Supreme Court's constitutional decisions. **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 47, n. 1, p. 199-228, 2013. p. 200.

(iv) a Vigésima Sexta Emenda superou o precedente *Oregon v. Mitchell* (1970), sobre a competência do Congresso para estabelecer regras eleitorais para os Estados-membros.⁴² Em tais casos, pode-se dizer que houve aceitação da Suprema Corte em relação às modificações constitucionais, que passaram a ser respeitadas e aplicadas.

No caso do sistema brasileiro, o ordenamento jurídico é claro ao estabelecer que as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade produzem efeitos vinculantes à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, não fazendo qualquer alusão ao Poder Legislativo (art. 102, §2º e art. 103-A da Constituição Federal;⁴³ art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/1999).⁴⁴ Assim, sob o ponto de vista da literalidade dos enunciados normativos constitucionais e legais que tratam do tema, não há qualquer óbice à edição de novos atos normativos – sejam eles leis ou emendas à Constituição – que discrepem de decisões já assentadas pela Suprema Corte brasileira em matéria constitucional.

A questão é saber se, na prática, as emendas à Constituição com nítido propósito de superar a jurisprudência do STF seriam ou não uma manifestação de diálogo institucional à luz das teorias dialógicas anteriormente apresentadas. Um dado deve ser desde já sublinhado: no Brasil, a aprovação de emendas à Constituição tem funcionado pelo menos com uma forma de reacender o debate de questões constitucionais no seio da arena política, na medida em que permite que leituras do sistema constitucional realizadas pela Suprema Corte sejam trazidas para a esfera de debate democrático e rediscutidas.

Considerando os limites que a pesquisa científica desenvolvida no âmbito de um artigo impõe ao investigador, não foi possível realizar uma análise minudente e detalhada de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal que provocaram reações do

⁴² CHRISTIANSEN, Matthew R.; ESKRIDGE JR., William N. Congressional overrides of Supreme Court statutory interpretation decisions, 1967–2011. *Texas Law Review*, Austin, v. 92, n. 6, p. 1317-1541, 2014. p. 1335, nota 71; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2009. p. 26-31.

⁴³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 103. (...) §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (...) Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁴⁴ Lei n. 9.868/1999: “Art. 28. (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e *efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública* federal, estadual e municipal”.

Congresso Nacional na forma de emendas constitucionais.⁴⁵ Por essa razão, foram selecionados cinco casos para exame. O critério de escolha consubstanciou-se em situações em que o Congresso Nacional promulgou Emendas à Constituição (EC) como uma nítida “resposta na sua cara” (“in your face reply”),⁴⁶ visando a superar a jurisprudência do STF entendida como equivocada ou inaceitável sob a visão popular.

(a) *Taxas de iluminação pública municipais – RE n. 233.332 e EC n. 39/2002*: o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 233.332, declarou inconstitucionais leis municipais que instituíam cobrança de iluminação pública sob a espécie tributária de taxa. De acordo com o Tribunal, a taxa somente poderia ser cobrada como contrapartida de serviços públicos *específicos e divisíveis*, nos termos do art. 145, II da CF/1988. No seu entendimento, a iluminação pública não preenchia nenhum dos dois requisitos, de modo que o custeio desse serviço não poderia ser remunerado mediante taxa. A decisão, embora aparentemente acertada, cortou uma importante fonte de receita para custear tal serviço, causando um efeito sistêmico indesejado: o desfalque dos cofres públicos municipais. O Congresso, ciente do impacto negativo da decisão sobre os Municípios, aprovou a EC n. 39/2002, que inseriu no texto constitucional o art. 149-A, o qual passou a permitir aos Municípios e ao Distrito Federal a instituição e cobrança de “contribuição para o custeio da iluminação pública”. Interessante observar que o Congresso trouxe no parecer pela aprovação da EC n. 39/2002 a menção expressa ao posicionamento do STF e a sua fundamentação, bem como apresentou a justificativa – déficit de arrecadação dos Municípios – pela qual era necessária a adequação do texto constitucional para admitir a possibilidade de cobrança do serviço pelos Municípios, ainda que por uma espécie de tributo distinta.⁴⁷

(b) *Fixação do número de vereadores das Câmaras Municipais – RE n. 197.917 e EC n. 58/2009*: no julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917, o STF entendeu, com base no texto do art. 29 da CF/1988, que para se identificar o número de vereadores de cada Município era necessário realizar um cálculo aritmético considerando a população

⁴⁵ Sobre tema, com exemplos em matéria tributária, ver: CUNHA, Carlos Renato; COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. O sobrestamento legislativo de decisões do STF: diálogo constitucional e o papel do judiciário como ator com poder de veto no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 193-216, out./dez. 2018.

⁴⁶ Para retomar a expressão cunhada por ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 487.

⁴⁷ “Os Municípios há muito vêm lutando com a carência de recursos públicos para custear tal serviço de inelutável necessidade para o bem-estar e a segurança das suas populações. Muitos haviam criado uma taxa de iluminação pública, que reiteradamente tem sido fulminada pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional, porque não atende aos requisitos da especificidade e divisibilidade do serviço, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição, desobedecendo aos estritos parâmetros de definição da taxa, estabelecidos no inciso II do art. 145, cujo parágrafo 2º também proíbe que a taxa tenha base de cálculo própria de impostos”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator Dep. Custódio Mattos pela aprovação das PECs - 559/2002 e 504/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=85426&filename=Tramitacao-PEC+559/2002>. Acesso em 24 abr. 2020)

real de cada entidade, o que acabou redundando numa redução do número de vereadores em todo o Brasil.⁴⁸ Para o Ministro Relator, havia “um verdadeiro escândalo por parte de alguns municípios, de algumas Câmaras de Vereadores, que extrapolam as regras do tolerável! Municípios de três mil habitantes, ou em torno disso, por exemplo, possuem quinze, dezesseis vereadores, e vai por aí”.⁴⁹ A reação por parte do Congresso Nacional foi imediata, elaborando e aprovando a EC n. 58/2009, que conferiu nova redação ao art. 29 da CF/1988, estabelecendo os números mínimo e máximo de vereadores, proporcional ao número de eleitores, contrariando o entendimento firmado pelo STF. No relatório avulso sobre a proposta que redundou na emenda à Constituição, consta menção expressa à decisão do STF e à sua consequência indesejada: redução em quase nove mil o número de membros das Câmaras Municipais em todo o país, o que traria prejuízos ao próprio regime democrático.⁵⁰ No parecer da Comissão Especial, o relator da PEC consignou expressamente qual era o seu objetivo: “a proposição principal, em adição, vem resolver o que sempre considerei não apenas um erro de apreciação da autoridade judicial, mas uma grande injustiça para com o Poder Legislativo Municipal”.⁵¹

(c) *Teto remuneratório dos servidores públicos* – ADI n. 14 e EC n. 19/1998 e MS n. 24.875 e EC n. 41/2003: o STF, no julgamento da ADI n. 14,⁵² que questionava o alcance da restrição do teto remuneratório dos servidores públicos previsto no art. 37, XI da CF/1988, fixou entendimento de que tal limitação englobava apenas os vencimentos do agente público, não alcançando as vantagens pessoais recebidas por cada categoria. Passados dez anos, o Congresso Nacional promulgou a EC n. 19/1998, que incluiu no limite remuneratório as vantagens de caráter pessoal dos servidores. No entanto, em sessão administrativa ocorrida em 24.06.1998, o STF entendeu que a nova disposição constitucional, para ser aplicada, necessitava de regulamentação mediante lei ordinária de iniciativa conjunta do Presidente da República, das Casas Legislativas e do STF, como determinava o artigo 48, XV da CF/1988, e na mesma oportunidade determinou que, até a efetiva regulamentação, seria aplicado o texto constitucional em sua redação originária. Passados cinco anos, o Congresso reagiu novamente e aprovou a EC n. 41/2003, estabelecendo que a regulamentação do teto constitucional previsto na EC n. 19/1998 não seria mais por meio de projeto de lei de iniciativa conjunta, admitindo a sua autoaplicabilidade, e afastando a possibilidade de invocação de direito adquirido

⁴⁸ O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução n. 21.702/2004, estendeu o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 197.917 para todos os Municípios do país.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 24/03/2004.

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. Parecer avulso do Relator Dep. Jefferson Peres. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4801236&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator Dep. Arnaldo Faria de Sá pela aprovação da PEC n.º 379, de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/684194.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 14. Rel. Min. Célio Borja. Tribunal Pleno. Julgado em 28/09/1989.

contra a sua incidência.⁵³ Além disso, estabeleceu que a nova regra do teto remuneratório seria aplicada globalmente a todos os servidores, inclusive aos ativos na data da sua promulgação. O STF, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.875, em nova reação à deliberação do Congresso Nacional, afastou a incidência do novo teto remuneratório em relação aos servidores que receberiam acima do teto constitucional antes da promulgação da EC n. 41/2003. Segundo o Tribunal, a aplicação do novo teto aos servidores ativos levaria a uma redução remuneratória, ofendendo o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/1988, que estabelece a garantia fundamental do direito adquirido.⁵⁴ Nessa hipótese, nenhum dos Poderes observou as razões lançadas pelo outro, caracterizando uma verdadeira sobreposição de monólogos.

(d) *Progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)* – RE n. 153.771 e EC n. 29/2000: o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 153.771, declarou serem inconstitucionais as leis municipais que fixavam alíquota progressiva do IPTU com base no valor venal do imóvel. Segundo a Corte, o art. 182 da CF/1988 somente autoriza a fixação de alíquotas progressivas para a finalidade extrafiscal de incentivar a adequação do uso da propriedade urbana à sua função social.⁵⁵ Em clara afronta à decisão da Suprema Corte, o Congresso Nacional promulgou a EC n. 29/2000, que alterou a redação do art. 156, § 1º da CF/1988, passando o texto constitucional a autorizar expressamente a hipótese de cobrança progressiva do IPTU com base no valor venal do imóvel. No caso, não houve um intercâmbio argumentativo entre Congresso e STF. A decisão da Corte julgou as leis municipais com base na violação literal ao texto constitucional e a única resposta do Parlamento foi alterar a redação da Constituição para superar o entendimento do Judiciário.

(e) *Prática da vaquejada* – ADI n. 4.983 e EC n. 96/2017: o STF, instado pelo Procurador-Geral da República por meio da ADI n. 4.983, consignou que a prática da vaquejada seria incompatível com o direito à proteção ao meio-ambiente e o dever do Poder Público de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade (art. 225, *caput* e §1º VII da CF/1988).⁵⁶ Entendeu que tal direito prevaleceria sobre os valores cul-

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da EMC 41-2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/login/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-41-19-dezembro-2003-497025-anexo-pl.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24875. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 11/05/2006.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 153.771. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 20/11/1996.

⁵⁶ Sobre o tema, ver: LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018; CICHELEIRO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada

turais representado por essa prática, declarando inconstitucional a Lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva.⁵⁷ O julgamento foi realizado em 6 de outubro de 2016. Em 19 de outubro de 2016, antes mesmo da publicação do acórdão do STF, o Parlamento apresentou proposta de Emenda à Constituição para alterar o texto constitucional e estabelecer que não se consideravam cruéis as manifestações culturais definidas na Constituição e registradas como bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro. O Congresso Nacional, em 6 de junho de 2017, ou seja, em menos de um ano do julgamento do STF, promulgou EC n. 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225, da CF/1988, passando a permitir práticas como as vaquejadas e o rodeio em todo o país. A proposta inicial apresentada trouxe explicitamente em suas razões que “Em que pese não ter sido sequer publicado o acórdão, a notícia da decisão tomada pela Suprema Corte suscitou intensa polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos animais, e chegou mesmo a ensejar o anúncio da formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da Vaquejada. Dessarte, a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional (...)”.⁵⁸

Interessante notar que a proposta que originou a EC n. 96/2017 foi submetida a consulta pública no site do Senado e recebeu 63.405 votos contrários e apenas 17.727 favoráveis.⁵⁹ Por outro lado, nas razões expostas no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, consta o seguinte argumento em favor da alteração normativa: “devemos acolher o pluralismo cultural que é peculiar ao Brasil e proteger essas formas de manifestação cultural. Caso seja proibida a vaquejada, retirariamos das populações rurais do País, especialmente as das regiões Norte e Nordeste, uma das poucas opções de acesso à cultura e ao lazer que lhes está disponível, além de impactar a economia de municípios interioranos dessas regiões, já combalidos pela atual crise”.⁶⁰ Se for levado em conta o resultado da consulta pública, seria possível afirmar que o Congresso Nacional, neste caso, atuou contrariamente à vontade do povo manifestada por meio daquele mecanismo.

como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

⁵⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018.

⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 50, de 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035267&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. Consulta pública. Resultado apurado em 01.08.2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em 24 abr. 2020.

⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. PEC nº 50, de 2016. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609589&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

4. HÁ DIÁLOGOS ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE SUPERAM A JURISPRUDÊNCIA?

Observados os casos de superação normativa, pelo Poder Legislativo, das decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF por meio de aprovação de emendas à Constituição, cumpre retomar a questão inicial: seriam as situações narradas hipóteses de diálogos constitucionais entre Legislativo e Judiciário, aptos a conferir legitimidade democrática ao sistema forte de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil? A resposta a esse questionamento depende essencialmente da concepção de diálogo adotada, devendo-se retomar as teorias dialógicas estudadas anteriormente.

Em *primeiro* lugar, é preciso iniciar pela doutrina dos “diálogos institucionais” construída pioneiramente por Peter Hogg e Allison Bushell. Tais autores, em um dos artigos mais importantes a respeito do tema dos diálogos constitucionais entre Judiciário e Legislativo, questionam: “É possível haver um diálogo entre duas instituições quando uma está tão claramente subordinada à outra? Um diálogo não exige uma relação entre iguais?” Logo após, fornecem a seguinte resposta: “Nos casos em que uma decisão judicial está sujeita à superação, modificação ou anulação legislativa, fará sentido considerar a relação entre a Corte e o órgão legislativo competente como um diálogo”.⁶¹ E isso porque, a tomada de decisão judicial provoca um debate a respeito de valores constitucionais no qual esses últimos passam a ocupar uma posição mais importante do que se não tivesse sido tomada decisão judicial alguma.

Sob o ponto de vista jurídico-normativo, já se viu que a Constituição e a legislação no Brasil admitem tal hipótese, já que os efeitos das decisões de inconstitucionalidade do STF vinculam apenas a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, não incidindo sobre o Poder Legislativo. No conceito amplíssimo de diálogo institucional enunciado pelos autores – “casos em que uma decisão judicial que anulou uma lei com base em fundamentos constitucionais foi sucedida por uma atuação do respectivo órgão legislativo”⁶² – talvez a interação do Congresso Nacional com o STF se enquadrasse. Ocorre que Hogg e Bushell pressupõem expressamente que a superação da decisão levada a efeito pelo Poder Legislativo consistirá em uma resposta que respeitará os valores constitucionais identificados pelo Judiciário, mas que fará com que

⁶¹ 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). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 79. (Tradução livre)

⁶² 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). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 82.

sejam atingidos os objetivos sociais e econômicos da lei que foram bloqueados pela decisão judicial.⁶³ E isso nem sempre acontece da relação entre Parlamento e Suprema Corte na experiência brasileira.

Em casos como o da taxa de iluminação pública, por exemplo, até se poderia dizer que houve um diálogo nesses termos, pois o Legislativo respeitou os requisitos constitucionais que, segundo o STF, eram exigidos para a instituição de uma taxa, criando a possibilidade de instituição de um tributo distinto – a contribuição – para manter o mesmo objetivo, mas sem afrontar a leitura constitucional feita pelo STF. Já no caso envolvendo a instituição de progressividade no IPTU, não houve tentativa do Parlamento de tomar em conta a interpretação da Constituição feita pela Corte. Pelo contrário: a emenda se destinou a inserir no texto constitucional previsão diametralmente oposta ao entendimento jurisprudencial, admitindo expressamente a instituição de IPTU progressivo para fins fiscais, contrariamente ao que decidiu o STF. Assim, pode-se dizer que algumas das situações narradas se encaixariam no conceito amplo de diálogos constitucionais de Hogg e Bushell, como é o caso da taxa de iluminação pública, enquanto outras não, como foi o caso da progressividade do IPTU.

Em *segundo* lugar, seria possível cogitar se as interações aqui examinadas seriam reputadas autênticos diálogos pela versão refinada da teoria dos diálogos institucionais de Kent Roach. O autor aponta que a solução para conter o ativismo judicial está no *ativismo legislativo*, compreendido como o conjunto de reações do Parlamento a decisões do Judiciário que, ao declarar as leis inconstitucionais relembrando o Legislativo da importância de valores constitucionais que não foram observados na elaboração da lei, acabam por contribuir para o processo democrático, por exigir dos órgãos legislativos uma postura explícita sobre a restrição ou violação de direitos constitucionais identificada pelo tribunal. Contudo, o Roach ressalta que esse ativismo legislativo se caracteriza por reações dialógicas do Parlamento, que compreendem a edição de novas leis que levem em conta – para concordar ou discordar – a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário, *sem com isso precisar afrontar a Corte ou modificar a Constituição*.⁶⁴

A explicação é dada com base no modelo canadense, no qual, se a discordância entre as duas esferas for tão significativa, caberá o uso da seção 33 da Constituição que permitirá ao Legislativo explicitar a divergência reeditando a lei, e nela inserindo expressamente cláusula que afirme a sua operatividade *não obstante* o que dispõem as previsões de direitos fundamentais da seção 2 ou das seções 7 a 15, com validade de 5

⁶³ 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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 79-80.

⁶⁴ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 532.

anos. Relembre-se que, nesse ponto, Roach ressalta a necessidade de o Parlamento se valer explicitamente de tal mecanismo, já que tal prerrogativa tem o condão de chamar a atenção do povo sobre a manobra legislativa de superar a decisão constitucional judicial e suspender por um período de 5 anos a interpretação de inconstitucionalidade dada pelo Judiciário, permitindo acalmar o clima de acirramento para que, em uma nova oportunidade, seja discutido se a lei em questão deve permanecer válida ou se a leitura feita anterior pelo Judiciário deve se sobrepor. Sem o recurso a esse instrumento e a implementação dessa dinâmica, o autor afirma que a mera discordância frontal de interpretações entre os Poderes implicará uma “batalha de gritos” (“shouting match”).⁶⁵

Se tal premissa for adotada e aplicada ao objeto de estudo deste artigo, as reações do Congresso Nacional brasileiro às decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela aprovação de emendas à Constituição para afirmar o contrário do que foi dito pelo Judiciário, não seriam em absoluto uma hipótese de diálogo. Elas se aproximariam muito mais daquilo que Roach denominou de “batalha de gritos” (“shouting match”), na qual o Legislativo, sem diálogo, tenta fazer prevalecer a sua interpretação constitucional sobre a do Judiciário. Como visto, o autor é expresso ao asseverar que o diálogo deverá acontecer sem a necessidade de afronta à Corte ou de alteração do texto constitucional.

Em *terceiro* lugar, caberia verificar em qual das concepções de diálogos descritas por Luc Tremblay se enquadrariam as interlocuções entre Legislativo e Judiciário brasileiros nas situações acima mencionadas. Conforme se explicou anteriormente, o autor descreve duas modalidades de diálogo: (a) *diálogo como conversa*; e (b) *diálogo como deliberação*.⁶⁶ A primeira espécie se trata de uma interação despretensiosa, marcada por um intercâmbio de ideias despido de caráter argumentativo, sem qualquer preocupação específica de resultar em uma tomada de decisão, em resolver uma contenda, em solucionar um problema, ou mesmo em gerar um processo de persuasão. Por conta disso, tais diálogos são incapazes de legitimar uma decisão, pois como esse não é o seu propósito, eles não cumprem as exigências necessárias para tanto. A segunda espécie tem como objetivo específico alcançar um acordo, suscitar convencimento, mediante um debate robusto que culmine na tomada de uma decisão a partir da verificação, por ambos os interlocutores, de quais são os melhores argumentos, que conduzirão a uma melhor ação a ser realizada. Logo, o processo se presta a conferir legitimidade à solução adotada.⁶⁷

⁶⁵ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 487 e 525.

⁶⁶ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

⁶⁷ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 630-632.

Sob tal perspectiva, as reações do Congresso Nacional às decisões do STF mediante aprovação de emendas à Constituição se revelam muito mais como um *diálogo como conversa* do que como um *diálogo como deliberação*. E isso porque essa interação não atende propriamente às exigências impostas a esse segundo tipo de diálogo, tais como: (i) posição de igualdade entre os interlocutores com reconhecimento recíproco, sem que um assuma a posição de guardião da última palavra; (ii) processo racional de convencimento, com abertura aos argumentos e pontos de vistas do debatedor; (iii) escopo determinado de atingir uma decisão final, passível de ser alcançada mediante o convencimento e o estabelecimento de um consenso.

No caso da fixação do número de vereadores das Câmaras Municipais, por exemplo, não houve tentativa de levar em consideração os argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal, tendo ocorrido apenas uma sobreposição das razões expostas pelos parlamentares ao entendimento formado pela Corte. O resultado foi uma emenda que alterou a Constituição para fazer prevalecer a voz do Parlamento em detrimento do entendimento do Judiciário. O mesmo se diga em relação ao caso do teto remuneratório dos servidores públicos, em que Legislativo e Judiciário adotaram medidas diametralmente opostas, sem tomar em conta os argumentos de princípios e de políticas públicas trazidos por cada qual em suas manifestações.

O problema desse segundo tipo de diálogo (como *conversa*), consoante Luc Tremblay, é que ele é incapaz de atribuir legitimidade democrática ao processo do *judicial review*, por não se tratar de um processo dialógico desenhado para essa finalidade, o que exigiria um propósito determinado de a interação culminar em uma tomada de decisão coletiva, gerando a resolução de um conflito, na qual cada participante fosse reconhecido como igual em uma troca de ideias marcada pela abertura ao convencimento racional.⁶⁸

Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes aponta ser possível cogitar de duas modalidades de interlocução: “a deliberativa (que fala e escuta, com o objetivo da persuasão), e a adversarial (que fala para se impor). O primeiro está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo”.⁶⁹ Nas situações analisadas no presente estudo, nota-se que em praticamente todos eles – talvez com exceção do caso da taxa de iluminação pública, em que o Legislativo reconheceu que aquela não era a melhor espécie de tributo para atingir aquela finalidade – a reação do Congresso Nacional buscou se sobrepor à conclusão do Supremo Tribunal Federal, sem maiores preocupações com a sua fundamentação. Tratou-se, pois, de uma sobreposição de monólogos, muito mais do que uma verdadeira prática dialógica.

⁶⁸ TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005. p. 634; 644-647.

⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. p. 219.

Por outro lado, não se pode negar que a investigação desses casos demonstrou que a dinâmica suscitada pelo controle jurisdicional de constitucionalidade das leis entre o Judiciário e o Legislativo no exercício do poder reformador vai, no cenário brasileiro, muito além de um suposto monopólio da última palavra ao Supremo Tribunal Federal. Tais exemplos demonstram a forte capacidade de reação do Congresso Nacional às decisões da Corte, possibilitando resgatar para a arena política o debate de questões importantes de matriz constitucional. O caso da prática da vaquejada, considerada ofensiva aos valores e à norma expressa da Constituição pelo STF, é um exemplo disso: a lei estadual autorizou, a Suprema Corte vedou, o debate sobre o tema foi reacendido, a consulta pública do Senado apontou para um fortíssimo respaldo da população ao entendimento consolidado pela Corte e, para a surpresa de todos, em um curtíssimo espaço de tempo os representantes do povo apresentam e aprovam Proposta de Emenda à Constituição dispondo exatamente o contrário.

5. CONCLUSÕES

A investigação levada a efeito neste artigo permite indicar as seguintes conclusões, extraídas de cada um dos tópicos precedentes:

1. Para superar as dificuldades encontradas em modelos fortes de controle jurisdicional de constitucionalidade, apresentam-se como alternativa as teorias dos diálogos constitucionais, que visam a equilibrar o caráter contramajoritário da atuação do Judiciário com a questão democrática. Apostam em um modelo de interação dialógica entre os tribunais e as instâncias de representação política, sem confiar a uma única instituição a prerrogativa de monopolizar a definição do significado da Constituição ou dar a última palavra sobre os temas constitucionais. Toma-se como base para a discussão a teoria dos diálogos institucionais desenvolvida no Canadá, inicialmente a partir do pensamento de Peter Hogg e Allison Bushell, os quais reconhecem nas reações do Legislativo às decisões de inconstitucionalidade do Judiciário – tais como superação normativa e modificação da legislação – uma forma de oxigenar democraticamente o sistema de *judicial review*. Analisa-se também a construção de Kent Roach, que identifica na seção 1 (“limitation clause”) e na seção 33 (“override clause”) da Constituição canadense formas legítimas de diálogo entre Cortes e Parlamento.

2. A teoria dos diálogos institucionais é também objeto de crítica por autores como Luc Tremblay, segundo o qual existem dois tipos de diálogos: (i) *diálogo como conversa*; (ii) *diálogo como deliberação*. Enquanto o primeiro é mais espontâneo e não se destina a um propósito específico de tomada de decisão, limitando-se a uma troca de ideias sem compromisso, sem caráter argumentativo ou de convencimento e sem a imposição de condições para sua validade, o segundo é mais formal e tem o propósito de alcançar um consenso, decidir qual é a melhor ação a ser tomada, e exige

o cumprimento de diversas exigências, tais como o reconhecimento do interlocutor como igual falante, a existência de um processo racional de persuasão e uma troca de argumentos a serem considerados pelos participantes do debate. Somente o segundo tipo é capaz de conferir legitimidade às decisões tomadas com base nesse processo dialógico-deliberativo. Contudo, as interações existentes entre tribunais e órgãos legislativos se enquadram na modalidade de *diálogo como conversa*, por não cumprirem os requisitos do *diálogo como deliberação*, fato que tornaria meramente retórica a teoria dos diálogos constitucionais.

3. Nos sistemas constitucionais em que não há mecanismos específicos para o desenvolvimento de um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário a respeito do sentido da Constituição, nos moldes do Direito canadense, a saída para a concentração de poderes nas mãos dos tribunais se encontra na superação da posição jurisprudencial por parte do Legislativo ainda que sem previsão normativa expressa para tanto. Isso poderá ocorrer por meio da reedição de lei já declarada inconstitucional pelos tribunais ou pela aprovação de emenda à Constituição destinada a superar o entendimento judicial. O recorte metodológico do estudo limitou o objeto de análise à segunda situação.

4. Nos Estados Unidos, houve quatro oportunidades em que a Constituição sofreu emendas como forma de superar precedentes da Suprema Corte. No Brasil, a estratégia já foi usada com maior frequência. Foram selecionadas cinco situações para análise, nas quais o Congresso Nacional aprovou emendas à Constituição como uma nítida “resposta na sua cara” (“in your face reply”) com o escopo de superar a decisão do Supremo Tribunal Federal: (a) *Taxas de iluminação pública municipais* – RE n. 233.332 e EC n. 39/2002; (b) *Fixação do número de vereadores das Câmaras Municipais* – RE n. 197.917 e EC n. 58/2009; (c) *Teto remuneratório dos servidores públicos* – ADI n. 14 e EC n. 19/1998 e MS n. 24.875 e EC n. 41/2003; (d) *Progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)* – RE n. 153.771 e EC n. 29/2000; (e) *Prática da vaquejada* – ADI n. 4.983 e EC n. 96/2017.

5. A análise das reações do Congresso Nacional às decisões do STF por meio de emendas à Constituição foi feita a partir das três perspectivas a respeito dos diálogos constitucionais anteriormente estudadas. Em primeiro lugar, examinou-se o tema sob o prisma da teorização de Hogg e Bushell. Com base da ideia dos autores de que haverá diálogos sempre que uma decisão de inconstitucionalidade tiver sofrido uma reação do Legislativo, na qual os valores constitucionais identificados pelo Judiciário tenham sido respeitados, constatou-se que na maior parte dos casos o Congresso Nacional simplesmente ignorou a argumentação do STF para superar o seu entendimento, salvo no caso das taxas de iluminação pública municipais. Em segundo lugar, sob o ponto de vista de Kent Roach, não se poderia admitir nenhuma das reações do Legislativo brasileiro às decisões do Judiciário mediante aprovação de emendas constitucionais como

forma de diálogo, já que o autor exclui expressamente do seu conceito as hipóteses em que a reação do Parlamento é marcada por uma afronta à decisão judicial ou pela necessidade de alteração da Constituição. Em terceiro lugar, pela visão de Luc Tremblay, as reações do Congresso Nacional se enquadrariam na modalidade de *diálogo como conversa*, e não de *diálogo como deliberação*, de modo que tal espécie dialógica e insuscetível de conferir legitimidade democrática ao processo.

6. A conclusão final a que se chegou foi a de que, na experiência brasileira de aprovação de emendas à Constituição para superar decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a maior parte dos casos caracterizou-se muito mais como uma sobreposição de monólogos entre o Legislativo e o Judiciário, ou aquilo que Kent Roach chamou de “batalha de gritos”, na qual um poder tenta fazer prevalecer a sua compreensão do sentido constitucional sem preocupar-se em levar em conta a perspectiva do outro. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que essas reações possuem a virtude de ter reacendido o debate acerca de importantes questões constitucionais na agenda política nacional, levando as instâncias democráticas a rediscutirem os temas analisados pelo STF nos espaços de deliberação pública.

6. REFERÊNCIAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019.

ANTONELLI, Leonardo Pietro. **Correção legislativa da jurisprudência**: uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária. Rio de Janeiro: Editora JC, 2015.

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.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. p. 1109.

BLACKSTONE, Bethany. An analysis of policy-based congressional responses to the U.S. Supreme Court's constitutional decisions. **Law & Society Review**, Salt Lake City, v. 47, n. 1, p. 199-228, 2013.

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da EMC 41-2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-41-19-dezembro-2003-497025-anexo-pl.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator Dep. Arnaldo Faria de Sá pela aprovação da PEC n.º 379, de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/684194.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator Dep. Custódio Mattos pela aprovação das PECs - 559/2002 e 504/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=85426&filename=Tramitacao-PEC+559/2002>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Consulta pública. Resultado apurado em 01.08.2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Parecer avulso do Relator Dep. Jefferson Peres. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4801236&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. PEC n.º 50, de 2016. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609589&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional n.º 50, de 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035267&disposition=inline>>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 14. Rel. Min. Célio Borja. Tribunal Pleno. Julgado em 28/09/1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º. 5.105. Relator Min. Luiz Fux. Plenário. Julgamento em 01.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24875. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 11/05/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 153.771. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 20/11/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 24/03/2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n.º. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

CHRISTIANSEN, Matthew R.; ESKRIDGE JR., William N. Congressional overrides of Supreme Court statutory interpretation decisions, 1967–2011. **Texas Law Review**, Austin, v. 92, n. 6, p.1317-1541, 2014.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018.

CUNHA, Carlos Renato; COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. O sobrestamento legislativo de decisões do STF: diálogo constitucional e o papel do judiciário como ator com poder de veto no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 193-216, out./dez. 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter M.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited: or “much ado about metaphors”. **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

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). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau**, Montréal, v. 64, num. spécial, p. 377-420, 2003.

LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018.

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.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, J. B. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2009.

RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. 200 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2013.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 277-302, set./dez. 2018.



Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle

Anti-conventionality: errors, inconsistencies, and paradoxes of a control instrument without control

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS ^{1,*}

¹ Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas, São Paulo, Brasil)
lucas.laurentiis@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>

FELIPE GRIZOTTO FERREIRA ^{1,**}

¹ Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas, São Paulo, Brasil)
felipe.g.ferreira@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-4204-8569>

Recebido/Received: 17.02.2020 / February 17th, 2020

Aprovado/Approved: 12.12.2020 / December 12th, 2020

Resumo

A partir de 2006, juristas e autoridades latino-americanas têm se deparado com um novo desafio no âmbito do exercício do poder para invalidação de leis e atos normativos: o controle de convencionalidade. Embora a literatura majoritária tenha recepcionado de maneira

Abstract

Since 2006, Latin American lawyers and authorities have faced a new challenge in the exercise of power to invalidate laws and normative acts: the control of conventionality. Although the majority literature has received this innovation extremely positively, there are several inconsistencies and

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.71780.

* Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas-SP, Brasil). Coordenador e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos". Mestre e Doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante com bolsa CAPES sanduíche da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. É especialista em Direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor nos cursos de especialização e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor e orientador da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. Foi pesquisador e professor convidado da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo e Membro da comissão de Direito constitucional da OAB-SP. É advogado e consultor nas áreas de direito público e direito tributário. E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

** Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Campinas-SP, Brasil). Graduado em Direito pela PUC-Campinas, com período sanduíche na Universidade de Coimbra. E-mail: felipe.g.ferreira@hotmail.com.

extremamente positiva essa inovação, existem diversas incoerências e inconsistências desse instrumento. É o que este trabalho busca demonstrar e problematizar. Com base em um método descritivo e normativo, será demonstrado que tal instrumento de controle carece de fundamento. Isso gera problemas conceituais, pois não existe possibilidade de aplicar uma sanção normativa através do juízo de convencionalidade, o que afasta a ideia de controle normativo. A adoção desse instrumento também gera sérios problemas procedimentais e de competência sancionatória nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Por fim, a identificação de decisões ativistas da Corte Interamericana consiste em mais um fator contrário ao controle de convencionalidade.

Palavras-chave: direito internacional; direito comparado; controle de convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; crítica.

inconsistencies of this instrument. This is what this paper seeks to demonstrate and problematize. Based on a descriptive and normative method, it will be demonstrated that such a control instrument is unfounded. This generates conceptual problems, since there is no possibility of applying a normative sanction through the judgment of convention, which removes the idea of normative control. The adoption of this instrument also creates serious procedural and sanctioning problems in the legal systems of States. Finally, identifying the activist decisions of the Inter-American Court is one more factor contrary to the control of conventionality.

Keywords: International Law; Comparative Law; control of conventionality; Inter-American Court of Human Rights; criticism.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Controle sem fundamento; 3. Controle sem controle; 4. Controle sem procedimento; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“Nossos braços, então, alcançam o céu”, disse o Ministro Eros Grau em julgamento que debatia a possibilidade de decisões do Supremo Tribunal Federal serem afastadas por norma do poder Legislativo que recria a lei declarada inconstitucional.¹ Não haveria, para o Ministro, órgão superior ou visão mais qualificada do que a apresentada pela Suprema corte brasileira quando a questão debatida é a validade da lei que afronta parâmetros constitucionais. O céu do Supremo é a prevalência de seu ponto de vista, mesmo que ele afronte a decisão de um órgão representativo. Mesmo que não exista consenso argumentativo acerca dos resultados do julgamento. Hoje o Supremo Tribunal Federal não está mais só em sua cruzada pela ascensão celeste. Ele encontrou um competidor a sua altura: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Impulsionada pelo movimento de globalização e pela consequente multiplicação de órgãos internacionais incumbidos de apreciar violações a parâmetros internacionais de direitos humanos,² a CIDH trilhou um caminho ambicioso e inovador em seus julgamentos. Criou uma jurisprudência que, com boas razões, já foi denominada de “criativa”,

¹ Rcl. 4335, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20 de março de 2014.

² Apresentando as causas desse movimento: TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, [s.l.], vol. 50, p. 985-1004, 2009, p. 992. De forma similar: BOGDANDY, Armin von. Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechtes – eine Bestandaufnahme. *ZaöRV*, [s.l.], vol. 63, p. 853-877, 2003. p. 854.

“*avant-garde*” e até “legalmente não conformista”.³ Quando dois órgãos jurisdicionais com ideias criativas e formas de julgar não conformistas se chocam, dois podem ser os resultados. Ou surgirá um novo direito, um novo futuro, uma nova forma de pensar;⁴ ou ocorrerá a desconstrução e dissolução de tudo o que há de estável e certo no direito.

Em matéria de controle da validade de atos normativos, a inovação vinda da jurisprudência da Corte interamericana é o controle de convencionalidade das leis e atos normativos internos.⁵ Concebida à imagem e semelhança do conceito de controle de constitucionalidade,⁶ tal figura tem pouco mais de dez anos de existência e seus efeitos já são sérios a ponto de se ter se afirmado que sua criação representou uma virada copernicana na compreensão do direito, pois gerou um verdadeiro *Big bang* na jurisprudência constitucional e interamericana.⁷ Surgiu uma euforia convencional. Citada como a chave para a solução de controvérsias envolvendo a atualização de pressupostos do direito penal,⁸ direito processual penal,⁹ direito administrativo,¹⁰ direito do trabalho,¹¹ processo civil,¹² direito eleitoral,¹³ a justiça de transição,¹⁴ a convencionalidade se tor-

³ HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the Ambassador of Universalism. **Quebec Journal of International Law**, Quebec, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p. 59.

⁴ Uma defesa radical dessa concepção foi defendida em BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018, para quem compete aos tribunais constitucionais “acender a luz na escuridão, submeter a vontade à razão”.

⁵ A esse respeito, ver o trabalho recente de ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo A.; TARREGA, Maria Cristina. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, vol. 20, n. 2, p. 317-336, jul./dez. 2019.

⁶ Para um quadro comparativo entre essas modalidades de controle, ver: GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, Puebla, vol. 5, n. 28, 2011. p. 123-159.

⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America: Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control. In: HAECK Yves; HERRERA, Clara Burbano; CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz (Org.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future**. Cambridge: Intersentia, 2016. p. 637.

⁸ GOMES, Eduardo Bianchi; GONÇALVES, Ane Elise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato, **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], vol. 18, n. 114, p. 73-96.

⁹ FEITOSA, Gustavo Raposo; SILVA NETO, Ademar Monteiro. Audiência de custódia, convenções internacionais de direitos humanos e liberdade de locomoção. **NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, vol. 36, n. 2, p. 153-170, 2016.

¹⁰ ALIANAK, Rachel Cynthia. El renovado derecho administrativo a la luz del control de convencionalidad. **Revista latinoamericana de derecho administrativo**, [s.l.], vol. 2, n. 1, p. 283-299, 2015.

¹¹ BELTRAMELLI NETO, Silvio; KLUGE, Cesar Henrique. Controle de convencionalidade difuso e concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. **Revista direito e justiça - reflexões sóciojurídicas**, Santo Ângelo, ano XVII, n. 28, p. 105-123, 2017.

¹² TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, [s.l.], vol. 06, p. 205-229, 2006.

¹³ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e inelegibilidades, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 9, n. 2, p. 681-705, 2016.

nou o elemento de intersecção, e conflito, dos direitos constitucional e internacional dos direitos humanos.¹⁵

Não há mais espaço imune à influência da convencionalidade e esse conceito foi alçado ao patamar antes ocupado por outras figuras do direito público sobre as quais se deposita a esperança de se construir um novo direito, um novo futuro, uma nova era, em que as fronteiras entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais sejam apagadas. Os perigos e problemas dessa cruzada iluminista não são novos e suas causas são conhecidas: o ganho de influência do direito internacional e a diluição das fronteiras nacionais se revelaram, muitas vezes,¹⁶ como puros pretextos para a expansão do poder político de nações desenvolvidas,¹⁷ assim como a proteção internacional dos direitos humanos se revelou, algumas vezes, como uma forma velada de proteção da livre circulação de bens e mercadorias e da garantia de segurança para a acumulação do capital.¹⁸ O controle de convencionalidade é mais um ingrediente desse caldo de ideias, sentimentos e expectativas em que se transformaram o direito internacional público e o direito internacional dos direitos humanos.

Assim, se as instituições e relações internacionais e sua sistemática normativa podem ser utilizadas para manutenção da desigualdade de distribuição de poderes entre os Estados e até mesmo para o desencadeamento de uma fragilização dos princípios democráticos, um pensamento crítico e responsável se faz necessário frente a essas novas tendências. Apresentamos aqui algumas dúvidas a respeito de tal possibilidade. A noção de inconvenção, ao nosso ver, sofre de deficiências de fundamentação que no limite comprometem a aplicação da jurisprudência convencional que a sustenta (item II). Fora isso, o próprio conceito de controle de inconvenção é equivocado, pois não há similitude entre os pressupostos e o funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade das leis e as características da inconvenção (item III). Pensamos também que tal qual concebido e fundamentado, o controle de convencionalidade não pode ser nem mesmo utilizado pela Suprema corte constitucional brasileira, o que gera um paradoxo no interior da sistemática de controle brasileira (item IV). Esse é o caminho e essas são as conclusões deste estudo. Não são conclusões fáceis, não só porque a literatura nacional tende a louvar a inconvenção, escondendo

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 19, p. 67-93, 2012.

¹⁶ Nessa linha e questionando os critérios que levam o Conselho de segurança da ONU a autorizar intervenções territoriais: MURSWIEK, Dietrich. Souveränität und Humanitäre intervention. **Der Staat**, [s.l.], vol. 35, n. 1, p. 31-44, 1996.

¹⁷ Para uma visão altamente crítica dessa situação, ver: KOSKENNIEMI, Martti. International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?. **Constellation**, [s.l.], vol. 11, n. 4, p. 492-511, 2004.

¹⁸ Observando que o direito internacional dos direitos humanos passou a ser utilizado na defesa de investidores internacionais perante tribunais arbitrais: TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)**, [s.l.], vol. 77, n. 2, p. 483-505, 2008.

seus problemas, mas também porque a crítica da inconvenção e da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos pode ser muito facilmente confundida como uma crítica aos direitos humanos e aos valores que eles representam. Por isso, são raros os estudos que apresentam uma visão crítica a esse respeito.¹⁹ Frente a essa possível crítica não há muito o que fazer senão lamentar pela partidização do debate jurídico e lembrar que a crítica sincera e tenaz é, na verdade, o maior elogio que se pode fazer ao autor, ao valor ou à noção criticados.

2. CONTROLE SEM FUNDAMENTO

Competência é delimitação de poder.²⁰ Em uma organização estatal, o poder é exercido de duas formas distintas: ou pela criação de normas cogentes ou pela eliminação dessas mesmas normas. A competência pode, assim, ser definida em termos positivos – para o caso de se autorizar a criação de normas – ou negativos – quando se abre a possibilidade de um determinado órgão eliminar leis ou atos normativos integrantes do sistema jurídico.²¹ Em ambos os casos, por se tratar de uma parcela de competência, exige-se sempre que o ato de criação ou eliminação normativos sejam amparados em uma regra de competência explícita, que lhes dê fundamento e legitimidade. Se é assim, o exercício de uma competência negativa, que se realiza com a anulação de normas jurídicas, deve ter uma fundamentação explícita e precisa. Caso contrário não se estará perante um caso de exercício legítimo de competência e sim diante de um ato de usurpação de poder.

É exatamente por isso que a criação teórica e jurisprudencial do controle de convencionalidade foi seguida pela busca incessante de seu fundamento normativo. Sem ele, afinal, essa espécie de controle não passaria de um ato ilegítimo de apropriação de poder. Foram, então, empreendidos os mais diversos esforços na busca do elo perdido da fundamentação do controle de convencionalidade. Nessa tarefa inglória, três foram os principais candidatos a tábua de salvação dessa forma não convencional

¹⁹ Entre as exceções encontradas na literatura nacional, ver: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público – concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 301, onde se afirma que não cabe à Corte internacional “revogar a lei inconvenção ou regar abstratamente a situação levada a julgamento, substituindo o legislador estatal”.

²⁰ Sobre o conceito de competência, ver na literatura processual: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**: volume 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 436, onde se diz que a competência é o “conjunto de atribuições de cada órgão ou conjunto de órgãos, estabelecidas pela Constituição ou pela lei”.

²¹ A equivalência em termos normativos, dos atos de criar e anular regras jurídicas, foi assim constatada por Hans Kelsen: “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade de sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 152).

de controle. Primeiro, afirmou-se que o controle de convencionalidade seria uma derivação direta do que dispõem os artigos 1º e 2º do Pacto de San Jose da Costa Rica.²² Depois sustentou-se que o princípio internacional do *pacta sunt servanda* e a Convenção de Viena formariam em conjunto a base do controle de convencionalidade.²³ Por fim, houve quem apelou para o direito francês, onde uma decisão da década de setenta do Conselho constitucional indicaria a existência dessa nova forma de controle de validade das leis.²⁴ Nenhuma dessas tentativas convence.

A primeira delas desconsidera o próprio texto da Convenção americana, que no artigo 2º exige que os “Estados-partes” adotem as medidas necessárias a garantir os direitos e liberdades nela previstos “de acordo com as normas constitucionais” de cada Estado. Se este texto e seus termos têm algum sentido, eles querem dizer que o sujeito a quem é endereçado a obrigação de adequar as normas internas às internacionais é o próprio Estado, não a CIDH, que, ao criar o controle de convencionalidade, chama essa tarefa para si e, com isso, altera um pacto internacional sem que as partes signatárias estejam necessariamente de acordo com essa modificação. Quem agride, portanto, a boa-fé dos acordos internacionais e a ideia do *pacta sunt servanda* é, neste ponto, a própria CIDH ao criar o controle de convencionalidade.²⁵ Na verdade, o texto da Convenção

²² Dentre muitos outros, nesse sentido: CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 18, p. 721-754, jul./dez. 2013. p. 726 e ss.; HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 7, n. 2, p. 109-128, 2009; ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 474; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 533; MAGALHÃES, Breno B. O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CHAVES, Valena Jacob (Org.). **Ensaio crítico: do político ao jurídico**. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016. p. 107.

²³ Os dispositivos de tal Convenção obrigam as partes a cumprir os acordos internacionais com boa-fé e impedem que uma delas invoque o direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Buscando justificar o controle de convencionalidade com esses argumentos, dentre muitos outros autores nacionais: CAMILO, Guilherme Vítor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. **Revista de direito brasileira**, São Paulo, vol. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017. p. 25; CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas, **Revista de direito internacional**, Brasília, vol. 12, n. 2, p. 341-354, 2015. p. 351.

²⁴ Nessa linha, que se tornou particularmente popular no direito brasileiro: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81; RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista CAAP**, Belo Horizonte, vol. XVIII, n. 2, p. 61-96. p. 64; CHAVES, Denilson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr. 2016.

²⁵ Com as mesmas observações e conclusões: BILDER, Christina. The prohibition of amnesties by the inter-American Court of Human Rights, *German law journal*, [s.l.], vol. 12, n. 5, p. 1203-1230, 2011, p. 1216; CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **I-CON**, [s.l.], vol. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 419.

não diz aqui nada além do óbvio: enquanto signatários de um acordo internacional, compete a cada Estado cumprir o que foi acordado. E, se este compromisso não foi cumprido, será possivelmente o caso de se impor uma sanção internacional. Mas isso não quer dizer que se atribuiu à CIDH a competência para invalidar as normas estatais que estejam em desacordo com o direito internacional. Muito menos quer dizer que a manifestação desta Corte crie automaticamente as condições práticas para a implementação de todo um sistema de controle normativo. Pelas mesmas razões, não tem sentido contornar este problema, sustentando que a Convenção americana também atribui à CIDH a competência de “determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados”.²⁶ Determinar não significa anular e, a bem da verdade, uma Corte que detenha o poder de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, disso retirando as consequências práticas dessa declaração, não precisa de nenhuma determinação adicional para ver seus julgados cumpridos. Não é esse o caso da Corte interamericana de direitos humanos, que por isso mesmo não detém competência de controle e não foi autorizada pelo tratado que a criou a exercer essa atividade. Tudo isso quer simplesmente dizer que, se não existe em um determinado país as condições que tornam possível a adequação do direito interno ao compromisso internacional, a CIDH não pode exigir que essas condições sejam criadas em um passe de mágica.²⁷

Ocorre que a condição mais elementar de existência do controle de convencionalidade é a sobreposição das normas integrantes do tratado internacional de proteção de direitos humanos a toda e qualquer norma interna estatal. Sem que isso ocorra, sempre será possível que o fundamento da declaração de inconvenção seja, ele mesmo, inválido, em decorrência de um eventual vício de inconstitucionalidade.²⁸ Se esta condição não existe, podem ocorrer três situações: ou a convenção se sobrepõe às leis internas, mas está submetida às normas constitucionais; ou leis e convenções estão em um mesmo nível de hierarquia normativo; ou as convenções têm o mesmo nível

²⁶ É o que dispõe no artigo 63 da Convenção americana. Em sentido contrário, afirmando que “no sistema interamericano, a previsão de que a sentença da Corte assegurará, o quanto possível o direito exercício (*sic*) do direito violado presta-se a indicar, entre outras consequências, a desnecessidade de um mecanismo interno de invalidação da sentença nacional”: TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, [s.l.], vol. 06, p. 205-229, 2006. p. 220.

²⁷ Estranhamente a própria Corte interamericana reconheceu esse fato ao afirmar que “embora a Corte reconheça a importância desses órgãos como protetores dos mandatos constitucionais e dos direitos fundamentais, a Convenção Americana não impõe um modelo específico para realizar um controle de constitucionalidade e de convencionalidade” (*Liakat ali Alibux vs. Suriname*, sentença de 20 de janeiro de 2014, parágrafo 124). Se isso é certo, como foi aqui observado, não tem sentido a noção de inconvenção. Apontando essa contradição: JUÁREZ, Karlos A. Castilla. Control de convencionalidade interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. p. 159.

²⁸ É sintomático que Néstor Sagüés, um dos maiores defensores do controle de convencionalidade, seja também um dos poucos que reconhecem esse fato, afirmando ainda que este é o “calcanhar de Aquiles” deste instrumento de controle: SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010, p. 124.

normativo das normas constitucionais.²⁹ No terceiro caso a criação de um novo instrumento de controle é desnecessária: bastará o controle de constitucionalidade para resguardar a autoridade tanto da Constituição quanto dos tratados internacionais de direitos humanos. No segundo caso não há condição para se falar em qualquer espécie de controle com base em disposições de tratados internacionais, pois assim como as leis os tratados serão objeto, não parâmetro de controle. Mas e na primeira hipótese? Apesar de boa parte da literatura afirmar que a posição intermediária dos tratados internacionais autorizaria a realização do controle de convencionalidade,³⁰ a verdade é outra. Isso pelo simples fato de que, se tanto o tratado quanto a lei estão submetidos à Constituição, o critério de prevalência das normas internas ou internacionais será uma decorrência da interpretação do parâmetro constitucional, não do próprio tratado. Se a existência da violação do tratado depende da aferição do critério constitucional que determina a precedência desta norma, não há um verdadeiro controle de convencionalidade, mas sim uma aferição reflexa e indireta da constitucionalidade. É exatamente a mesma situação que ocorre quando se trata da determinação da incidência de normas federais ou estaduais. Em casos de conflitos entre essas espécies normativas, deve-se recorrer ao critério constitucional que determina a precedência das normas criadas pelos diversos entes federativos.³¹ Assim como nessa hipótese não ocorre necessariamente a invalidação de uma norma que adentre na competência de outro ente federado, sobretudo quando se tem em conta as normas de divisão de competências no plano vertical, no caso do conflito entre normas nacionais e internacionais a Constituição pode determinar a prevalência de qualquer destas normas, sem que ocorra a invalidação ou a anulação de nenhuma delas.³²

²⁹ Já é antigo o entendimento que defende a equiparação da hierarquia de tratados internacionais e normas constitucionais no direito brasileiro. Sua defesa pode ser encontrada em: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 72. Contudo, essa interpretação não subsiste mais no direito brasileiro depois da aprovação da Emenda constitucional n. 45/2004, que explicitamente exige que os tratados internacionais de direitos humanos sejam aprovados por quórum de aprovação de emendas constitucionais para que sua hierarquia seja equivalente à Constituição.

³⁰ Afirmando que a supralegalidade seria condição suficiente para o exercício do controle de convencionalidade: RAMOS, André Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. p. 259; MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

³¹ Acerca de tais critérios, ver o estudo clássico de: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

³² Direto e preciso neste sentido: REIMER, Philipp. "L'État, c'est le droit" – sobre a atualidade da teoria do Estado de Hans Kelsen em face da metamorfose do poder estatal. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito UFRGS**, Porto alegre, vol. XI, n. 1, p. 50-79, 2016. p. 65.

Não é de todo impossível que uma ordem constitucional reconheça a superioridade de normas internacionais em relação às disposições da Constituição,³³ caso em que se estará transferindo a função de organização final do poder de um estado para uma instância internacional. Neste caso, seria possível cogitar de um controle de convencionalidade até mesmo de normas constitucionais. Mas essa não é uma regra geral do direito internacional e comparado; muito menos é o que ocorre no direito brasileiro. Em todo caso, uma transferência de competência decisória como essa não pode ser pressuposta por ilações argumentativas ou argumentações doutrinárias. Ela precisa estar prevista claramente, sob pena de se caracterizar não só como uma modificação unilateral da decisão estatal que levou à assinatura e à incorporação do tratado internacional, mas também como uma usurpação da opção democrática que indica a última instância decisória de um país. Deve-se observar, assim, que a determinação do nível hierárquico de qualquer espécie normativa – incluso os tratados – é uma variável que deve ser determinada de forma democrática e transparente por cada país.³⁴ Não há uma regra universal e necessária a esse respeito e, por isso, não se pode pressupor, como faz a CIDH que o confronto entre normas internas e internacionais sempre deve ser resolvido em favor dessas.³⁵ Essa conclusão que deve ser comprovada e não afirmada peremptoriamente.

³³ Sustentando que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos têm prevalência sobre as normas internas, inclusive as constitucionais: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 839. No direito comparado, o caso mais conhecido e citado de Estado que admite a superioridade de regras de direito internacional em relação às normas constitucionais é a Holanda, tal que se afirma em: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de informação legislativa**, [s.l.], ano 37, n. 138, p. 231-250, out./dez., 2000. p. 237, afirmação essa que não está totalmente de acordo com a realidade, pois a Constituição holandesa condiciona a prevalência das normas internacionais em relação aos parâmetros constitucionais à aprovação do tratado por maioria qualificada de dois terços dos membros do congresso. E como esse é o mesmo quórum exigido para a modificação do texto constitucional holandês, entende-se que essa votação implica a mudança do parâmetro constitucional, que passa então a incorporar o texto do tratado em seu corpo. Nesse sentido: ANDO, Nisuke. National implementation and interpretation. In: SHELTON, Dinah (Org.). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 698.

³⁴ Neste exato sentido: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: análise do tema à luz do direito constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 23, n. 73, p. 48-58, 2003. A mesma regra é válida para o continente Europeu como se observa em: LÜBBE-WOLFF, Gertrude. ECtHR and national jurisdiction – The Görgülü Case. **Humboldt Forum Recht**, n. 12, p. 138-146, 2006. p. 139, onde se afirma que a Convenção europeia não indica o “mecanismo por meio do qual os Estados membros e seus órgãos observarão a Convenção”; MÜCKL, Stefan. Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshot für Menschenrechte. **Der Staat**, [s.l.], vol. 44, n. 3, p. 403-431, 2005. p. 407, onde também se observa que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, têm hierarquia legal na Alemanha.

³⁵ No mesmo sentido, o próprio Hans Kelsen, que é considerado um dos defensores da visão monista, afirmou com base na jurisprudência da Corte internacional de justiça, que: “The question as to whether in case of a conflict between national and international law the one or the other prevails can be decided only on the basis of the national law concerned; the answer cannot be deduced from the relation which is assumed to exist between international and national law” (KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. New York: Rinehart and Co., 1952. p. 419).

O recurso à Convenção de Viena sobre direito dos tratados leva a problemas similares,³⁶ mas esse caminho tem alguns agravantes. Quem fundamenta o controle de convencionalidade neste tratado se vale da seguinte disposição: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”³⁷ Essa linha argumentativa não vai muito longe. Primeiro porque este dispositivo não diz muito mais do que o óbvio: é evidente que, ao ratificar um tratado internacional, os Estados devem se abster de alegar impedimentos decorrentes de sua legislação interna. Caso contrário nenhum acordo internacional terá valor, pois sempre será possível aprovar uma norma que exclua essa obrigação. Isso quer simplesmente dizer que, seja lá qual for a razão que leve um estado a descumprir uma obrigação internacional, esse ato sempre gera a responsabilidade do Estado infrator.³⁸ Daí a se concluir que os tratados internacionais se transformaram em parâmetro de invalidação de normas internas há uma distância brutal.

Segundo porque a Convenção de Viena não cria nenhuma hierarquia normativa especial para os tratados. Ela simplesmente diz que eles devem ser cumpridos, sem explicitar qual a consequência do seu descumprimento.³⁹ Consta inclusive dos anais dos trabalhos preparatórios desta Convenção a proposta de Luxemburgo, que pretendia incluir um dispositivo no texto no qual se atribuía prioridade às normas internacionais quando em confronto com regras locais. Se esta proposta tivesse sido aprovada, haveria fundamento textual na Convenção de Viena para a implantação do controle de convencionalidade. Não foi isso o que ocorreu.⁴⁰ Afirmar, portanto, que essa Convenção exige que normas internas sejam anuladas com base em parâmetros internacionais, é uma inferência criada pela Corte interamericana de direitos humanos, não uma

³⁶ Dita Convenção foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto presidencial 7.030/2009.

³⁷ Dentre muitos outros, sustentando que o citado artigo da Convenção de Viena (art. 27) fundamenta o controle de convencionalidade: BAZÁN, Victor. El control de convencionalidade: incógnitas, desafíos y perspectiva, In: BAZÁN, Victor, NASH, Claudio (Org.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: el control de convencionalidad, Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2011. p. 24. A própria Corte interamericana de direitos humanos se refere a ese argumento no julgamento do conhecido caso *Almonacid arrellano*, afirmando que “esta Corte estableció que, “[s]egundo o Direito Internacional, as obrigações por este impostas devem ser cumpridas de boa-fé e o Direito Interno não pode ser invocado para justificar seu descumprimento”. Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969” (sentença de 26 de setembro de 2006, C-154, parágrafo 125).

³⁸ A mesma conclusão pode ser retirada do art. 32 do *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, segundo o qual: “The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this part”.

³⁹ Nessa linha, afirmando que a Convenção de Viena se refere à responsabilidade internacional dos Estados, “não à maneira de incorporação dos tratados ou à sua hierarquia no direito interno”: DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, Texas, vol. 50, n. 1, p. 47-93, 2015. p. 63.

⁴⁰ Com as mesmas conclusões a respeito dos trabalhos preparatórios da Convenção: TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)**, [s.l.], vol. 77, n. 2, p. 483-505, 2008. p. 489-491.

imposição do texto. Enfim, ainda de acordo com o texto da Convenção de Viena, os direitos e as obrigações deste tratado se dirigem a regular os tratados firmados entre Estados.⁴¹ Não se sabe, por isso, como e por que uma Corte internacional, no caso a CIDH, que não é um Estado, poder utilizar esse tratado para criar uma obrigação que nem mesmo está prevista em seu texto. Ocorre aqui, portanto, uma argumentação circular e altamente paradoxal: o controle de convencionalidade busca fundamentação na Convenção de Viena, que não prevê dessa espécie de controle e, por isso, é violada pela criação deste instrumento de controle.

Finalmente, há a inferência do controle de convencionalidade com fundamento em decisões do Conselho constitucional francês. Quanto a esse ponto, é preciso questionar por que, afinal, a utilização de uma técnica de controle em solo francês deve levar à sua implantação no continente americano? Aqui é preciso recordar que instrumentos legais de ordens normativas estrangeiras não podem ser importados sem que o país ou organismo receptor esteja em condições para receber essa transposição. Mais do que isso, deve-se lembrar que o estudo teórico do direito comparado não gera efeitos normativos e, por isso, a pesquisa e descrição de um instrumento de controle do direito estrangeiro não tem nenhum efeito sobre outros sistemas jurídicos.⁴² Com essas premissas em mente, o contexto em que o Conselho constitucional francês criou o seu modelo de controle de convencionalidade deve ser esclarecido para então se concluir se e em quais condições o instrumento criado por esta Corte pode ser transportado para a América.

Quando, na década de setenta, o Conselho se negou a aferir a compatibilidade de um projeto de lei que descriminalizava a prática do aborto em relação a tratados internacionais, os pressupostos mais simples desta decisão foram: a Constituição francesa de 1958 tem um dispositivo que explicitamente atribui nível supralegal a tratados internacionais.⁴³ Fora isso, no direito francês anterior à reforma de 2008, não havia nenhuma possibilidade de se contestar a constitucionalidade de uma lei depois de sua promulgação.⁴⁴ Isso dá sentido ao entendimento do Conselho que no citado julgamento se nega a aferir a adequação do projeto de lei em relação ao tratado, juízo esse que

⁴¹ É o que diz a Convenção de Viena em seu art. 1º: “A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados”.

⁴² Como bem observa José Afonso da Silva, o direito comparado não é um “ramo do direito” como os demais, pois “não se pode falar de direito comparado objetivo, porque não existe um conjunto de normas de direito comparado” (SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31).

⁴³ Trata-se do conhecido artigo 55 da Constituição de 1958, segundo o qual: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”.

⁴⁴ A respeito da implantação do procedimento de controle repressivo e concentrado no direito constitucional francês, ver: FABBRINI, Federico. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation. **German Law Journal**, [s.l.], vol. 9, n. 10, p. 1297- 1312. 2008.

não deve de forma alguma ser realizado por uma Corte constitucional, e enfim atribui aos demais juízes a função de avaliar a convencionalidade de leis contrárias a tratados. Dois detalhes adicionais devem ser lembrados. Primeiro, a hierarquia diferenciada dos tratados está condicionada pela Constituição francesa atual à reciprocidade dos demais signatários. Segundo, para entrarem em vigor, os tratados internacionais devem ser previamente avaliados em relação a sua constitucionalidade. Enfim, caso o Conselho constitucional verifique algum ponto de não adequação em relação ao parâmetro constitucional, a incorporação do tratado deve ser feita por meio de uma reforma constitucional.

Disso tudo resulta que tratados internacionais em vigor no direito francês são necessariamente constitucionais, o que afasta por completo a possibilidade de que o exercício pelas instâncias inferiores do controle de convencionalidade gere decisões contrárias ao texto constitucional e leva à necessidade de implantação de um sistema de controle de compatibilidade de leis em relação a tratados.⁴⁵ O problema é que a combinação de tais condições raramente sistemas jurídicos americanos, onde muitas vezes se atribui uma hierarquia normativa diferenciada a tratados internacionais de proteção de direitos humanos,⁴⁶ mas em regra se adota a sistemática repressiva de controle de constitucionalidade das leis.⁴⁷ Nestas condições, não tem nenhum sentido importar a noção francesa de convencionalidade, que foi talhada para ser aplicada em um sistema de controle puramente preventivo. Nesse caso, como já foi aqui observado, uma vez que se admita a verificação posterior da constitucionalidade de uma norma, bastará aferir se as leis e os tratados que integram o ordenamento estão de acordo com os parâmetros da Constituição. Sem convencionalidade.

Paralelo a tudo isso surgiu uma proposta alternativa e radical de fundamentação: o controle de convencionalidade seria uma via para a efetivação da maior proteção dos direitos humanos e fundamentais (*pro homine* ou *favor persona*), justificativa que se sobrepõe a todas as demais e torna desnecessário o recurso a dispositivos específicos

⁴⁵ Para a análise de tal procedimento de controle, cf DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 3. ed. Paris: PUF, p. 573 e 574, onde se afirma que o procedimento de controle dos tratados se destina a “prévenir tout conflit normatif entre un engagement international et la Constitution”.

⁴⁶ Para uma relação dos países que atribuem status diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, ver: DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Argentina: Ed. del Puerto, 1997. p. 49.

⁴⁷ O Chile é uma exceção a essa regra, pois a constituição adota ao mesmo tempo as sistemáticas de controle preventiva e repressiva. Contudo, esse caso também não afasta a conclusão aqui defendida, pois a concomitância desses dois modos de controle afasta a necessidade de qualquer outra modalidade de aferição que não seja controle de constitucionalidade. Contra, afirmando que o sistema Chileno comporta também o controle de convencionalidade: ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 5, n. 1, 59-88, 2007. p. 62.

de Convenções internacionais que autorizem a aplicação dessa técnica de controle.⁴⁸ Nesse caso, o argumento que sustenta a existência do controle de convencionalidade não é só problemático, mas também obscuro.⁴⁹ Não se sabe, afinal, o que na prática se altera no que diz respeito ao nível de satisfação de um direito humano ou fundamental com a criação de um novo instrumento de controle. A julgar pelo que se observa da prática do controle de constitucionalidade, que muitas vezes é também fundamentado na necessidade de se proteger minorias políticas e sociais, a resposta a essa questão seria simplesmente: muito pouco ou nada, pois a existência de instrumentos jurisdicionais de controle não garante que o resultado do julgamento será necessariamente a favor da proteção do direito humano ou fundamental.⁵⁰ Soma-se a isso que, na lógica da ponderação adotada neste ponto pelos defensores da convencionalidade,⁵¹ a proteção de um direito humano ou fundamental deve necessariamente implicar a restrição de outro, do que se extrai a consequência de que a proteção realizada pelo julgamento que aplica a convencionalidade sempre resulta na não proteção do julgamento que não aplica essa técnica.⁵² E isso quer dizer simplesmente que, não só a proteção, mas também o instrumento de controle em questão é seletivo e arbitrário por natureza: ele existe e é aplicado desde que auxilie a finalidade perseguida pelo julgador.

⁴⁸ Com essa justificativa: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 39, n. 232, p. 363-390, jun. 2014.; BAZÁN, Victor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. *Revista direito público*, vol. 8, n. 41, p. 218-235, set./out. 2011.

⁴⁹ Na avaliação crítica de Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira, o argumento que busca sustentar o controle de convencionalidade na prevalência da regra mais benéfica ao ser humano (*pro homine*) é pseudo-jurídico e falacioso, pois “a escolha de um parâmetro normativo não pode ser submetida a tal ponderação de resultados, quase como se o operador do direito estivesse em um supermercado de normas” (MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público – concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 301).

⁵⁰ Algumas análises empíricas indicam que “as visões políticas da Corte nunca são, por muito tempo, dissociadas das visões políticas dominantes nas maiorias que legislam” (DAHL, Robert. Tomada de decisão na democracia – a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt (Org.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 470).

⁵¹ A ideia de ponderação teve grande prestígio no direito brasileiro, a ponto de ser considerada por alguns como o novo paradigma do direito. Recentemente alguns estudos têm apresentado uma visão crítica a seu respeito. Dentre eles, cite-se: LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017; MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, vol. 5, n. 3, p. 15-45, jul./dez. 2003.

⁵² Até mesmo defensores convictos do controle de convencionalidade reconhecem a fragilidade de tal fundamentação. Exemplo disso está na afirmação de André Carvalho Ramos, segundo a qual a interpretação *pro homine* “sobre desgaste profundo pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos, o que faz ser impossível a adoção desse critério no ambiente do século XXI no qual há vários direitos (de titulares distintos) em colisão” (RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 108).

O controle de convencionalidade funciona, assim, como elemento de desestabilização e dissolução do sistema jurídico como um todo. Sua aplicação, afinal, não está voltada a preservar a hierarquia entre a norma controlada e o parâmetro de controle, mas sim a nivelar e relativizar a função desses dois polos, do que resulta a eliminação da própria função do instrumento de controle. Desestabilizador e sem cumprir a função mais elementar dos instrumentos de controle, o conceito de convencionalidade sobrevive, enfim, com o recurso de seus defensores a abstrações e conceitos morais altamente indeterminados.⁵³ Frente a essa forma de justificação, pode-se recordar uma constatação de Carl Schmitt: “Responder a questões de competência indicando o aspecto material significa considerar alguém como louco”.⁵⁴ E em um mundo em que os limites entre a sanidade e a loucura são cada vez mais imprecisos, é preferível renunciar ao conceito mais do que controverso de convencionalidade do que abdicar da objetividade do sistema jurídico.

3. CONTROLE SEM CONTROLE

Controlar é valorar negativamente. Todo julgamento é, por isso, em sentido amplo, um ato de controle. O juiz de uma partida de futebol controla a conduta dos jogadores; o fiscal de rendas controla o recolhimento de impostos; o tribunal de contas controla a execução orçamentária; a corregedoria, enfim, controla a conduta dos servidores. Mas quando se trata de controle normativo, a questão é diversa. Se está em questão a validade de leis ou atos normativos que afrontem parâmetros que lhe são superiores, há uma série de instrumentos, procedimentos e requisitos que direcionam e condicionam a realização do ato do controle. É exatamente por isso que neste caso se fala em sistema de controle de constitucionalidade, enquanto nos demais casos de, fala-se em controle, simplesmente. Essa distinção tem consequências práticas e dogmáticas importantes.⁵⁵

⁵³ Essa forma de justificação é aplicada quando juízes da Corte interamericana de direitos humanos recorrem a imagens hiperbólicas como “as leis da humanidade”, “o clamor universal”, ou enfim a “o despertar da consciência jurídica universal”, termos esses utilizados no voto concordante do juiz Cançado Trindade no julgamento do caso *Barrios altos v. Peru* (sentença de 14 de março de 2001). Assim como ocorre no caso da expressão *pro homine*, o conteúdo altamente abstrato e completamente indefinido de tais termos deixa na mão do julgador a escolha do resultado do julgamento, substituindo a objetividade da lei e do tratado pela subjetividade e pelo voluntarismo do julgador.

⁵⁴ SCHMITT, Carl. **Teologia política**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 31.

⁵⁵ A noção de sistema de controle de constitucionalidade designa um conjunto amplo de regras procedimentais distintas das utilizadas nos procedimentos jurisdicionais ordinários. Dentre tais diferenças, podem ser citadas: a causa de pedir aberta; a não exigência de demonstração de interesse processual de alguns legitimados das ações diretas de inconstitucionalidade; enfim, a possibilidade de a sentença de mérito ser afastada por decisão legislativa posterior. No mesmo sentido, confrontando a sistemática processual ordinária e o sistema de controle de constitucionalidade, ver: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 266 e ss.

E no controle convencionalidade, o controle exercido pelos órgãos estatais tem as mesmas características do sistema de controle de constitucionalidade? Sergio Garcia Ramírez, um dos criadores dessa noção,⁵⁶ responde afirmativamente, sustentando que “a convencionalidade possui, no âmbito externo, um significado semelhante ao que se atribui à constitucionalidade no âmbito interno”.⁵⁷ Neste ponto, é preciso ter muito cuidado com as aproximações. A inconstitucionalidade não é uma incompatibilidade normativa qualquer e seus efeitos não são derivados de uma inferência lógica extraída da constatação da violação de um parâmetro constitucional.⁵⁸ Ao contrário, a determinação do conteúdo e alcance da noção de inconstitucionalidade deriva da valoração simultânea de algumas ideias: a representatividade dos atores políticos que aprovaram a norma controlada; a rigidez e estabilidade dos parâmetros normativos que integram o texto constitucional; enfim, a função exercida pelos tribunais ao confrontar os textos legais com as normas constitucionais.

A combinação de todos esses elementos determina as características do sistema de controle de constitucionalidade e não há uma só solução para essa relação. É possível atribuir a competência de controle a todos os órgãos jurisdicionais, excluindo autoridades políticas dessa função; há a alternativa de se concentrar a atribuição de aplicação da sanção de inconstitucionalidade em um único órgão, que pode assumir funções jurisdicionais ou não; enfim, existe a possibilidade de se excluir completamente a função de controle das autoridades jurisdicionais, transferindo essa função para órgãos puramente políticos.⁵⁹ Essas alternativas têm consequências diferentes para a consolidação das ideias de democracia e proteção dos direitos garantidos em nível constitucional. Nenhuma delas contém uma verdade absoluta e incontestável e, por isso mesmo, é necessário que o sistema indique com precisão a autoridade que detém competência para aplicar a sanção de inconstitucionalidade. Esse elemento determina a natureza da sanção aplicada aos juízos de invalidade normativa, o que por sua vez determina o procedimento a ser seguido para que essa consequência seja atingida.

⁵⁶ De fato, o primeiro caso da jurisprudência da Corte interamericana em que se menciona o termo inconvençãoalidade foi *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003, quando em seu voto o juiz Sergio Garcia Ramírez menciona o termo “controle de convencionalidade” para se referir à responsabilidade de todos os órgãos do Estado frente às obrigações derivadas da Convenção.

⁵⁷ RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012, p. 214.

⁵⁸ Nessa linha, afirmando que “o juízo de inconstitucionalidade não se reduz a algo de lógico-formal ou silogístico”, ver: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 94.

⁵⁹ São, respectivamente, as características dos sistemas de controle americano, austríaco e francês. Para uma exposição das diferentes características de tais sistemáticas, ver: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

Todos esses conceitos estão extremamente dispersos e incertos quando se fala em controle de convencionalidade das leis. O caso que inaugura a série de manifestações da Corte interamericana de direitos humanos a respeito dessa técnica serve aqui de exemplo. Ali se diz que, apesar do “império da lei”, ao qual os juízes internos estão sujeitos, “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção se se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias”, disso resultando, ainda segundo as palavras da CIDH, que todos os órgãos do poder judiciário devem exercer “uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção americana sobre direitos humanos”.⁶⁰ Causa perplexidade o raciocínio circular que é aqui apresentado: se juízes estão sujeitos à lei e também à convenção, o que leva à conclusão de que se deve afastar a aplicação daquelas normas e não destas? A resposta a essa questão não está na simples afirmação de que o Estado se comprometeu a cumprir os tratados internacionais, pois os agentes estatais se comprometem também a respeitar as leis de um país, sobretudo se essas leis têm status constitucional. Solucionar esse paradoxo exige, portanto, a indicação de uma norma que autorize a CIDH e também os demais juízes a declararem a invalidade de leis e atos normativos com fundamento em disposições normativas de tratados internacionais. Mas como foi exposto no item anterior tal disposição não existe. Sem isso, tudo o que se pode extrair dessa afirmação da CIDH é que os acordos internacionais, tratados inclusive, devem ser respeitados pelos Estados signatários, sem que se possa extrair dessa simples afirmação qual a consequência do descumprimento dessas obrigações.

Nesse ponto, o controle de convencionalidade se apresenta como incompleto e paradoxal. Sua incompletude se situa no fato de se tratar de um instrumento de controle normativo que não está fundado na ideia de invalidade da norma nacional controlada, mas sim, como a própria CIDH diz, na responsabilidade do Estado em relação às obrigações internacionais por ele assumidas. Mas não se deve confundir responsabilidade internacional com o controle de convencionalidade. É perfeitamente possível, também desejável, que Estados violadores de normas de proteção de direitos humanos sejam responsabilizados perante organismos internacionais, responsabilização essa que pode assumir inúmeras formas e espécies: sanções comerciais, como embargos econômicos; políticas, como a expulsão de organismos internacionais; enfim, em casos mais drásticos e com a aprovação do Conselho de segurança das Nações unidas, se admite até mesmo a aplicação de sanções militares.⁶¹ Para o caso do continente ame-

⁶⁰ Sentença do caso *Almonacid Arrellano e outros v. Chile*, de 26 de setembro de 2006.

⁶¹ Há intenso debate a respeito da eficácia e das características de tal sistema sancionatório. A esse respeito, listando as hipóteses de sanção previstas na legislação internacional e defendendo a sua eficácia: DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 84.

ricano, a Carta da organização dos Estados americanos (OEA) é expressa ao admitir a aplicação de sanções, dentre as mais graves, a suspensão de Estados-membros, que deve decorrer de votação qualificada da assembleia geral desse órgão. Nenhuma dessas hipóteses de responsabilização representa uma espécie de controle normativo. Nem poderia, pois o fato de o Estado nacional ser responsabilizado internacionalmente indica que existe um ato que infringe a norma internacional, ato esse que deixa de existir quando se admite que o mesmo tribunal que deve responsabilizar o Estado também tem o poder de anular a lei, ou ato normativo, violador.⁶² Tudo isso se resume na constatação, que é endossada pela própria CIDH, de que o direito interno é considerado como um simples fato perante os tribunais internacionais.⁶³ Realmente, mas fatos não são válidos ou inválidos; normas, ao contrário, são. E como sem o juízo de invalidez não há controle normativo, fica evidente que, paradoxalmente, sob a ótica da própria Corte que criou o estranho conceito do controle de convencionalidade, esse não é um instrumento de controle.

Finalmente, todas os problemas conceituais do controle de convencionalidade são potencializados pela noção confusa e obscura do “duplo controle”.⁶⁴ É difícil compreender a razão de se denominar e qualificar o controle normativo de um determinado país com o adjetivo “duplo”. Afinal, sob o ângulo dos instrumentos e dos níveis de controle, o sistema é obviamente composto por múltiplas vias de verificação da validade das leis e dos atos normativos: há instrumentos de controle principal e incidental, aplicados em momentos prévio ou posterior à produção normativa, que, enfim, podem ser julgados segundo os critérios político ou judicial. No direito brasileiro, isso tudo resulta em um complexo sistema com diversas ações de controle propostas na via direta, somado a uma infinidade de possibilidades de questionamento da validade de leis ou atos normativos na via incidental. Soma-se a isso que a verificação da validade de atos normativos não está restrita à análise de sua constitucionalidade; é possível também que um ato normativo infralegal esteja em desacordo com o parâmetro legal que lhe

⁶² Similar, afirmando que a própria noção de responsabilidade internacional pressupõe que o Estado *possa* infringir as normas que integram os tratados internacionais: CONTESSE, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *I-CON*, [s.l.], vol. 15, n. 2, p. 414-435, 2017, p. 421.

⁶³ Com fundamento em pareceres consultivos da Corte interamericana e sustentando que “as instâncias internacionais apreendem as leis internas, inclusive as normas constitucionais, como meros fatos, analisando se houve ou não violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado”, ver: RAMOS, André Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005, p. 56. Esta visão também é adotada pelo *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* que em seu artigo 12 dispõe que: “There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character”.

⁶⁴ Utilizando essa terminologia, por muitos: CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso. Controle de convencionalidade: aproximação entre direito internacional e constitucionalismo?. *Revista do instituto brasileiro de direitos humanos*, [s.l.], vol. 13, n. 13, p. 47-58, 2013, p. 53; GOMES, Eduardo Bianchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 231-245, 2013, p. 235.

dá sustentação, caso em que o vício que fulmina a sua validade será a ilegalidade. Enfim, uma determinação individual pode estar em desacordo com a regulamentação administrativa e assim por diante, indefinidamente. Isso mostra que os níveis de validação e as possibilidades de invalidação de atos normativos produzidos dentro de um mesmo sistema jurídico são múltiplos, e não “duplos”.

Essa multiplicidade de níveis de controle contrasta, por outro lado, com a unicidade do critério de validação das leis ou atos normativos que integram um mesmo sistema jurídico. Aqui as exigências de coerência interna e a estabilidade afastam a possibilidade de coexistência de duas ou mais cadeias de fundamentação normativa. Direito, moral, religião, entre outros, configuram por isso sistemas autônomos de fundamentação e validação normativos, sem que se possa afirmar que o conflito de uma regra de um deles com um parâmetro do outro seja a causa da invalidade de uma destas normas.⁶⁵ Da mesma forma, os parâmetros e critérios de validação das normas constitucionais e internacionais são paralelos, independentes e incomunicáveis, pois derivam de fontes normativas diversas.⁶⁶

Quando se diz, portanto, que uma norma é simultaneamente constitucional e inconvençãoal, ou então ao contrário, inconstitucional e convençãoal, se afirma ao mesmo tempo uma obviedade e uma contradição. De fato, é obvio que um mesmo ato pode ser considerado válido sob o ponto de vista do direito de um país, mas também uma afronta das normas internacionais: isso só reafirma e comprova que os parâmetros de validação e responsabilização dessas duas ordens normativas são independentes.

Por outro lado, quando se propõe que um mesmo juiz possa, de forma simultânea, afirmar que uma lei ou ato normativo é constitucional e inconvençãoal, chegando à conclusão de que a norma é inválida, o que na verdade ocorre é a substituição de um fundamento de validação por outro. No caso, do parâmetro constitucional pelo convençãoal.⁶⁷ O que definitivamente não pode ocorrer é a concomitância dos critérios de invalidação. Caso contrário existiria a possibilidade de uma norma válida inválida, o que equivale a dizer que a dizer que algo é e não é, ao mesmo tempo.

Como já foi aqui afirmado, essa modificação de parâmetro e sistemas de controle deve ser fundamentada em uma norma de reconhecimento comum, que ao mesmo tempo afaste o parâmetro constitucional e transfira a competência decisória para

⁶⁵ Cf. a esse respeito: Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶⁶ Nessa linha: POTACS, Michael. Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle. **ZÖR**, [s.l.], n. 65, 117-139, 2010, p. 120.

⁶⁷ Nem mesmo Alfred Verdross, um conhecido defensor do monismo, defende essa possibilidade, como se observa na seguinte passagem: “A distinção entre direito internacional e direito estatal se apresenta claramente quando consideramos as perspectivas de um juiz nacional e de um tribunal internacional. Enquanto a autoridade judicial nacional, na qualidade de órgão de um determinado Estado, deve aplicar até mesmo as leis que contrariam as normas internacionais, os tribunais internacionais, como órgãos do direito internacional, devem necessariamente aplicar as leis internacionais” (VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. 3. ed. Wien: Springer, 1955, p. 64, tradução livre).

a instância internacional, o que não existe nem mesmo no continente Europeu, onde uma grande parcela da competência decisória dos Estados membros do bloco foi transferida para a União Europeia.⁶⁸ De toda forma, definitivamente não há nisso tudo um “duplo controle”. Há a simples e pura substituição do controle de constitucionalidade que, diga-se, está fundamentado em normas de reconhecimento expressas no texto constitucional, por uma modalidade de controle da validade de atos normativos, a convencionalidade, que não é nem mesmo citada em nenhuma convenção ou tratado internacional da atualidade. Isso não é só uma forma de se trocar o certo pelo duvidoso, mas também uma via para a substituição do direito pela a opinião pessoal do julgador. E essa é a via de entrada em cena não só do ativismo convencional, mas também do moralismo jurídico e do arbítrio judicial, o que definitivamente não está de acordo com a noção de autonomia individual, que é um dos principais fundamentos dos direitos humanos.

4. CONTROLE SEM PROCEDIMENTO

Enquanto exercício do poder estatal, o controle de leis ou atos normativos deve seguir formalidades e ritos que tornem previsíveis e calculáveis não só o andamento, mas também as consequências das decisões que o aplicam. Essas precauções nascem da consciência empiricamente comprovada de que os sistemas de controle, quando mal regulamentado, podem ser a porta de entrada para as mais diversas formas de arbítrio, que vão desde a manipulação do conteúdo do julgamento até a construção de princípios e procedimentos não previstos em lei. Os procedimentos a que estão submetidos os atos de controle afixam o uso legítimo desses instrumentos. Por meio deles, o próprio controle se torna controlável e, por isso, democraticamente justificado.⁶⁹ Essa correlação é quebrada quando julgadores passam a criar procedimentos de controle não previstos anteriormente em lei, o que faz surgir a dúvida a respeito de quem aciona, como se realiza, quem julga e, enfim, quem será afetado por esse ato de poder. É exatamente isso o que ocorre com a aplicação do controle de convencionalidade.

As dificuldades começam com a denominação. O controle de convencionalidade é ora denominado de concentrado quando é exercido pela CIDH, ora difuso, quando é exercido por todos os juízes que integram as ordens estatais submetidas à

⁶⁸ Contudo, mesmo no âmbito da União Europeia não há instrumento equivalente ao controle de constitucionalidade, pois lá se trabalha com o conceito de margem de apreciação estatal. Nesse sentido, comparando os sistemas de proteção de direitos humanos europeu e latino-americano, ver: CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. **Northwestern journal of international human rights**, [s.l.], vol. 11, n. 28, p. 28-82, 2012, p. 59- 60.

⁶⁹ Cf. LAURENTIIS, Lucas De; GALKOWICZ, Henrique. Medidas cautelares interpretativas e de efeito aditivos no controle de constitucionalidade: uma análise crítica de sua aplicação. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 21, p. 65-88, 2015.

jurisdição desta Corte.⁷⁰ Mas é evidente que as noções de controle difuso e concentrado são opostas e excludentes, já que a difusão da competência de controle indica que todo e qualquer juiz pode controlar a validade de atos normativos e a concentração, ao contrário, indica que só um tribunal pode exercer essa competência sancionatória. Por impossibilidade lógica, não há, portanto, um sistema difuso concentrado, assim como não há um sistema misto de controle de convencionalidade ou, então, constitucionalidade.⁷¹ Há aqui, portanto, duas hipóteses excludentes: ou a CIDH é o único órgão competente para exercer o controle de convencionalidade, caso em que o sistema será concentrado, ou então todos os magistrados dos países signatários da Convenção americana de direitos humanos são competentes para exercer essa atribuição. No primeiro caso o sistema de controle interamericano se aproximaria de um modelo europeu, com jurisdição concentrada e legitimação restrita para acesso ao tribunal que exerce o controle; já na segunda hipótese haveria grande semelhança com o modelo de controle de constitucionalidade norte americano, que desde é caracterizado pela difusão da competência de controle e pela limitação subjetiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Cada uma dessas formas de organização da competência de controle traz consigo uma sistemática processual específica, por meio da qual são determinadas as circunstâncias que cercam a declaração de invalidade dos atos normativos. No caso europeu, em regra se atribui somente a atores políticos ou órgãos com grande representatividade social o poder de arguir a invalidade de leis e atos normativos perante os órgãos de controle; justamente o contrário do que ocorre no sistema norte-americano, onde todo e qualquer cidadão que se julgue afetado por uma lei inconstitucional pode requerer a um juiz ou tribunal a declaração da invalidade dessa norma. Isso determina também o manejo de instrumentos recursais para acesso ao órgão de controle, possibilidade que é clara e terminantemente vedada no sistema de controle europeu e, por outro lado, é amplamente admitida na sistemática de controle norte-americana. Qual foi o modelo adotado pela Corte interamericana quando se criou a noção de inconvenção?

Não há uma resposta convincente da Corte interamericana a essa questão. No que diz respeito à competência de controle há uma primeira indefinição. Se em um

⁷⁰ Expressamente e nesse sentido: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011, p. 559, onde se afirma que “El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna”. Na mesma linha CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, vol. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017, p. 28.

⁷¹ De longa data, nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. Mais recente e com as mesmas conclusões: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74.

primeiro momento esse poder foi atribuído a todos os juízes nacionais,⁷² logo depois houve a expansão dessa competência para todos os órgãos de Estado que exerçam função jurisdicional, mesmo que não integrantes do poder judiciário,⁷³ para finalmente se ampliar essa atribuição a ponto de se autorizar que todo e qualquer órgão ligados à administração da justiça, ou autoridade administrativa,⁷⁴ possam exercer essa competência. Ubiquitário e universal, o controle de convencionalidade está em toda a parte.

Mais do que um problema accidental, esse movimento de “avanços e retrocessos”⁷⁵ na determinação dos órgãos que detêm a competência para o exercício do controle de convencionalidade indica uma inconsistência normativa e sistemática da convencionalidade. Sob o enfoque normativo, não há como se admitir que uma instância julgadora crie para si mesma a competência de avaliar, em abstrato e com efeitos gerais, a constitucionalidade ou a convencionalidade de um ato normativo. O único caso que se tem notícia de um tribunal que tenha realizado semelhante usurpação de poder ocorreu em Israel, onde por via interpretativa se admitiu a criação de um instrumento de controle principal.⁷⁶ Alguns anos depois, a CIDH seguiu o mesmo caminho, sem considerar as consequências desastrosas da opção israelense para a construção da democracia e para a proteção dos direitos humanos.⁷⁷ Sob o ponto de vista sistemático, a transformação de todos os juízes do continente americano em potenciais defensores da convencionalidade é uma opção que agride o próprio texto da Convenção americana de direitos humanos, pois, ao difundir essa competência sancionatória, a CIDH se converte em instância revisora de todo e qualquer julgamento interno que declare a invalidade de um ato normativo em função de sua inconvenção. Isso é

⁷² Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Nessa ocasião a Corte IDH já fala em “obrigação”, mas a utilização do termo técnico jurídico “controle de ofício” foi utilizado, no mesmo ano, no julgamento do caso *Trabajadores demitidos do Congreso v. Peru*, sentença de 24 de novembro de 2006.

⁷³ Esta conclusão é extraída por derivação da decisão do caso *Vélez Loor v. Panamá*, sentença de 23 de novembro de 2010, parágrafos 141 e 142.

⁷⁴ Respectivamente: Caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010, parágrafo 225. Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguai*, sentença de 24 de fevereiro de 2011, parágrafo 193.

⁷⁵ Cf., a esse respeito: MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251- 271, p. 269.

⁷⁶ A esse respeito, buscando justificar a concepção israelense: BARAK, Ahron. **The judge in a Democracy**, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 296. Qualificando essa opção como um caso de despotismo esclarecido: POSNER, Richard. Enlightened Despot, **The New Republic**, [s.l.], [s.n.], 23 de abril, 2007, p. 53.

⁷⁷ Dentre as medidas autorizadas pela Suprema Corte israelense com base na retórica da defesa da democracia e dos direitos humanos estão: a construção de um muro de segregação da Cisjordânia; a autorização de prisões administrativas e do emprego da tortura; a realização da demolição de casas e propriedades sem prévio processo judicial; enfim, o confisco sumário de terras e propriedades. Uma listagem completa dessas medidas e dos precedentes da Suprema Corte israelense que os admitiram pode ser encontrada em: SULTANY, Nimer. The legacy of justice Aharon Barak: a critical review. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 48, p. 83-92, 2007, p. 84.

justamente o oposto do que exige a Convenção, que condiciona o acesso ao sistema interamericano à comprovação do prévio esgotamento dos recursos internos.⁷⁸ Afinal, se todo juiz pode julgar uma lei inconvenção, é mais do que evidente que não se exige mais que todas as instâncias julgadoras internas sejam acionadas, e muito menos que avaliem a validade de uma lei, para que a competência de revisão da Corte interamericana seja autorizada.⁷⁹ Tudo somado, isso quer dizer que, ao criar a noção de controle de convencionalidade, a CIDH não só se apropriou de um poder que não lhe foi atribuído pela Convenção, mas também desconsiderou o papel que lhe foi atribuído por esse tratado. Um caso de proteção seletiva do texto convencional e dos direitos humanos.

O problema se agrava quando se considera que a competência sancionatória pode ser concentrada no interior de um sistema jurídico. Isso ocorre, por exemplo, com as constituições da Costa Rica, Chile e Uruguai, países que adotam uma variação do sistema europeu de controle de constitucionalidade e, por isso, afastam a competência de juízes singulares e tribunais locais para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Nessas situações, a difusão da competência do controle de convencionalidade cria duas situações paradoxais e altamente conflitivas. A primeira na hipótese de conflito ocorre quando um juiz de primeira instância passa a ser autorizado a afastar a aplicação da lei que julgue inconvenção, mesmo que a Corte constitucional de um desses países tenha decidido que essa mesma lei é válida tendo em vista os parâmetros constitucionais.⁸⁰ Aqui o controle de constitucionalidade serve como uma via de escape dos efeitos vinculantes das decisões proferidas pelos tribunais constitucionais, gerando com isso insegurança e desestabilizando o sistema de controle como um todo. Não sem razão, os próprios defensores da convencionalidade tendem, em tais situações, a restringir a possibilidade de se avaliar a convencionalidade de leis ou atos normativos, exigindo que em sistemas de controle concentrado, só a autoridade competente para a análise da constitucionalidade das leis também seja autorizada julgar a convencionalidade dessas normas.⁸¹ Mas isso implica afastar a compreensão da Corte

⁷⁸ Nos termos da Convenção Americana, para que uma petição seja apresentada à Comissão americana de direitos humanos, o peticionário deve comprovar que “haja sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos” (art. 46, a’).

⁷⁹ Similar, sustentando que, ao criar o controle de convencionalidade, a Corte “afasta o princípio da subsidiariedade”: DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, vol. 50, n. 1, p. 47-93, 2015, p. 55.

⁸⁰ Abordando esse problema: BILDER, Christina. The prohibition of amnesties by the inter-American Court of Human Rights, *German law journal*, [s.l.], vol. 12, n. 5, p. 1203-1230, 2011, p. 1216-1217; CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights, *I-CON*, [s.l.], vol. 15, n. 2, p. 414-435, 2017, p. 420.

⁸¹ Nessa linha, afirma Néstor Sagüés que o juiz incompetente para a análise da constitucionalidade “deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. *Estudios Constitucionales*, Talca, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010, p. 122).

interamericana, segundo a qual todo e qualquer juiz deve necessariamente e *de ofício* afastar a aplicação de normas que contrariem parâmetros convencionais.

No Brasil as coisas se passam de forma diversa. Aqui o sistema de controle é marcado pela difusão da competência sancionatória, o que autoriza todo e qualquer juiz a reconhecer e avaliar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Nessa sistemática, como deve ocorrer a declaração da inconvencionalidade? Embora esse sistema de controle seja aparentemente mais suscetível à observância do que dispõe a jurisprudência interamericana, há de se considerar uma complexidade adicional: atualmente, o direito brasileiro reconhece ao menos dois níveis hierárquicos para os tratados internacionais de proteção de direitos humanos. Há o status supralegal, no qual, por construção jurisprudencial,⁸² foram inseridos os tratados de direitos humanos que passaram pelo rito ordinário de incorporação. E, por outro lado, existem aqueles tratados incorporados pelo rito especial criado pela reforma constitucional de 2004 e que se assemelha ao procedimento de aprovação das emendas constitucionais.⁸³ Nessa última hipótese não se pode falar de controle de convencionalidade, pois os tratados incorporados por esse procedimento diferenciado são incluídos no conceito de bloco de constitucionalidade.⁸⁴ E se o bloco é de constitucionalidade, o controle, por consequência óbvia e direta, também será de constitucionalidade, não de convencionalidade.⁸⁵ Enfim, somente nessa hipótese, a consequência procedimental que se deriva é que todo o instrumental de controle de constitucionalidade brasileiro, incluindo os instrumentos de controle de omissões estatais, poderão ser manejados em casos de afronta a parâmetros normativos de tratados de direitos humanos que tenham *status equivalente* às emendas constitucionais. Mas isso decorre da norma que atribui essa posição diferenciada a essa categoria de tratado, não do controle de convencionalidade.⁸⁶

⁸² Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso extraordinário 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 3 de dezembro de 2008.

⁸³ Há diferenças marcantes dos procedimentos de emenda constitucional (art. 60, CF/1988) e de incorporação de tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CF/1988), sobretudo no que diz respeito aos legitimados para dar início ao procedimento e ao ato de promulgação. Detalhando e analisando essas peculiaridades procedimentais: LAURENTIIS, Lucas Catib de. Muito barulho pra nada: problemas do procedimento de recepção dos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional. In: LISBOA, Marcos José Alves; GASPAR, Renata Alvares (Org.). **Direito globalizado, ética e cidadania**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017. p. 54 e ss.

⁸⁴ Acerca do conceito de bloco de constitucionalidade, ver: MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

⁸⁵ Com as mesmas conclusões: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público – concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 307.

⁸⁶ Em sentido contrário, Valério de Oliveira Mazzuoli sustenta que este seria um caso de controle de convencionalidade, não de constitucionalidade, pois a norma constitucional (art. 5º, §3º) torna o tratado internacional *equivalente* e não *igual* às normas constitucionais, chegando à conclusão de que, neste caso, “a lei constitucional é, não obstante, *inconvencional*”. (Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da**

Com isso, quando estiver em questão a afronta de uma norma inserida em tratado de direitos humanos com força equivalente às emendas constitucionais, a cláusula de reserva de plenário deverá ser aplicada, exigindo-se o voto favorável da maioria dos integrantes do órgão especial ou do plenário do tribunal para que seja declarada a inconstitucionalidade da norma controlada. As razões anteriores levam a essa conclusão: trata-se, também aqui, de avaliar a constitucionalidade da norma que afronta o tratado, do que se infere que o procedimento da reserva de plenário deve ser aplicado a essa hipótese. Enfim, admitido que nessa hipótese o vício normativo a ser sanado é a inconstitucionalidade, será possível manejar recursos extraordinários em face de decisões jurisdicionais de única ou última instância que contrariem dispositivos de tratados internacionais com força equivalente às normas constitucionais. Caso esse julgamento enseje a declaração de invalidade da norma controla, será necessário, enfim, acionar o procedimento de envio de comunicação ao Senado federal, para que eventualmente se suspenda, com efeitos gerais, a eficácia da norma. O fundamento para a interposição desse instrumento recursal é o mesmo dispositivo que autoriza a propositura do recurso extraordinário em casos de afronta às normas constitucionais.⁸⁷

As questões se complicam, e muito, quando se tem em conta o controle de leis ou atos normativos que afrontem dispositivos de tratados incorporados pelo procedimento comum. Neste caso, como já se disse aqui, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal criou uma nova hierarquia normativa, que não está prevista no texto constitucional: a suprallegalidade. Seriam aplicáveis, também nesse caso, os procedimentos e os instrumentos de defesa da Constituição? A resposta é negativa. Primeiro porque as ações diretas de controle são destinadas, como o próprio nome delas indica, a avaliar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Como esses conceitos não se confundem com a convencionalidade, tais instrumentos de controle não podem ser utilizados para controlar a conformidade de leis ou atos normativos em relação a tais parâmetros de aferição. Segundo porque, ao se admitir que um tratado de direitos humanos, que tenha sido alçado ao nível suprallegal, sirva de parâmetro abstrato de controle, será possível ocorrer a situação insólita de duas ações diretas com sentidos divergentes serem propostas em um mesmo caso: uma delas defendendo a

convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146, grifos do original). O argumento é duplamente contraditório. Afinal, se a lei é contrária ao tratado, mas está de acordo com a constituição que atribuiu força constitucional ao tratado, isso quer dizer que o tratado está em desacordo com a constituição e, por isso, é inválido, por ser inconstitucional. E isso quer dizer que a sistemática de controle decorre, tem todos esses casos, da própria Constituição. Fora isso, ao utilizar a expressão *equivalente*, o texto constitucional realmente não transforma o tratado em constituição, mas empresta a eficácia das normas constitucionais aos tratados de direitos humanos, inclusive no que tange aos instrumentos de sua defesa. E se essas normas – as que estão nos tratados “equivalentes” às emendas – têm força de constituição, isso quer dizer que não é necessário criar um novo sistema de controle para defender esses tratados: basta o controle de constitucionalidade.

⁸⁷ Trata-se do art. 102, III, a, da CF/1988, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal julgar “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição”.

constitucionalidade da lei, outra sua inconvenção. Mas isso equivale a alçar os tratados em questão ao nível constitucional, o que contraria a própria jurisprudência que criou esse nível normativo inovador. Enfim, terceiro o eventual conflito entre normas localizadas em nível infraconstitucional será solucionado ou por meio da aplicação do critério da especialidade, ou da avaliação da constitucionalidade. Caso contrário, se incluiria dentro do sistema uma cadeia de invalidação independente, o que não é admissível. Assim, para que o controle de convencionalidade tenha um sentido independente do controle de constitucionalidade, é preciso admitir que, ao se concluir que uma lei é inconvenção, se afirma somente que essa lei interfere em uma matéria reservada aos tratados internacionais de direitos humanos. Nessa modalidade de aferição não está em jogo, portanto, a validade da lei ou ato normativo confrontado com o parâmetro da convenção;⁸⁸ o que se verifica é única e exclusivamente se, e em que medida, a matéria debatida deve ser especificamente abordada pelo tratado ou pela lei.⁸⁹ E como esse juízo não envolve a invalidação de um ato normativo, não tem sentido manejar os instrumentos de controle direto (ADI e ADC) para analisar essa questão.

Pelas mesmas razões, em casos envolvendo o confronto entre tratado com nível supralegal e leis também não será necessário acionar o procedimento da reserva de plenário para afastar a aplicação da lei ou do próprio tratado. Uma dificuldade que poderia surgir aqui diz respeito à observância do que dispõe a Súmula vinculante de n. 10, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual viola a cláusula de reserva de plenário a decisão judicial que, embora não declare a inconstitucionalidade do ato normativo controlado, afasta a sua incidência. Quando a esse ponto, é preciso esclarecer que o simples afastamento de uma norma em um caso específico não atrai necessariamente a incidência da reserva de plenário. Ao contrário, é preciso que esse afastamento esteja, implícita ou explicitamente, amparado em um juízo de invalidade, para que seja necessário acionar tal procedimento. Caso contrário, toda interpretação normativa que conclua pela aplicação de uma norma e afastamento de outra – o que ocorre com o critério da especialidade, por exemplo – exigiria a utilização da reserva de plenário.⁹⁰ É

⁸⁸ De maneira inversa, mas com os mesmos pressupostos, ao declarar a inconstitucionalidade de um tratado, o Supremo Tribunal Federal não invalida o conteúdo do próprio tratado, que é um acordo internacional e que, portanto, não está sujeito à jurisdição desta Corte. O que se declara inconstitucional em situações de conflito dos tratados internacionais em relação a parâmetros constitucionais é o ato de incorporação de tal acordo internacional no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 146.

⁸⁹ De forma similar, sustentando que em casos de conflito de tratados e os demais atos normativos deve ser solucionado com base no critério da “conformação constitucional”, ver: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público – concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade? In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 313.

⁹⁰ Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reiterada nesse sentido: “é permitido aos magistrados, no exercício de atividade hermenêutica, revelar o sentido das normas legais, limitando a sua aplicação a determinadas hipóteses, sem que estejam declarando a sua inconstitucionalidade. Se o Juízo reclamado não declarou a inconstitucionalidade de norma nem afastou sua aplicabilidade com apoio em fundamentos extraídos da

justamente o que ocorre no caso do confronto de tratados e leis. Não se faz necessária, portanto, a aplicação da reserva de plenário em julgamentos colegiados que afastem a aplicação de leis ou atos normativos contrários a tratados de direitos humanos, pois esse caso não envolve, repita-se, um juízo de invalidação de tais normas.

Pelas mesmas razões, será incabível a propositura de recurso extraordinário que trate do conflito de tal categoria de tratados com outras leis. Isso por duas razões. Primeiro, essa hipótese não envolve, como já se disse aqui, um juízo de invalidade, quando menos de inconstitucionalidade da lei e o recurso extraordinário é um instrumento de revisão de juízos de invalidação fundamentados em normas constitucionais. Só por isso não tem sentido ou razão a propositura do recurso extraordinário. Segundo, no direito brasileiro, o interprete final do sentido da legislação infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça, a quem também compete determinar as normas que incidem em um determinado conflito.⁹¹ Caberá a ele, portanto, Superior Tribunal de Justiça, decidir em última instância a respeito da prevalência da lei ou do tratado de direitos humanos, sem que o Supremo Tribunal Federal possa se imiscuir nesta temática. Para uma uniformização de entendimentos e concentração de competência para dirimir questões sobre direitos humanos no STF, uma alteração da Constituição parece ser inevitável⁹², e a exemplo do que ocorre em sistemas constitucionais estrangeiros, a corte constitucional seria competente para conhecer e julgar não só questões constitucionais como também às envolvendo espécies normativas dotadas de “valor” ou posição hierárquica privilegiada⁹³.

CF/1988, não é pertinente a alegação de violação à Súmula Vinculante 10” (Rcl 12.122 AgR, voto do rel. min. Gilmar Mendes, *DJE* 211 de 24 de outubro de 2013).

⁹¹ A respeito da distinção das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e especial, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 245 a 250.

⁹² MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, [s.l.], vol. 17, p. 463-483, 2011, p. 478. Para viabilizar o exercício do controle de convencionalidade dos tratados incorporados pelo rito do §3º do art. 5º da CF os autores sugerem a necessidade emendar o art. 102 para que conste expressamente caber ao STF a guarda não só da Constituição como também dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e reconheça a possibilidade de ação direta de inconvencionalidade e convencionalidade. Contudo, essa alteração se mostra desnecessária tendo em vista que os tratados que forem incorporados com o rito especial já integraram o bloco de constitucionalidade. Uma alteração nesse sentido seria útil apenas se for para transferir a competência de aferir violações às normas supralais ao Supremo. Nesse mesmo sentido, uma alteração pertinente proposta pelos autores (p. 482) seria reconhecer a supralais dos tratados de direitos humanos no art. 59 da CF, pois assim o controle de convencionalidade seria de fato um instrumento para aferir a compatibilidade dos atos normativos brasileiros com a normas dotadas de supralais.

⁹³ Para uma uniformização de entendimentos e concentração de competência para dirimir questões sobre direitos humanos no Supremo Tribunal Federal, uma alteração da Constituição parece ser, por isso, inevitável. Neste caso, a exemplo do que ocorre em sistemas constitucionais estrangeiros, a corte constitucional seria competente para conhecer e julgar não só questões constitucionais como também às envolvendo espécies normativas dotadas de “valor” ou posição hierárquica privilegiada. Em Portugal, por exemplo, o Tribunal Constitucional é competente para conhecer não só de questões constitucionais como também as ligadas a legalidade (controle de legalidade), desde que envolvam ilegalidade de atos normativos desconformes às leis com

Resta, enfim, saber se e em que condições, órgãos externos ao poder judiciário podem realizar o controle de convencionalidade. Em relação ao poder legislativo, que no sistema brasileiro atua, em regra,⁹⁴ em hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, o controle de convencionalidade poderia ser exercido, ao que parece, em uma única hipótese muito restrita: quando os tratados de direitos humanos incorporados em nível constitucional se caracterizarem como cláusulas pétreas. Aqui uma explicação é necessária: assim como nem todos os direitos fundamentais são automática e necessariamente cláusulas pétreas,⁹⁵ não são todos os direitos inseridos em tratados de direitos humanos com nível constitucional que se qualificam como tal.⁹⁶ Em relação a esses direitos inseridos em tratados internacionais de proteção de direitos humanos e classificados como cláusulas pétreas, o controle prévio e parlamentar poderá ocorrer, inclusive com o acionamento do judiciário pela via de ação mandamental.⁹⁷ Nos demais casos, considerando que o Parlamento tem a prerrogativa de alterar as leis e os parâmetros constitucionais, desde que não sejam feridas as cláusulas pétreas, não se pode cogitar de controle de constitucionalidade ou convencionalidade. Novamente aqui não é admissível o controle que tenha por fundamento um parâmetro inserido em um tratado de direitos humanos sem hierarquia constitucional, pois em relação a esses tratados o Legislativo detém tanto a competência de incorporação quanto de revogação do tratado.

Finalmente, há a questão da possibilidade do exercício do controle de convencionalidade por órgãos integrantes do Poder executivo. Na perspectiva expansionista da Corte interamericana de direitos humanos, a resposta a essa questão é direta: uma vez que todos os órgãos de Estado estão igualmente vinculados às obrigações

valor reforçado (no ordenamento português, são leis especiais quanto à forma, característica e função). Nesse sentido, conferir: art.112/3, CRP (sobre as leis de valor reforçado); art.280/2 e 281/1, CRP (competência do TC para o controle de legalidade); e CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 862.

⁹⁴ Há duas exceções a essa regra, uma delas relacionada ao procedimento de conversão em lei das medidas provisórias (art. 62, § 9º, CF/1988), outra relacionada ao controle parlamentar dos atos do executivo que extrapolam os limites da delegação legislativa (art. 49, V, CF/1988).

⁹⁵ Nessa linha, sustentando que a localização topográfica de um direito no texto constitucional não o define, de forma automática, como cláusula pétrea: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 145.

⁹⁶ A obrigação descrita no artigo 31 da Convenção de Nova Iorque, incorporado ao direito brasileiro em nível equivalente às emendas constitucionais pelo Decreto 6.949/09, trata da obrigação estatal de elaborar pesquisas estatísticas voltadas à implementação de políticas públicas na área de proteção dos direitos com pessoas com deficiência. Por mais que tais atos estatais sejam realmente importantes para o planejamento de tais ações estatais, não é possível caracterizar essa obrigação específica como uma parte do núcleo imutável do texto constitucional, sob pena de descaracterização desse conteúdo.

⁹⁷ Essa possibilidade de controle, que, diga-se, não tem previsão constitucional, foi apresentada em precedente relatado pelo Ministro Moreira Alves (MS 20.257, DJ de 27 de fevereiro de 1981) e foi posteriormente restringida em julgamento que teve o Ministro Teori Zavascki como relator (MS 32.033, julgamento em 20 de junho de 2013).

internacionais, é necessário admitir que o poder executivo também é competente para o exercício do controle de convencionalidade.⁹⁸ Essa questão é mais tormentosa do que parece. Não só porque a declaração de invalidade de um ato normativo contém uma potencial agressão à instância competente para a elaboração de textos legais, competência que pode ser facilmente manipulada por dirigentes populistas, mas também porque a declaração de invalidade infundada de uma lei pode gerar as consequências graves para o detentor de um mandato presidencial, que podem constituir até mesmo em seu afastamento ou impedimento,⁹⁹ é temerário impor aos chefes do poder executivo a obrigação de declarar a inconvencionalidade de leis ou atos normativos. Mais uma vez, sob o ângulo normativo, é preciso lembrar que a competência de controle não decorre pura e simplesmente da verificação da incompatibilidade de uma norma em relação a um parâmetro de validação. Ao contrário, sempre é preciso a autorização normativa para o exercício dessa competência de controle. No direito brasileiro não existe norma que autorize os órgãos integrantes da administração pública a exercer o controle de constitucionalidade.¹⁰⁰ Dessa forma, é em regra inviável a declaração de constitucionalidade por órgãos que integrem o poder executivo.¹⁰¹ E, pelas mesmas razões, é inviável o controle de convencionalidade por esses órgãos.

Tudo somado, isso quer dizer que, ao menos no direito brasileiro, o controle de convencionalidade é uma técnica, no mínimo, desnecessária. Quando se trata, afinal, do controle de afrontas normativas a dispositivos inseridos em tratados de direitos humanos com nível constitucional, a técnica a ser empregada será o controle de constitucionalidade, conclusão que deriva imediatamente do dispositivo constitucional que equipara a eficácia dessas normas às emendas constitucionais. De outro lado, quando se está perante uma afronta de um parâmetro inserido em um tratado infraconstitucional, mas supralegal, o caso não envolverá a invalidação de qualquer norma, o que afasta essa técnica não só do conceito, mas também dos procedimentos de controle. Em meio a essa confusão procedimental, quem perde é o cidadão, que só quer que seus direitos humanos e fundamentais sejam respeitados.

⁹⁸ Foi o que afirmou a Corte Interamericana de forma explícita na Sentença do caso *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011, parágrafo 193.

⁹⁹ Ao negar vigência a leis, o chefe do poder executivo está sujeito à intervenção federal (art. 34, VI, CF/1988) ou à sua responsabilização em processo político administrativo conduzido perante o Congresso nacional (art. 84, II, CF/1988).

¹⁰⁰ Nesse sentido e listando os precedentes brasileiros, muitas vezes contraditórios, a esse respeito, ver: LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, vol. 260, p. 133-166, maio/ago. 2012.

¹⁰¹ Na jurisprudência constitucional e nesse sentido, afirmando que órgãos administrativos, inclusive Conselhos nacionais, não têm competência de controle: MS 32.582, rel. min. Celso de Mello, j. de 24 de fevereiro de 2014; MS 28.872 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18 de março de 2011. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal admitiu, porém, que, uma vez firmada uma tese com repercussão geral, os órgãos administrativos passam a ter competência para declarar a invalidade de normas que afrontem o entendimento vinculante do judiciário, o que não afasta a regra geral: Pet. 4.656, rel. min. Carmen Lúcia, j. de 12 de dezembro de 2016.

5. CONCLUSÕES

Controle é interpretação e interpretar é uma atividade humana. Disso resultam as principais conclusões desse trabalho. Primeiro, mais do que uma técnica jurídica, o controle é um instrumento político que transfere a competência decisória, antes concentrada em instâncias eleitas pela via democrática. Esse movimento não é, nem pode ser, de soma zero, o que quer dizer que ao criar o controle de convencionalidade, a CIDH está retirando a competência e a possibilidade de escolha de outros órgãos e outras instâncias. Quanto a isso, essa Corte adotou uma compreensão radical, segundo a qual o poder judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação da CIDH, que é a intérprete última da Convenção americana.¹⁰²

Essa é uma opção radical porque retira dos Estados, incluído aí os juízes e cidadãos, qualquer margem de apreciação e opção interpretativa. Tudo ocorre como se a CIDH fosse a dona definitiva e absoluta da verdade sobre as questões controversas e polêmicas tratadas em sua jurisprudência. Por outro lado, tudo se passa como se os integrantes dessa Corte e os defensores do controle de convencionalidade considerassem todos os demais órgãos estatais e judiciais integrantes do continente latino-americano como incapazes de oferecer uma resposta tão convincente quanto a apresentada pelos deuses-juízes de São José da Costa Rica. Sob essa ótica, o controle de convencionalidade não é só um instrumento confuso e sem fundamentação técnica; é também uma prática elitista, que pressupõe a incapacidade ou a má-fé de todo aquele que ouse discordar ou questionar uma conclusão da CIDH.

A convencionalidade é, dessa forma, um conceito antidemocrático. Nela estão concentrados os grandes males da cultura jurídica latino-americana: a inconsistência prática e teórica de seus pressupostos, a incoerência da técnica, enfim, a falta de previsibilidade de seus resultados. Sobre tudo, há nesse conceito o ar das promessas salvacionistas que há tempos habitam a política latino-americana e hoje se tornaram uma característica mundial: a convencionalidade foi apresentada como o remédio e a chave para a solução de todos os males. Disso decorrem duas consequências perversas. A primeira é a infantilização dos cidadãos, que não são mais tratados como atores morais dignos de confiança em suas escolhas e devem aceitar, sem questionar, as consequências apresentadas pela CIDH. No tema da justiça de transição, que envolve a possibilidade de responsabilização pela prática de graves crimes cometidos durante a vigência de ditaduras, essa consequência se apresenta com particular eloquência, pois aqui a CIDH sugere que o único meio de superar o passado antidemocrático é perseguir e prender todo aquele que tenha um dia ousado desrespeitar os parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos. Essa conclusão é problemática sob vários aspectos. Ela se apresenta como o único caminho para a realização da justiça

¹⁰² Caso Almonacid Arrellano e outros v. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124.

de transição, desconsiderando as experiências internacionais que adotaram caminhos alternativos – a África do Sul, por exemplo. Pressupõe, fora isso, que o combate a graves crimes do passado deve ocorrer de qualquer forma e qualquer custo, mesmo que o resultado disso seja a quebra e o desrespeito de regras elementares do direito, dentre elas a não retroatividade das leis e a prescrição de crimes.¹⁰³

Enfim, ao defender e impor o seu ponto de vista a qualquer custo e qualquer preço, a CIDH radicaliza o debate jurídico, pois trata seus críticos como opositores e os réus como inimigos. Aqueles devem ser silenciados; estes, perseguidos. A proposta da CIDH se revela, assim, como uma espécie de democracia militante, que aplica táticas e conclusões antidemocráticas contra antidemocratas. Tudo com o fim último e belo de defender a democracia imaginada pelos juízes de São José da Costa Rica. Uma democracia peculiar, na qual cidadãos mudos e subservientes ouvem, sem contestar, as conclusões da CIDH e as repetem à exaustão, para que os críticos infiéis se acostumem com essas verdades eternas. Um modelo que aceita qualquer caminho, forma ou instrumento, mesmo os mais incompreensíveis e polêmicos – a convencionalidade, por exemplo – desde que o fim último e ideal perseguido pelos integrantes daquele tribunal seja alcançado.

Esse é um sistema democrático de ataque, em que a dissidência é tratada como resistência e a discussão é vista como insubordinação. Uma forma de governo de juízes radical, que veste suas compreensões políticas e suas visões de mundo com o manto de palavras sonoras e mágicas, para com isso impor suas conclusões e compreensões. Uma visão do mundo que combate o erro e a oposição de forma radical e intolerante, pois seus defensores partem do princípio de que a intolerância dos opositores deve, se preciso, ser combatida com mais intolerância. Ao fechar todas as portas do dissenso e discordância, ao exigir que pessoas autoridades e tribunais apliquem de forma cega e automática suas interpretações, enfim, ao calar o debate e silenciar as vozes discordantes, a CIDH adota essa compreensão radical de democracia.

O controle de convencionalidade é a figura retórica de feições técnicas que serve a esse objetivo. Mais do que um instrumento de controle, ele é uma forma de se realizar uma política expansionista de ocupação de espaços decisórios deixados vagos pelos perpétuos conflitos políticos regionais. Mesmo que a intensão original da CIDH tenha sido pacificar esses conflitos,¹⁰⁴ os efeitos práticos dessa atuação foram nulos – as democracias e a proteção dos direitos humanos na região continuam sob forte ameaça

¹⁰³ Uma análise bastante completa desses casos, bem como precisas conclusões críticas sobre os problemas desse ativismo operacionalizado pela Corte, é feita por: MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, [s.l.], vol. 12, p. 665-695, 2012.

¹⁰⁴ Nesse sentido, afirmando que a CIDH foi levada a adotar uma postura ativista para combater os constants desmandos de ditaduras latino-americanas: CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights, *I-CON*, [s.l.], vol. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.

– ou contraproducentes – a radicalização do ponto de vista da CIDH tem como resposta a radicalização do ponto de vista contrário. Frente ao avanço do radicalismo ideológico na região e tendo em conta as dificuldades teóricas e práticas enfrentadas pela CIDH, talvez seja melhor dar um passo atrás, rever conceitos e fazer um exercício de autocrítica. Afinal, a democracia e a cidadania nunca são realizadas de uma vez por todas e, por isso mesmo, todo aquele que apresente uma solução mágica e simples para os problemas complexos da convivência humana tem grandes chances de ser o populista que utiliza palavras democráticas para atingir fins não democráticos. Não há nada de essencialmente errado na revisão de posições, decisões ou jurisprudências conceitualmente problemáticas. A democracia é construída por tentativas e erros, por pessoas de carne e osso falíveis e imperfeitas e, por isso, a virtude democrática está naquele que tem a humildade de propor soluções e avaliar criticamente os resultados dessas propostas.¹⁰⁵

Essa é a posição em que se encontra a CIDH, um tribunal internacional novo e inserido em um ambiente de efervescência cultural, política e ideológica. Uma corte que trabalha com recursos financeiros e humanos escassos e que é confrontada com os mais diversos dilemas morais. Lançada nesse caldo cultural multiétnico, a proposta inicial da CIDH foi ousar, não só por adotar compreensões inovadoras a respeito da forma de proteção dos direitos humanos em específico, mas também por ter criado instrumentos de controle especificamente destinados a resguardar a autoridade de suas decisões. O controle de convencionalidade serve a esse fim. Chegou a hora de realizar essa avaliação crítica e enfrentar as questões essenciais, que não podem ser contornadas: qual é o balanço teórico e prático da aplicação dessa técnica? No que ela contribuiu para a defesa dos direitos humanos na América-latina? Enfim, qual foi o ganho democrático por ele gerado? Sem apresentar respostas convincentes a essas questões, o controle de convencionalidade não tem razões nem fundamentos para existir. E essa é, na verdade, a principal conclusão e a proposta deste trabalho acadêmico: elimine-se, ao menos enquanto não são encontradas explicações mais convincentes para o seu funcionamento, o controle de convencionalidade. Isso não quer dizer que os direitos humanos na região ficarão desprotegidos, pois a CIDH e a Comissão Interamericana dispõem de uma série de outros instrumentos – dentre eles os relatórios periódicos e a responsabilização internacional política e pecuniária dos Estados faltosos – que podem e devem ser aplicados em casos de violação de normas de proteção de direitos humanos e fundamentais. Por outro lado, essa mudança de rumos eliminaria o emaranhado de debates e paradoxos em que se transformou o controle de convencionalidade e faria com que os estudiosos voltassem a se concentrar no que tem de mais essencial nessa matéria: qual é o conteúdo dos direitos? Por muito tempo essa pergunta simples ficou

¹⁰⁵ Para uma análise mais aprofundada desses aspectos, ver: FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 243-268, 2019.

à sombra do protagonismo da noção de controle de convencionalidade. Chegou a hora de voltar a ela e também de eliminar de uma vez por todas os problemas, debates e crises gerados pelo controle de convencionalidade. Os direitos humanos e a democracia regional agradecem e muito.

6. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidade de tratados internacionales. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 5, n. 1, 59-88, 2007.

ALIANAK, Rachel Cynthia. El renovado derecho administrativo a la luz del control de convencionalidad. **Revista latinoamericana de derecho administrativo**, [s.l.], vol. 2, n. 1, p. 283-299, 2015.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: análise do tema à luz do direito constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 23, n. 73, p. 48-58, 2003.

ANDO, Nisuke. National implementation and interpretation. In: SHELTON, Dinah (Org.). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

BOGDANDY, Armin von. Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechtes – eine Bestandaufnahme. **ZaöRV**, [s.l.], vol. 63, p. 853-877, 2003.

BARAK, Ahron. **The judge in a Democracy**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BAZÁN, Victor. El control de convencionalidade: incógnitas, desafíos y perspectiva. In: BAZÁN, Victor, NASH, Claudio (Org.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidade**, Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

BAZÁN, Victor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista direito público**, vol. 8, n. 41, p. 218-235, set./out. 2011.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; KLUGE, Cesar Henrique. Controle de convencionalidade difuso e concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. **Revista direito e justiça - reflexões sóciojurídicas**, Santo Ângelo, ano XVII, n. 28, p. 105-123, 2017.

BILDER, Christina. The prohibition of amnesties by the inter-American Court of Human Rights, **German law journal**, [s.l.], vol. 12, n. 5, p. 1203-1230, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America: Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control. In: HAECK Yves; HERRERA, Clara Burbano; CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz (Org.). **The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and future**, Cambridge: Intersentia, 2016.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. **Revista de direito brasileira**, São Paulo, vol. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. Controle de convencionalidade: aproximação entre direito internacional e constitucionalismo?. **Revista do instituto brasileiro de direitos humanos**, [s.l.], vol. 13, n. 13, p. 47-58, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. **Revista de direito internacional**, Brasília, vol. 12, n. 2, p. 341-354, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 18, p. 721-754, jul./dez. 2013.

CHAVES, Denilsson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 39, n. 232, p. 363-390, jun. 2014.

CONTESSÉ, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **I-CON**, [s.l.], vol. 15, n. 2, p. 414-435, 2017.

CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. **Northwestern journal of international human rights**, [s.l.], vol. 11, n. 28, p. 28-82, 2012.

DAHL, Robert. Tomada de decisão na democracia – a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDRO-VITSCH, Rodrigo Bittencourt (Org.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de processo civil**: volume 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 3. ed. Paris: PUF.

DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, Texas, vol. 50, n. 1, p. 47-93, 2015.

DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Argentina: Ed. del Puerto, 1997.

FABBRINI, Federico. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation. **German Law Journal**, [s.l.] vol. 9, n. 10, p. 1297- 1312, 2008.

FEITOSA, Gustavo Raposo; SILVA NETO, Ademar Monteiro. Audiência de custódia, convenções internacionais de direitos humanos e liberdade de locomoção. **NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, vol. 36, n. 2, p. 153-170, 2016.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e inelegibilidades, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], vol. 16, n. 2, p. 243-268, 2019.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, Puebla, vol. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.

GOMES, Eduardo Bianchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 231-245, 2013.

GOMES, Eduardo Bianchi; GONÇALVES, Ane Elise. O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], vol. 18, n. 114, p. 73-96.

HENNEBEL, Ludovic. The Inter-American Court of Human Rights: the Ambassador of Universalism. **Quebec Journal of International Law**, Quebec, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 7, n. 2, p. 109-128, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. New York: Rinehart and Co., 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

KOSKENNIEMI, Martti. International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?. **Constellation**, [s.l.], vol. 11, n. 4, p. 492-511, 2004.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. Control de convencionalidade interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Muito barulho pra nada: problemas do procedimento de recepção dos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional. In: LISBOA, Marcos José Alves; GASPAR, Renata Alvares (Org.). **Direito globalizado, ética e cidadania**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 260, p. 133-166, maio/ago. 2012.

LAURENTIIS, Lucas De; GALKOWICZ, Henrique. Medidas cautelares interpretativas e de efeito aditivos no controle de constitucionalidade: uma análise crítica de sua aplicação. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 21, p. 65-88, 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. ECtHR and national jurisdiction – The Görgülü Case. **Humboldt Forum Recht**, n. 12, p. 138-146, 2006.

MAGALHÃES, Breno B. O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CHAVES, Valena Jacob (Org.). **Ensaio crítico: do político ao jurídico**. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. **International Criminal Law Review**, [s.l.], vol. 12, p. 665-695, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, n. 3 (5), p. 15-45, jul./dez. 2003.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, [s.l.], vol. 17, p. 463-483, 2011.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do poder público – concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de informação legislativa**, [s.l.], ano 37, n. 138, p. 231- 250, out./dez., 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251- 271.

MÜCKL, Stefan. Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte. **Der Staat**, [s.l.], vol. 44, n. 3, p. 403-431, 2005.

MURSWIEK, Dietrich. Souveränität und Humanitäre intervention. **Der Staat**, [s.l.], vol. 35, n. 1, p. 31-44, 1996.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, [s.l.], vol.19, n. 1, p. 101-123, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 19, p. 67-93, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

POSNER, Richard. Enlightened Despot, **The New Republic**, [s.l.], [s.n.], 23 de abril, 2007.

POTACS, Michael. Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle. **ZÖR**, [s.l.], n. 65, 117-139, 2010.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

RAMOS, André Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**, São Paulo: Saraiva, 2010.

REIMER, Philipp. “L’État, c’est le droit” – sobre a atualidade da teoria do Estado de Hans Kelsen em face da metamorfose do poder estatal. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito UFRGS**, Porto alegre, vol. XI, n. 1, p. 50-79, 2016.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo A.; TARREGA, Maria Cristina. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, vol. 20, n. 2, p. 317-336, jul./dez. 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 9, n. 2, p. 681-705, 2016.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista CAAP**, Belo Horizonte, vol. XVIII, n. 2, p. 61-96, 2012.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. La Jurisdiccion Constitucional Ante El Siglo XXI, la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas control de constitucionalidad. **ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**, Córdoba, Tomo XLI, p. 35-81, 2002.

SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 44, p. 191-219, 2003.

SULTANY, Nimer. The legacy of justice Aharon Barak: a critical review. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 48, p. 83-92, 2007.

TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, [s.l.], vol. 06, p. 205-229, 2006.

TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)**, [s.l.], vol. 77, n. 2, p. 483-505, 2008.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of Constitutional Law. **Virginia Journal of International Law**, [s.l.], vol. 50, p. 985-1004, 2009.

VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. 3. ed. Wien: Springer, 1955.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.



A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada

Overruling precedents in the theory of institutional dialogs: analyzing the case of "vaquejada"

SHAYANE DO SOCORRO DE ALMEIDA DA PAIXÃO^{1,*}

¹ Universidade Federal do Pará (Belém, Pará, Brasil)
shayanepaixao@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5695-8758>

SANDOVAL ALVES DA SILVA^{1,}**

¹ Universidade Federal do Pará (Belém, Pará, Brasil)
sandovalsilva4@yahoo.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>

ROSALINA MOITTA PINTO DA COSTA^{1,*}**

¹ Universidade Federal do Pará (Belém, Pará, Brasil)
rosalina.costa@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3673-6912>

Recebido/Received: 03.01.2020 / January 3th, 2020

Aprovado/Approved: 25.02.2021 / February 25th, 2021

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.71072.

* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil), na linha de pesquisa sobre direitos fundamentais, concretização e garantias. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). E-mail: shayanepaixao@hotmail.com.

** Professor da Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil). Doutor e mestre em Direito pela UFPA, na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos. Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região. Vice Procurador Chefe da 8ª Região. Membro da International Association of Procedural Law (IAPL). Membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual (IIDP). Associado da Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Ex-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE). E-mail: sandovalsilva4@yahoo.com.br.

*** Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA (Belém-PA, Brasil). Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestra em Direito Agrário pela UFPA. Especialista em Direito Ambiental pelo Núcleo de Meio Ambiente da UFPA (NUMA/UFPA). Especialista em Direito Civil pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM/PA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Inovações no Processo Civil (CNPq). Mediadora Judicial Voluntária. Mediadora certificada no Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores do Conselho Nacional de Justiça (CNJ/CCMJ). E-mail: rosalina.costa@hotmail.com.

Resumo

Objetiva-se discutir neste trabalho a eficácia vinculante gradual dos precedentes judiciais na perspectiva da teoria dos diálogos institucionais, tomando-se como ponto de partida a análise das principais teorias que estruturam a vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal a partir do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, mostra-se como essas teorias propõem a reestruturação do Poder Judiciário com a fixação de uma Corte Suprema capaz de proferir decisões responsáveis por garantir toda a unidade do direito e a uniformidade do ordenamento jurídico e as dificuldades de superação desses precedentes. A teoria dos diálogos é exposta como um caminho intermediário e razoável para questionar a ideia de uma unidade do direito que decorre exclusivamente das decisões do Supremo Tribunal Federal, demonstrando a importância de uma construção dialogada das decisões, assim como a possibilidade de superação dos precedentes judiciais pelo Poder Legislativo, como ocorreu no caso da Vaquejada. A interação dos poderes Legislativo e Judiciário é cada vez mais necessária em um cenário de questões sociais complexas, o que concretiza a ideia de um diálogo institucional.

Palavras-chave: precedentes; diálogos; vinculação; decisões; superação.

Abstract

The objective of this paper is to discuss the gradual binding effectiveness of judicial precedents from the perspective of the theory of institutional dialogues, taking as a starting point the analysis of the main theories that structure the binding effects of Supreme Court decisions from the Brazilian Civil Procedure Code (2015). Therefore, it shows how these theories propose the restructuring of the Judiciary Power with the establishment of a Supreme Court capable of issuing decisions responsible for guaranteeing the entire unity of law and the uniformity of the legal system and the difficulties of overcoming these precedents. The theory of dialogues is exposed as an intermediate and reasonable way to question the idea of a unity of law that derives exclusively from the decisions of the Federal Supreme Court, demonstrating the importance of a dialogued construction of decisions, as well as the possibility of overcoming judicial precedents by the Legislative Power, as in the case of Vaquejada. The interaction of the Legislative and Judiciary powers is increasingly necessary in a scenario of complex social issues, which materializes the idea of an institutional dialogue.

Keywords: precedents; dialogs; binding; decisions; overruling.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Precedentes no Brasil: a vinculação no CPC/2015; **3.** O STF e o dilema da última palavra sobre a Constituição; **4.** A dificuldade de superação dos precedentes e o papel do Poder Legislativo; **5.** Análise do caso da Vaquejada à luz da teoria dos diálogos constitucionais; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar a teoria dos precedentes vinculantes sob a ótica da teoria dos diálogos institucionais. Tal correlação foi feita para que se possa questionar, sobretudo, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como o detentor da última palavra sobre a interpretação da Constituição e, assim, analisar se a vinculatividade dos precedentes, com base em um critério institucional ou de autoridade, como defende parte da doutrina processual, é suficiente para garantir a segurança jurídica, a unidade e a racionalidade das decisões judiciais.

Portanto, na seção 2, busca-se demonstrar quais as principais correntes sobre a eficácia vinculante dos precedentes e de que maneira a defendem. Na seção 3, a teoria dos diálogos aparece como um importante ponto de reflexão para as concepções que sustentam a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, demonstrando

que, embora tais decisões tenham o condão de garantir a unidade do direito, a possibilidade de interação com o Poder Legislativo garante uma gradual segurança e uma estabilidade jurídicas, por meio da participação e do ajuste do dinamismo deliberativo entre esses poderes, em vez de fixar o STF como detentor da última palavra sobre a Constituição.

Na seção 4, procura-se ressaltar as dificuldades enfrentadas para superar os precedentes firmados pelo STF, a importância da teoria dos diálogos institucionais e a possibilidade dessa superação pelo Poder Legislativo.

Por fim, na seção 5, mostra-se que há a possibilidade de superação dos precedentes pelo Poder Legislativo, analisando-se o caso da Vaquejada, em que houve essa superação, o que nos permite inferir que a segurança jurídica e a racionalidade do ordenamento jurídico não se restringem aos precedentes firmados pelo STF, mas também dependem do entendimento firmado pelo Legislativo em um modelo que se entende dialógico e não adversarial.

2. PRECEDENTES NO BRASIL: A VINCULAÇÃO NO CPC/2015

A teoria dos precedentes judiciais aceita inúmeras análises, em muitos pontos diametralmente divergentes, comportando desde aqueles que defendem a inconstitucionalidade de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil¹, até aqueles que negam a existência de um sistema de precedentes² no ordenamento jurídico. É certo, contudo, que a defesa da vinculatividade está atrelada à tentativa de diminuição da irracionalidade decisória, bem como ao empenho em assegurar uma gradual segurança jurídica aos jurisdicionados.

Não obstante essa problemática tão complexa e a existência de tantas fontes interdisciplinares, as críticas sustentam-se na restrita ideia da delegação da tarefa de uniformidade decisória às cortes superiores, sobretudo quando se pensa na reestruturação do Poder Judiciário, como propõe parte da doutrina³. Nesse caso, imaginar que caberá à Suprema Corte o dever de dar unidade ao direito por meio de suas decisões, as quais serão todas obrigatoriamente vinculantes, é pensar em uma teoria de precedentes que desconsidera a realidade fática desse órgão do Poder Judiciário e ignorar o fundamento e a característica deliberativa da democracia brasileira.

¹ Nesse sentido, entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery na obra NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

² Assim defende Lenio Luiz Streck, entre outros escritos, no livro STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Juspodivim, 2018.

³ Tese defendida por Daniel Mitidiero em sua obra MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 e por Luiz Guilherme Marinoni em seu livro MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Outorgar unicamente ao Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição, o papel de garantir a segurança jurídica, a racionalidade e a unidade do ordenamento jurídico por meios estritamente formais pode ser uma prática que delega à Suprema Corte um ônus que talvez ela não possa sustentar, principalmente quando se tem revelada a sua realidade decisória. Não é à toa que os diversos estudos a respeito da deliberação no Supremo Tribunal⁴ são cada vez mais necessários para mostrar uma realidade que pode representar, muitas vezes, os ministros como verdadeiras “ilhas decisórias”⁵.

É certo que, na própria teoria de Dworkin, a ideia de integridade resulta de decisões que consideram não apenas os julgados proferidos anteriormente, mas, na construção e na busca de uma melhor resposta, o juiz deve analisar o ordenamento jurídico como um todo íntegro, do qual poderá extrair o que seria a “única resposta correta”⁶.

Isso é para que se possa entender que a proposta de vinculação de toda decisão do Supremo Tribunal Federal feita por aqueles que julgam que a vinculatividade dos julgados deve-se exclusivamente a um critério de autoridade – e, portanto, quem teria autoridade para dar unidade ao direito por meio de precedentes é a Suprema Corte – encontra inúmeros desafios para se concretizar, principalmente quando se analisa a realidade decisória do STF. Inicialmente, mostrar-se-á um panorama das teorias que defendem a eficácia vinculante dos precedentes para, posteriormente, analisá-la à luz da teoria dos diálogos.

Nesse sentido, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais é apontada, por parte da doutrina, como uma solução para a uniformização do direito, gerando segurança jurídica aos jurisdicionados. Para alcançar os objetivos de estabilidade, uniformidade, integridade e coerência, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 disciplinou, em seu artigo 927, meios de garantir que as decisões anteriores sejam seguidas, dando-se previsibilidade aos julgamentos.

⁴ Para um maior aprofundamento a respeito do tema, sugerem-se os seguintes trabalhos: VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; COSTA, Evorah Lusci. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, pp. 21-44, jan./jun. 2009. p. 36; SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? *European Journal of Legal Studies*, Florence, v. 9, n. 2, pp. 209-240, 2017.

⁵ Não é objetivo deste texto debater a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal, esclarece-se, porém, que a imagem das “ilhas decisórias” ou ainda do Supremo Tribunal Federal formado por “11 ilhas decisórias” é utilizada para demonstrar o isolamento dos julgadores que integram um órgão colegiado durante o processo decisório. Para um maior aprofundamento desse tema, ver: KLAFFE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 89-104, jan. 2013.

⁶ A proposta hermenêutica do direito como integridade desenvolvida por Dworkin seria apta a resolver os casos do direito a partir de uma ideia de construção interpretativa. Assim, a única resposta correta decorreria da correta interpretação das normas jurídicas, as quais determinariam um só resultado, considerando a coerência narrativa dentro de uma história das práticas jurídicas (VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 365).

Diante disso, Aurélio Viana e Dierle Nunes, citando Ronaldo Cramer, apontam a existência de pelo menos cinco correntes doutrinárias que tratam sobre o precedente judicial no CPC/2015, incluindo quem não enxerga no Código um sistema de precedentes⁷.

Uma primeira corrente entende que o artigo 927 do CPC/2015 contém um rol de precedentes vinculantes, a partir de um critério prioritariamente semântico. Fazem parte dessa corrente autores como Freddie Didier⁸ e Hermes Zaneti Junior⁹. A segunda corrente defende a inexistência de precedentes vinculantes no artigo 927 do CPC/2015, sendo vinculantes, de fato, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação constitucional. Já a terceira corrente considera que o artigo 927 do CPC/2015 não poderia atribuir força vinculante aos precedentes, podendo exigir apenas que os tribunais observem os precedentes, apesar de reconhecer a força vinculante de cada um dos “precedentes” – corrente a que se filia Alexandre Freitas Câmara¹⁰. A quarta corrente prega a inconstitucionalidade da vinculatividade dos precedentes do artigo 927 do CPC/2015, porque só à Constituição cabe agasalhar outras hipóteses de vinculatividade, como ocorre com as decisões em controle direto de constitucionalidade e súmulas vinculantes. Podem ser identificados nessa corrente os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹¹. A quinta e última corrente não se satisfaz com o rol do artigo 927, assumindo que quaisquer decisões emanadas das cortes supremas são passíveis de serem consideradas precedentes obrigatórios (ou melhor, vinculantes), decorrendo da autoridade das cortes a sua vinculatividade, estando nessa corrente os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹².

Aurélio Viana e Dierle Nunes mencionam mais uma corrente¹³, a qual sustenta a impossibilidade de se falar em precedentes no CPC/2015 e tem como representantes Lenio Luiz Streck e Georges Abboud. Para esses autores, teríamos no CPC/2015 “um

⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 215.

⁸ DIDIER JR., Freddie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR.; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 383-397.

⁹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹³ Viana e Dierle discordam, aqui, da divisão feita por Ronaldo Cramer que colocou Lenio Streck e o próprio Dierle como integrantes da primeira corrente.

sistema de vinculação jurisprudencial e não de precedentes”¹⁴, com o reconhecimento de uma influência dworkiniana no tocante à proposta de integridade.

Absorvidas as profundas e importantes críticas, a última corrente deve ser analisada de maneira moderada, pois corre-se o risco de desconsiderar por completo o vultoso ganho do CPC/2015, no que diz respeito à tentativa de criar um sistema jurídico mais estável, íntegro e coerente de decisões judiciais. Desconhecer essa tentativa por meio do rechaço total de um sistema de precedentes no Brasil não contribui para o avanço do ordenamento jurídico brasileiro. Expõem Viana e Dierle que “Por óbvio, negar a existência do precedente no Brasil não representa o automático abate das técnicas trazidas pelo Código, e, por essa razão, o sistema tornar-se-á ainda mais perverso”¹⁵.

Podem-se citar, ainda, autores que entendem que, ao invés de uma vinculação absoluta, os precedentes, seja no sistema de *civil law*, seja no sistema de *common law*, apresentam uma variada gradação de sua força normativa, não dependendo necessariamente das circunstâncias relacionadas com a exigência de uma vinculação formal legal ou constitucional¹⁶.

Assim, vale registrar primeiramente o entendimento de que se deve reconhecer que um sistema de precedentes tende a contribuir para o desenvolvimento tanto de técnicas processuais, quanto de teorias aptas a diminuir as barreiras que circundam o direito jurisprudencial, amoldando-se ao direito democrático¹⁷.

Aponta-se, também, que a eficácia vinculante dos precedentes, da forma defendida pela primeira e pela terceira correntes, encontra obstáculos grandiosos para se concretizar, sendo alguns deles a atuação prospectiva da Corte e a definição da *ratio decidendi*, a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal e a dispersão jurisprudencial. Embora o objetivo seja garantir a segurança jurídica a partir da vinculação e da obrigatoriedade de seguir os precedentes, questiona-se se tal proposição é concretizável da maneira como os autores a concebem.

Far-se-á, desse modo, a exposição das proposições de Mitidiero, Marinoni e Zaneti e, posteriormente, em tópico seguinte, apontar-se-ão alguns desafios que devem enfrentar essas teorias, sobretudo, como mostrará o penúltimo capítulo, quanto à superação de precedentes por meio da teoria dialógica no Supremo Tribunal Federal, questionando-se se o padrão proposto consegue cumprir o propósito de garantir a segurança jurídica.

¹⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 217.

¹⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 222.

¹⁶ Essa é a tese defendida em: MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org). **Direitos humanos e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 58-85.

¹⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 221.

Mitidiero defende a reestruturação do Poder Judiciário em cortes de precedentes – também conhecidas como cortes supremas –, às quais caberia a outorga da interpretação prospectiva e a unidade do direito mediante a formação de precedentes. Segundo o autor, essas cortes não deveriam atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas cortes de justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito. Portanto, não teriam como função exercer controle retrospectivo sobre as cortes de justiça. A sua função seria, de outro modo, atuar a fim de guiar as futuras decisões das cortes de justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. “Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação”¹⁸. O objetivo das cortes de precedentes seria, então, atingir essa finalidade.

Ainda segundo Mitidiero, o Novo Código de Processo Civil percebeu a necessidade de reconstrução do sistema judiciário, de modo que confere ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a possibilidade de analisar a questão recursal mesmo que tenha havido desistência recursal (CPC/2015, art. 998, parágrafo único) e de conhecer recursos desconsiderando vícios formais (CPC/2015, art. 1029, § 3.º), ao permitir o seu amplo debate (CPC/2015, art. 1038) e ao vincular os órgãos jurisdicionais horizontal e verticalmente às razões dos julgados (CPC/2015, art. 927, art. 1039 e art. 1040). Logo, “o Novo Código deixou claro que o caso concreto levado à apreciação é apenas um pretexto para que essas Cortes possam dar unidade ao Direito”¹⁹.

Assim, aduz o autor, cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o dever de dar unidade ao direito, de modo que, “A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes”²⁰.

A formação de precedentes, nesse caso, terá como fator único o caráter institucional ou de autoridade da Corte que proferiu a decisão. Assim, o precedente só poderia advir do STJ ou do STF, sem considerar as razões que o formam, sendo pouco relevante o conteúdo da decisão e sendo o precedente judicial fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da congruência social da razões invocadas e muito menos de norma constitucional legal que assim o determine, “mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional como função básica do Estado”²¹.

Mitidiero sustenta, ainda, a tese de que a definição sobre a *ratio decidendi* cabe à Corte Suprema, a qual decidirá não apenas o caso, mas também a sua interpretação

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92.

²¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99.

sobre o que deve ser entendido como *ratio*²². Caberia às cortes supremas – também chamadas “cortes de precedentes” pelo autor – um papel não só retrospectivo, mas também prospectivo sobre os casos julgados a fim de uniformizar a aplicação do direito, devendo atuar para guiar as futuras decisões dos demais tribunais e juízes a elas vinculados, além da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. Esse seria o papel prospectivo, capaz de dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação, garantindo a igualdade e a segurança jurídica²³.

Marinoni, por sua vez, na mesma linha dos precedentes obrigatórios (ou melhor, vinculantes), defende também a vinculatividade de todas as decisões do STF, a partir da atribuição de poder às cortes supremas para que, ao julgar casos, possam atribuir efeito vinculante aos principais motivos das decisões (*ratio decidendi*)²⁴. O autor é claro em defender que, no controle difuso, mesmo a coisa julgada não tendo efeito *erga omnes*, é necessário dar força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, “evitando-se a sua desconsideração pelos demais órgãos judiciários”, e impedindo-os de negar os motivos determinantes da decisão²⁵.

Assim, tanto Marinoni quanto Mitidiero atribuem função específica às cortes supremas, que é a de dar unidade ao direito a partir de suas decisões, as quais vincularão todas as demais instâncias do Poder Judiciário, sendo de pleno conhecimento, inclusive, de todos os cidadãos²⁶.

Esse amplo conhecimento é fundamental, porque possibilitaria tanto ao cidadão quanto ao advogado, e principalmente a este último, avaliar a possibilidade de ajuizar ou não uma ação nos casos em que a pretensão do autor amoldar-se a um precedente obrigatório ou em que não houver precedente contrário à pretensão²⁷.

Zaneti, assim como Marinoni e Mitidiero, defende a existência das cortes de veritas ou de precedentes, que assumiriam a interpretação e a uniformização do direito, acrescentando que seriam, também, capazes de dar racionalidade ao ordenamento jurídico por meio de uma teoria da interpretação realista, moderada e responsável²⁸.

²² VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 255.

²³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

²⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 237.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 298.

²⁶ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 237.

²⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 238.

²⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 427.

O autor defende que uma teoria dos precedentes é uma teoria para cortes supremas, por dois motivos: primeiro, porque as cortes supremas são as principais destinatárias de uma teoria dos precedentes por serem as cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque as próprias cortes supremas devem vincular-se aos seus precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual²⁹.

A racionalidade do ordenamento jurídico estaria intimamente ligada à função das cortes de vértice, das cortes supremas, e à correta aplicação dos precedentes, pois o modelo de precedentes será racional “porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação”³⁰. As cortes teriam o papel não só de fixar precedentes, mas também de controlar a sua aplicação, de maneira que o autor discorda das teses que reconhecem como precedentes apenas aqueles emanados de supremas cortes, defendendo, diferentemente, que “serão precedentes mesmo as decisões que não forem de Cortes Supremas, desde que, por evidente, limitem-se à sua esfera de influência formal e, portanto, respeitem as decisões de instâncias formalmente superiores”³¹.

Esse respeito às decisões formalmente superiores representa a vinculação formal, de modo que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional não pode ser considerado correto³². Assim, “vinculação formal será sinônimo de vinculação *de iure* e implicará o reconhecimento dos precedentes como fonte normativa primária formal, independentemente do seu conteúdo”³³, não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão.

Zaneti propõe que a vinculação dos precedentes seja classificada em três graus: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*). No primeiro, a vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação racional no processo de interpretação, independente de lei formal, sendo a aplicação dos casos-precedentes tanto horizontal quanto vertical. No segundo, há uma obrigatoriedade formal de levar os casos-precedentes em consideração, sendo as decisões

²⁹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 411.

³⁰ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 355.

³¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 404.

³² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 344.

³³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 344.

passíveis de impugnação por via recursal no caso de não seguirem o precedente. Por fim, no terceiro, a vinculatividade é também prevista em lei, mas possibilita a impugnação por via autônoma diretamente nos tribunais superiores, quando as decisões não respeitarem a autoridade do precedente³⁴.

Portanto, para o autor, a “força normativa dos precedentes prescinde de vinculação formal”, e o reconhecimento formal pela lei dessa força normativa dos precedentes “é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico”³⁵, sendo fundamental que sejam normativos e vinculantes independentemente do seu conteúdo e da bondade de suas razões³⁶.

Nesse contexto, propõe-se, à luz da teoria dos diálogos institucionais, uma nova perspectiva quanto à superação dos precedentes judiciais, porque a conexão entre a evolução do processo civilizatório e a vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal pode ser contestada com base na ideia deliberativa das práticas decisórias, cuja finalidade é permitir que a construção de respostas mais coerentes e gradualmente estáveis para os problemas seja feita de modo mais democrático e efetivamente participativo, sendo a interação entre o Poder Legislativo e Poder Judiciário uma concretização da democracia como participação.

Esse é o objetivo da teoria dialógica, ao demonstrar que a interação entre os poderes tende a fortalecer tanto o papel preponderantemente democrático do Legislativo (*input*), quanto o papel de garantia dos direitos fundamentais pelo Judiciário. Essas tarefas não devem ser vistas como estanques, mas dialógicas e graduais e, portanto, mais aptas à sociedade contemporânea e seus complexos problemas.

3. O STF E O DILEMA DA ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO

As propostas apresentadas para a formação e a aplicação de precedentes vinculantes, sobretudo a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, visam garantir uma maior estabilidade nos posicionamentos jurisprudenciais do Poder Judiciário. Assim, ao se idealizar um sistema de precedentes apto a garantir segurança jurídica³⁷ mediante decisões mais uniformes e, portanto, capaz de dar unidade ao di-

³⁴ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 346.

³⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 347.

³⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 431.

³⁷ Essa ideia é exposta por Oscar Vilhena Vieira: “Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas ‘populistas’ e

reito, está-se diante de uma corrente que aposta suas “fichas” no papel que o Supremo Tribunal Federal pode desempenhar como “guardião da Constituição”³⁸.

Nesse sentido, é fundamental rever a função do STF como “guardião da Constituição”, a fim de verificar a sua tarefa com base na ideia de interação deliberativa³⁹, o que significa dizer que o modelo de separação de poderes⁴⁰ precisa ter potencial epistêmico, segundo o qual “Cada poder possui ônus argumentativos que, se não atendidos, autorizam a reação do outro”⁴¹. Assim, quando se analisam os precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal, é importante observar que se trata de decisões que permitem uma interpretação sobre a Constituição, mas que não devem ser vistas como a “palavra final”, em razão da possibilidade de superação desse entendimento, sobretudo pelo Poder Legislativo, como se verá no próximo tópico.

A ideia da última palavra ou palavra final é importante nos casos em que se deve resolver uma controvérsia, com uma decisão coletiva que seja válida para todos.⁴²

necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul./dez. 2008. p. 442. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2019.).

³⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.

³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.

⁴⁰ O termo “separação de poderes”, comumente empregado, merece ser analisado de forma crítica. Ao comentar o capítulo XI da célebre obra *O espírito das leis*, de Montesquieu, Simone Goyard-Fabre avalia que não há a defesa de uma estática separação de poderes, há antes uma “balança de poderes”. Nas palavras de Goyard-Fabre (GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 240-241): “Esse capítulo não elabora uma teoria, como se costuma repetir, da ‘separação de poderes’, mas da ‘balança dos poderes’. Essa concepção cabe numa frase: ‘Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder’. Dito de outra forma, e indispensável que ‘as três espécies de poder: a potência legisladora, a potência executora das coisas que dependem do direito das gentes e a potência executora daquelas que dependem do direito civil’ não fiquem concentradas nas mãos de um mesmo homem ou de um mesmo corpo; para evitar a confusão dos poderes que resultaria dessa concentração, os três poderes deem ser distribuídos a instâncias organicamente distintas e aptas, por sua cooperação, portanto por sua complementaridade, a exercer nas formas a autoridade do governo”. Soma-se a isso, a ideia de que essa “balança de poderes” representaria uma “separação de funções” exercidas por meio do diálogo (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 95-226; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017) e voltadas para um fim. Isso exige um trabalho conjunto tendo em vista a consecução do bem comum político, entendido como um bem que transcende as particularidades de cada indivíduo, sem, porém, negá-las. A comunidade política, fruto da pluralidade de opiniões e não da unidade delas, é mesmo assim capaz de deliberar para alcançar uma sinfonia e não uma homofonia, uma unidade que não nega a diversidade, mas permite, por meio do direito como instituição, buscar o “consenso do direito”. As diferenças morais jamais serão eliminadas, porém é possível que as pessoas (plurais) possam agir como cidadãos (unidade), o que não suprime a pluralidade, mas conserva a busca do bem comum político (BARZOTTO, Luís Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 93-94).

⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

⁴² MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. E-book. Não paginado.

Pensa-se no Supremo Tribunal como a instituição responsável por decidir por último. Porém, é importante enfatizar, tomando como base a teoria dos diálogos institucionais, que o papel místico de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de “salvar a democracia contra a vontade de outros poderes” não se sustenta, podendo até se voltar contra a própria Corte, pois tende a resultar em uma prática decisória acanhada e tímida ou mesmo em uma reação mais agressiva do outro poder⁴³. Assim, a definição de uma instituição política como democrática está mais no conteúdo das decisões do que propriamente em um critério de procedimento estipulado anteriormente, o que não quer dizer que a substância das decisões desconsidere o procedimento e dissolva a sua autoridade⁴⁴.

O que se quer, com a teoria dialógica, é demonstrar que atribuir a um dos poderes toda a tarefa de dar unidade, uniformidade e integridade ao ordenamento jurídico, como se propõem as teorias apresentadas anteriormente sobre a eficácia vinculante dos precedentes, parece não ser a saída mais racional diante de um panorama mais deliberativo, no qual os poderes, apesar de desempenharem funções distintas, têm a mesma tarefa de promover a segurança jurídica e a proteção de direitos garantidos pela Constituição da República.⁴⁵ Isto é, essas instituições têm tarefas a desempenhar de forma integrada e colaborativa, e não uma em contraposição à outra. A própria concepção da separação de poderes e, portanto, do modelo de freios e contrapesos revela um diálogo público, promovendo uma “transformação das preferências” e do debate entre os distintos ramos do poder.⁴⁶

É nesse sentido que, embora se reconheça como cláusula pétrea o postulado da separação de poderes, isso não impede, de outro modo, que não se discuta o

⁴³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

⁴⁵ Daí a se falar não mais na existência de um Poder com o monopólio da última palavra, mas, sim na construção de uma prática dialógica que possibilite a convivência do constitucionalismo com a democracia. Poderes independentes e harmônicos, justamente porque dotados desses qualificativos, devem ser capazes de aprimoramento contínuo e dialético a respeito de questões relevantes para o país. O Parlamento pode e deve participar da tarefa de interpretação da Constituição, como interlocutor privilegiado, dada a sua configuração de instância representativa da vontade popular para as deliberações políticas (BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont’Alverne. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 109-128, jan./abril. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825>>. Acesso em: 20 de julho de 2020, p. 120).

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. E-book. Não paginado.

modo de exercício da jurisdição constitucional, com o objetivo de preservar o caráter democrático que deve “permear todas as manifestações do poder estatal em nosso país”.⁴⁷

Em razão disso, vê-se que essas finalidades, concebidas à primeira vista como sendo de responsabilidade apenas das cortes superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, devem ser submetidas a uma análise que propõe um profundo empenho e uma profunda participação também do Poder Legislativo, de modo que se alcance êxito tanto na garantia dos direitos fundamentais, como na promoção do bem comum.⁴⁸

Diante disso, a teoria dos diálogos institucionais contribui para a interpretação da Constituição da República a partir da superação da ideia de que cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido da Constituição. Propõe-se então um papel colaborativo para alcançar o melhor resultado interpretativo, além de se apresentar uma saída para as dualidades preestabelecidas. De fato, os critérios rígidos de atuação tendem a afastar a melhor atuação dos poderes, em vez de colocá-los juntos na busca de soluções mais racionais e céleres para os problemas complexos que se delineiam em sociedade.

⁴⁷ BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont’Alverne. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 109-128, jan./abril. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825>>. Acesso em: 20 de julho de 2020, p. 113.

⁴⁸ Com efeito, a formação, a apropriação e a partilha do bem comum ou coletivo têm assento numa ética de diálogo, de relacionamento horizontal entre pessoas e instituições. Esse diálogo abrange as necessidades humanas, a igualdade, a liberdade e uma concepção de justiça que envolve a concepção de Estado e a própria divisão de poderes públicos entre si e a relação entre eles e a sociedade. Para funcionarem eficazmente (em direção às finalidades estabelecidas pela Constituição, cujo valor último é a dignidade da pessoa humana), esses poderes devem ser analisados sob o enfoque do diálogo. Nessa colaboração dialógica, abandona-se a visão maniqueísta dos poderes (especialmente Legislativo e Judiciário). Com efeito, as teorias do diálogo não buscam a resposta sobre quem tem a última palavra, mas constroem o direito deliberando conjuntamente. Essa linha de pensamento jurídico tem o condão de contribuir para a eficácia do direito, pois direciona a sociedade para a maior participação cidadã nas decisões políticas, na deliberação prática (direta e indireta) sobre o bem comum. Isso se traduz na maior consciência e observação dos deveres fundamentais, no reconhecimento e na atenção respeitosa à pluralidade de pensamentos, valores e ações, nos laços de solidarismo social como valor de cidadania e na atuação colaborativa e dialógica dos poderes estatais, vistos como um sistema de integração e de cooperação para o trabalho em conjunto, com integração, harmonia e equilíbrio. Nas palavras de Silva, “[...] deve-se observar que os motivos de uma ação humana deliberativa também podem ser demonstrados pelo poder informacional. Obtém-se esse poder falando com pessoas, ensinando, explicando, argumentando, discutindo, perguntando, respondendo, por meio dos padrões existentes, com disposição para tornar o conhecimento acessível aos outros, pois as influências são mais duradouras quando se compreende, clara e logicamente, o ‘que’ e ‘por que’ se decide” (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 203). Ainda sobre o bem comum, aduz Luis Fernando Barzotto: “O bem comum só pode ser conhecido mediante deliberação conjunta. Como ele é um bem complexo, que se altera conforme as condições em que se encontra, somente no debate racional é que seu conteúdo pode ser determinado caso a caso. A sua natureza impõe o método da sua busca. Se o bem comum é o bem de todos, todos devem participar na sua determinação. Em primeiro lugar, porque são os destinatários do bem, e o ponto de vista do destinatário não pode ser ignorado em um processo deliberativo. Em segundo lugar, porque a complexidade do bem comum exige sua análise do maior número possível dos pontos de vista” (BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 35-36).

Não se objetiva descaracterizar a função de cada um dos poderes, objetiva-se antes mostrar que sua atuação deve estar voltada para o fim de garantir os direitos fundamentais sem que para isso haja necessidade de alçar um dos poderes ao papel de protagonista dessa efetivação, sendo a percepção gradual mais cabível quando se busca um ponto ou grau de equilíbrio entre os extremos⁴⁹.

A atuação conjunta e deliberativa entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, proposta pela teoria dos diálogos, permite-nos superar um modelo de *judicial review* forte, no qual a última palavra caberia ao Judiciário, em razão da sua suposta capacidade de melhor interpretar a Constituição. Essa assertiva representa a ideia de “Supremocracia” defendida por Oscar Vilhena Vieira, tanto no sentido de imposição das decisões do Supremo Tribunal Federal aos demais juízes e tribunais, quanto no sentido de expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, cuja ideia é colocar a Corte no centro de nosso sistema político⁵⁰.

A necessidade de superação dessa ideia ocorre, sobretudo, pela verificação de que uma ampla transferência de autoridade para o Judiciário e para as cortes constitucionais deve ser encarada não como algo progressivo e natural no desenvolvimento da democracia, mas como uma interação estratégica entre as elites que estão interessadas em se proteger da incerteza do futuro, o que é próprio da política democrática.⁵¹

Não há que se falar, portanto, do monopólio da *última palavra*, mas sim da construção de uma prática dialógica que possibilita a coexistência do constitucionalismo com a democracia. A interpretação da Constituição deve resultar de uma dialética contínua a respeito de questões relevantes para o país.⁵²

Desse modo, pode-se analisar que a manutenção de uma ordem democrática requer um “olhar gradual”⁵³, uma análise que não se encarregue de delegar a um dos poderes toda a função de garantir a proteção dos direitos, a segurança jurídica, a unida-

⁴⁹ SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 95.

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul./dez. 2008. p. 443. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2019.

⁵¹ ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 198.

⁵² BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont’Alverne. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 109-128, jan./abril. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825>>. Acesso em: 20 de julho de 2020, p. 120.

⁵³ “Com efeito, o raciocínio binário baseado em dicotomias abrangentes e rígidas deve ser superado pelo raciocínio gradualista que permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. O raciocínio gradualista não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas, antes, em que grau ou medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal” (SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 96).

de e a uniformidade do direito, sob pena de se reforçar a retórica do Supremo Tribunal Federal como “guardião entrincheirado” e também detentor da última palavra sobre a Constituição⁵⁴.

Trata-se, assim, de possibilitar que os poderes desempenhem suas tarefas tendo em vista a concretização de direitos, mas sem se alçar à condição de poder absoluto para dar uma última solução para o caso, uma vez que tanto o Legislativo quanto o Judiciário podem instaurar diálogos com o objetivo de alcançar a segurança jurídica sem que isso vise paralisar a atuação dos outros poderes.

A teoria dos diálogos institucionais já tem sido referida, inclusive, pela própria Suprema Corte, o que demonstra uma mudança de racionalidade no que diz respeito à interação entre os poderes e à busca de uma melhor interpretação da Constituição. No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.105, o relator, Ministro Luiz Fux, que julgou o acesso proporcional a dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita aos novos partidos, ressaltou que o princípio fundamental da separação de poderes clama pela pluralização dos intérpretes da Constituição, com a atuação coordenada dos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, juntamente com os outros segmentos da sociedade civil, os quais atuarão, cada um com suas capacidades específicas, para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem a pretensão de serem os únicos e exclusivos intérpretes da Carta da República⁵⁵.

Pode-se constatar que o modelo clássico da tripartição de poderes mostra-se insuficiente na resolução de problemas complexos que ultrapassem as fronteiras preestabelecidas de atuação, que, além de serem pouco práticas, são também indesejáveis⁵⁶. Essa modificação da visão tradicional procura evidenciar pelo menos dois aspectos sobre a formulação de decisões em casos controversos. O primeiro deles enfatiza que decisões tomadas em qualquer um dos poderes podem ser contestadas em outras instâncias públicas porque passam a ter um caráter parcialmente definitivo. O outro aspecto diz respeito ao reconhecimento de que “cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões”⁵⁷.

Nessa perspectiva, a defesa de uma eficácia vinculante a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal parece buscar uma unidade do direito a qualquer custo,

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01 out. 2015.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 183-206, set./dez. 2015. p. 189. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v2n3/2359-5639-rinc-02-03-0183.pdf>>. Acesso em 25 set. 2019.

⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 183-206, set./dez. 2015. p. 189. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v2n3/2359-5639-rinc-02-03-0183.pdf>>. Acesso em 25 set. 2019.

vinculando os demais juízes e tribunais não em razão do conteúdo das decisões, mas apenas com base em um critério de autoridade institucional. Frise-se que, antes do CPC/2015, mesmo quando as decisões tinham um sentido diverso do pretendido pelo Legislativo, esse poder talvez optasse por não tentar alterar o posicionamento jurisprudencial, posto que os demais juízes e tribunais podiam – e isso muitas vezes acontecia – simplesmente adotar posicionamento diverso daquele fixado pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁸.

A teoria dos diálogos – e, assim, a afirmação de que não cabe ao STF a última palavra sobre a Constituição – é fundamental em um panorama de precedentes vinculantes, pois, em muitos casos, a modificação do entendimento jurisprudencial pelo Legislativo restará como a única saída⁵⁹.

4. A DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO

A proposição de precedentes vinculantes, conforme demonstrado, comporta inúmeras críticas, principalmente no que diz respeito à superação desses entendimentos firmados na Corte Suprema. Diante disso, debater-se-ão algumas formas de superação, apontando as suas dificuldades e demonstrando que, em alguns casos, apenas o Legislativo poderá superar algumas decisões, sob pena de engessamento de determinados entendimentos.

Assim, entre as inúmeras formas de *judicial departures*, o *overruling* é um dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial, o qual ocorre “quando o tribunal posterior adota uma nova norma concreta que decide um caso compreendido na hipótese de incidência de uma regra anterior de origem jurisprudencial”⁶⁰. Embora seja apenas uma das espécies dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial, o *overruling* é especialmente importante porque não se refere apenas a um problema de aplicação de um precedente, ou seja, à não ocorrência de suas consequências no caso concreto, mas “representa uma ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente”⁶¹.

Essa anulação de um precedente pelo próprio órgão que o estabeleceu, embora varie entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, seja por razões

⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. *Civil Procedure Review*, [s.l.], v. 9, n. 2, pp. 41-73, mai./ago. 2018. p. 44.

⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. *Civil Procedure Review*, [s.l.], v. 9, n. 2, pp. 41-73, mai./ago. 2018. p. 45.

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 387.

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

institucionais, seja por razões extrainstitucionais, as quais influenciam a força do precedente judicial, deve ser expressamente tematizada, levando-se em consideração o precedente que será afastado⁶².

A proposição de uma reorganização do Judiciário, como demonstrado anteriormente, dificulta o *overruling*, que, mesmo não sendo incompatível com um sistema de precedentes vinculantes, encontra grandes dificuldades para operar.

Exemplo dessa dificuldade é a alteração trazida pela Lei n.º 13.256/2016, porque o CPC/2015, originalmente, previa o fim do duplo juízo de admissibilidade aos recursos especiais e extraordinários, legitimando o acesso de todos eles aos tribunais superiores, aos quais cabia a realização do juízo de admissibilidade. Não obstante, a Lei n.º 13.256/2016 promoveu alteração na redação do CPC, retornando com o duplo juízo de admissibilidade, estabelecendo, também, que, contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial e extraordinário por contrariedade a precedente firmado em repercussão geral ou recursos repetitivos, o recurso cabível é o agravo interno ao próprio tribunal *a quo*, conforme disposição do artigo 1030, I, alíneas a e b, combinado com o parágrafo 2.º, do CPC/2015. Somado a isso, o artigo 1042, *caput*, do CPC/2015 previu que o agravo em recurso extraordinário (RE) ou em recurso especial (REsp), interposto contra a decisão do presidente ou vice-presidente, que inadmitir RE ou REsp não é cabível quando o fundamento da decisão for a aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos⁶³.

Observa-se que esse modelo torna difícil a modificação de entendimentos firmados nos tribunais superiores, impedindo uma necessária rediscussão desses precedentes a partir da alteração de situações fáticas ou jurídicas. É nesse ponto que se propôs a controversa utilização da reclamação constitucional como meio de superação de precedentes. Controversa porque, embora parte da doutrina reconheça a impossibilidade de utilização da reclamação para fins de superação dos precedentes por falta de previsão legal⁶⁴ e utilização diversa do que se pretende – instrumento para garantia e reforço da autoridade das decisões –, há autores que sustentam a possibilidade de seu manejo nos casos de inadmissão dos recursos especial e extraordinário e de improvimento do agravo interno, sendo a reclamação, talvez, a única possibilidade de modificação dos precedentes firmados pelas cortes superiores.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388.

⁶³ NUNES, Dierle; FREITAS, Mariana de Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes>>. Acesso em 25 set. 2019.

⁶⁴ Dierle Nunes é representante dessa corrente, defendendo também o cabimento de novo recurso especial ou de novo recurso extraordinário contra a decisão de não provimento do agravo interno, como maneira de ter acesso ao tribunal superior e, sobretudo, de garantir aos jurisdicionados o direito de suscitar argumentos para a superação dos precedentes.

Nessa perspectiva, um ordenamento jurídico que busque a efetiva participação dos sujeitos processuais na formação e, também, na superação dos julgados, quando não mais atendam às relações sociais e às mudanças culturais, não deve admitir o engeçamento das decisões e sua aplicação mecânica, sob pena de não concretizar um modelo constitucional de processo, utilizando os precedentes judiciais de forma não democrática.

Insiste-se em uma valorização da análise do panorama macroestrutural estatal, buscando-se soluções técnicas que sejam adequadas aos avanços ocorridos após a Segunda Guerra e que desaguem em nosso país após 1988. Tendo isso como pressuposto, deve-se tematizar e entender que a concepção teórica de um modelo de processo constitucional democrático busca uma democratização processual mediante a problematização de conceitos como liberalismo, socialização e pseudossocialização processual, propondo, assim, o resgate do papel constitucional do processo como estrutura formadora das decisões judiciais, sendo essas decisões fruto de uma interação participativa e policêntrica⁶⁵.

Esse modelo participativo busca garantir julgados mais robustamente fundamentados, que visem julgar melhor para julgar menos e sejam capazes de abordar todos os fundamentos favoráveis ou contrários, com contraditório amplo, com participação de *amici curiae*, oitiva de argumentos em audiências públicas, assim como a observância de um dever de congruência entre o que se determinou (preparou) para o julgamento e o que se realmente julgou. Isso “poderá levar a uma efetiva redução do retrabalho e, inclusive, diminuição da litigiosidade pela existência de uma efetiva opinião da corte sobre o caso”, de maneira a verificar o que pretende o art. 926 do CPC, uma jurisprudência coerente, íntegra e estável⁶⁶, de maneira a verificar o que pretende o artigo 926 do CPC, uma jurisprudência coerente, íntegra e estável.

Assim, um modelo de processo constitucional democrático preza pelo diálogo, pela interação dos poderes, o que vai muito além de um modelo adversarial e de quem tem a última palavra sobre a Constituição. A importância de se debaterem as dificuldades da superação dos precedentes e os melhores meios para que isso se concretize está tanto na manutenção e no fortalecimento do processo constitucional democrático, como nas soluções gradualmente mais adequadas para cada momento histórico, social e cultural.

⁶⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010. p. 83.

⁶⁶ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 388.

É certo que, diante do que foi debatido, não se pode recorrer a soluções simplistas para problemas complexos por meio da blindagem das cortes superiores, que não devem ser incomodadas com novos argumentos que as levem a mudar os precedentes já firmados.

Nessa perspectiva, não se pode descuidar do importante papel do Poder Legislativo, inclusive na superação dos precedentes judiciais, de modo que a interação dos poderes deve objetivar a melhor interpretação da Constituição para a solução dos problemas sociais. É importante que se entenda, assim, que tanto o Legislativo quanto o Judiciário possuem fins específicos, mas ambos buscam a promoção de uma gradual segurança jurídica por meio da coerência e da integridade do ordenamento jurídico.

Pressupor que ambos os poderes buscam essas finalidades permite-nos conceber a superação de um modelo adversarial por meio de um modelo de diálogo, sendo este último uma evidente “saída intermediária e conciliatória que comporta dois componentes centrais: o desenho institucional e a cultura política. O modelo ideal é o de deliberação institucional dialógica, e não o modelo adversarial⁶⁷”.

A adoção da perspectiva dialógica possibilita sobrelevar a típica visão idealizada de privilégio de um poder sobre o outro, porque, embora o Parlamento tenha maior capacidade institucional para a concretização de políticas públicas e o Judiciário, maior capacidade institucional para a aplicação de direitos fundamentais, o que lhes confere uma prioridade na concretização das normas constitucionais, disso não deve advir que, em razão da capacidade institucional, a interpretação de cada poder será necessariamente a melhor sobre determinada matéria, mas, antes, que provavelmente o será⁶⁸.

O modelo dos diálogos possibilita evidenciar os mecanismos de controle recíproco entre os poderes, sujeitando o exercício das funções típicas por um “poder” a constante controle pelos outros, não sendo possível garantir uma maior capacidade institucional de um agente para proferir a melhor interpretação. A proposta é a mudança de compreensão de direitos fundamentais e políticas públicas como áreas exclusivas de atuação do Judiciário e do Legislativo (respectivamente) para uma compreensão que considere apenas a prevalência *prima facie* dos “poderes” nessas esferas, permitindo-se um controle permanente do adequado desempenho da sua função típica⁶⁹.

Assim, é nessa perspectiva que se analisarão os casos em que o Poder Legislativo superou os precedentes do Supremo Tribunal Federal, evitando a eternização de

⁶⁷ SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 185-186.

⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 295.

⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 295-296.

decisões que produzam efeitos práticos permanentes e permitindo que a interação prática entre Legislativo e Judiciário ocorra a partir da contribuição da capacidade institucional de cada um⁷⁰.

Desse modo, sustentar que a eficácia vinculante dos precedentes esteja voltada exclusivamente às cortes supremas como responsáveis por dar unidade ao direito e uniformidade às decisões judiciais, parece desconsiderar a possibilidade de superação desses entendimentos pelo Poder Legislativo nos casos de divergência interpretativa.

A teoria dos diálogos institucionais reconhece, então, que os atores institucionais possuem falhas e virtudes específicas e que, mediante a interação entre todos eles, seria possível a construção mais qualificada de um processo deliberativo, sendo o propósito dessa teoria a minimização de erros pelo refinamento das razões públicas pelas Cortes e pelo Legislativo. Esse refinamento possibilitaria a busca de melhores soluções para os problemas apresentados, em vez da limitação ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo⁷¹.

Enfrentar a possibilidade de superação legislativa é entender que a construção de respostas para os casos apresentados acontecerá pelo contínuo diálogo entre os poderes, buscando-se encontrar soluções mais justas a partir do reconhecimento da finalidade comum das instituições.

5. ANÁLISE DO CASO DA VAQUEJADA À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Neste tópico, abandonaremos um aspecto apenas conceitual para demonstrar os casos em que o Legislativo procedeu à superação de precedentes do STF, por meio da edição de leis ordinárias que superaram entendimentos anteriormente estabelecidos pela Corte.

Essa interação do Poder Judiciário com o Legislativo é também potencializada pela arquitetura da Constituição de 1988, que trouxe no seu bojo uma larga determinação de políticas públicas⁷², o que resultou na clara relação entre decisões judiciais sobre direitos fundamentais e modificação dessas políticas públicas, as quais podem ou não ser aceitas pelo Poder Legislativo, levando-o, no caso de discordância, a superar os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o reconhecimento de

⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 296.

⁷¹ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, [s.l.], v. 9, n. 2, pp. 41-73, mai./ago. 2018. p. 50.

⁷² ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Construção democrática e modelos de Constituição. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, p. 545-585, 2010. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/bitstream/handle/BDPI/6840/art_ARANTES_Construcao_democratica_e_modelos_de_Constituicao_2010.pdf;jsessionid=9C49C3346087824812270EA502C21FBA?sequence=1>. Acesso em: 4 abr. 2019.

direitos fundamentais na Constituição da República, colocou o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal em papel de destaque, de maneira que é necessário observar a relação entre poderes a partir de um novo viés, não mais pautado na ideia de supremacia de um poder em relação aos demais, mas adotando-se uma postura que envolve o diálogo entre eles⁷³. E observe-se que não é apenas no caso de discordância dos precedentes firmados que o Legislativo poderá proceder à sua superação, isso também é possível nos casos de modificação das situações fáticas e jurídicas.

Nesse sentido, havendo grande dificuldade ou até impossibilidade de superação dos precedentes pelas técnicas processuais, como demonstrado no tópico anterior, é possível que o Legislativo seja a única opção, o que não representa uma supremacia legislativa, uma vez que, no caso de edição de lei ordinária, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade da norma que reverteu a sua decisão anterior, e a “superação normativa” não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional⁷⁴.

Assim é o caso da Lei n.º 15.299/2013 do Estado do Ceará⁷⁵, que regulamentava a vaquejada naquele Estado, determinando as regras para a sua realização. Após promulgada, o Ministério Público Federal, na pessoa de seu Procurador Geral da República, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983/CE contra a referida lei, alegando violação do artigo 225, § 1.º, VII, da Constituição da República, pois o torneio traria graves e irreparáveis prejuízos à fauna, uma vez que os animais eram submetidos a maus-tratos e a situações degradantes.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADI n.º 4.983/CE⁷⁶, pela inconstitucionalidade da Lei n.º 15.299/2013 do Ceará, com efeitos *erga omnes* naquele Estado, aceitando o argumento de que a prática da vaquejada submete os animais à crueldade. Assim, foi decidido que, naquele caso específico, devia-se proteger prioritariamente a fauna, em detrimento do pleno exercício das manifestações culturais, inscrito no artigo 225, § 1.º, da Constituição da República.

Após essa decisão, entidades de proteção de animais questionaram a mesma prática da vaquejada em Teresina, no Estado do Piauí, a qual foi mantida pelo juízo.

⁷³ LEAL, Mônia Clarissa Henning; MORAES, Maria Valentina. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825>>. Acesso em: 20 de julho de 2020, p.75-76.

⁷⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 286.

⁷⁵ ESTADO DO CEARÁ. Lei n.º 15.299/2013, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, série 3, ano V, n. 10, p. 15, 15 jan. 2013. Disponível em: <<https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983**, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 16 mai. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em 20 set. 2019.

Em razão disso, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Reclamação Constitucional n.º 25.869, alegando o descumprimento da decisão daquele órgão, com base na ADI n.º 4.983/CE. Todavia, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a reclamação, alegando que a decisão na ADI produziu efeito *erga omnes* somente no Estado do Ceará e naquele caso concreto, já que a apuração da presença de maus-tratos aos animais deu-se somente em relação à vaquejada praticada naquele Estado.

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 13.364/2016⁷⁷, prevendo a vaquejada como patrimônio cultural imaterial, e, em seguida, a Emenda Constitucional (EC) n.º 96/2017⁷⁸, que incluiu o § 7.º do artigo 225 da Constituição Federal. A referida EC superou o entendimento firmado pela Suprema Corte no caso da vaquejada do Estado do Ceará, uma vez que acrescentou um parágrafo ao artigo 215 da Constituição da República, para explicar que as atividades desportivas não são tidas como cruéis caso sejam consideradas patrimônio cultural imaterial. O objetivo é evitar uma futura proibição em qualquer estado da federação.

Ainda, em setembro de 2019, foi sancionada a Lei n.º 13.873/2019⁷⁹, que, alterando a Lei n.º 13.364/2016, inclui o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, além de elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e dispor sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.

Observe-se que não se trata de questão pacificada, existindo a ADI n.º 5.728 ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal contra a EC n.º 96/2017. Não obstante, a análise proposta é a superação de um precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da Lei n.º 15.299/2013 do Estado do Ceará, por meio da Lei n.º 13.364/2016 e da EC n.º 96/2017, assim como pela Lei n.º 13.873/2019.

Dessa forma, é importante destacar que não se defende uma “supremacia do Congresso” como uma reação a uma “supremacia judicial”, defende-se, antes, um modelo dialógico para articular de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e também dos direitos fundamentais, para que se promova, por intermédio dos múltiplos

⁷⁷ BRASIL. Lei n.º 13.364, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-norma-pl.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁷⁸ BRASIL. Emenda Constitucional n.º 96, de 6 de julho de 2017. Acrescenta § 7.º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁷⁹ BRASIL. Lei n.º 13.873, de 17 de setembro de 2019. Altera a Lei n.º 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 3, 18 set. 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13873-17-setembro-2019-789120-norma-pl.html>>. Acesso em: 2 out. 2019.

acessos aos interessados em determinada questão constitucional, um pluralismo da democracia, além de reduzir a possibilidade de uma decisão unilateral dos poderes. Essa possibilidade dinâmica do desempenho dos poderes da República em um modelo de “circularidade procedimental”⁸⁰ possibilita que a concretização da Constituição seja fruto de um processo interativo, com a participação e a contribuição dos poderes com seus conhecimentos específicos, o que torna a decisão mais qualificada e melhor, sobretudo quando se vislumbra um panorama de questões complexas. Assim, a teoria dos diálogos constitucionais conduz a interpretações constitucionais com resultados provisórios, que estão sujeitos permanentemente a críticas da esfera pública, situação que lhes confere a possibilidade de autocorreção de acordo com uma prática de democracia deliberativa⁸¹.

A partir dessa análise, propõe-se rever o modelo de precedentes obrigatórios proposto pelas teorias apresentadas, pois a defesa de uma reestruturação do Poder Judiciário em Cortes de Precedentes, cujo objetivo precípua é a fixação de teses para a sua posterior aplicação, encontra forte resistência quando se concebe a teoria dos diálogos, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de superação dos precedentes vinculantes formados.

Nessa perspectiva, objetiva-se sedimentar o entendimento de que não cabe a um único poder a tarefa de dar unidade e racionalidade ao ordenamento jurídico, sendo uma tarefa participativa de todos, em um claro modelo de um processo constitucional democrático.

6. CONCLUSÃO

A teoria dos precedentes vinculantes enfrenta inúmeros desafios no Brasil. Trata-se de assumir a importante contribuição que a teoria dos precedentes pode trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, ao invés de não admitir que a sua aplicação seja possível à realidade do *civil law*, sobretudo após a superação desse modelo dual entre esse modelo e o *common law*. Deve-se atentar, assim, à importância do diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo para a consecução de decisões que sejam mais adequadas e coerentes em um modelo de processo constitucional democrático.

Assim, buscar saídas graduais, que representem um diálogo entre a atuação dos poderes Legislativo e Judiciário, é entender que ambos, mesmo que desempenhem suas tarefas específicas, devem estar voltados para a única finalidade de garantir direitos fundamentais, seja por meio da criação de leis, seja por meio da melhor aplicação das leis ao caso concreto.

⁸⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 289.

⁸¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. p. 289.

Não há um entendimento estanque, uma fotografia que mereça representar a decisão final sobre uma situação complexa, há uma longa construção de decisões que possibilitem a interação democrática entre os diversos poderes da República.

Dedicar a um desses poderes toda a tarefa de representação democrática, bem como impor ao outro uma tarefa contramajoritária, é reforçar uma atividade adversarial e pouco dialógica, e que pouco pode contribuir para a realização de uma melhor interpretação da Constituição.

A possibilidade de superação de um precedente pelo Poder Legislativo, como demonstrado com o caso da Vaquejada, permite compreender as dificuldades práticas das teorias que defendem uma reestruturação do Poder Judiciário para a fixação de uma Corte de Precedentes, responsável por garantir a unidade interpretativa do direito.

Desse modo, vincular todas as decisões do Supremo Tribunal Federal como precedentes normativos capazes de garantir a gradual uniformidade, a integridade, a coerência e a segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro é outorgar-lhe um ônus que talvez o Judiciário não possa cumprir.

7. REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Construção democrática e modelos de Constituição. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, pp. 545-585, 2010. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/bitstream/handle/BDPI/6840/art_ARANTES_Construcao_democratica_e_modelos_de_Constituicao_2010.pdf;jsessionid=9C49C3346087824812270EA502C21FBA?sequence=1>. Acesso em 4 abr. 2019.

BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'Alverne. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 109-128, jan./abril. 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 96, de 6 de julho de 2017. Acrescenta § 7.º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.html>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-norma-pl.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.873, de 17 de setembro de 2019. Altera a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 3, 18 set. 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13873-17-setembro-2019-789120-norma-pl.html>>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983**, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 16 mai. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01 out. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, pp. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v2n3/2359-5639-rinc-02-03-0183.pdf>>. Acesso em 25 set. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR.; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTADO DO CEARÁ. Lei nº 15.299/2013, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, série 3, ano V, n. 10, p. 15, 15 jan. 2013. Disponível em: <<https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em 20 set. 2019.

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

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 89-104, jan. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; MORAES, Maria Valentina. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abril. 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle; FREITAS, Mariana de Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes>>. Acesso em 25 set. 2019.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, [s.l.], v. 9, n. 2, pp. 41-73, mai./ago. 2018.

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? **European Journal of Legal Studies**, Florence, v. 9, n. 2, pp. 209-240, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivim, 2018.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2019.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; COSTA, Evorah Lusci. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, pp. 21-44, jan./jun. 2009.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivim, 2019.

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 **nesta link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão tê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de "p."].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.