



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 8 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2021 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 8 | n. 2 | maio/agosto 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

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.83471

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria317

Securing “Functional” Legal Eternity in Italy: Parliamentary Procedures, Electoral Legislation and the Free Mandate for Members of Parliament

Garantindo a eternidade jurídica “funcional” na Itália: procedimentos parlamentares, legislação eleitoral e mandato livre para membros do Parlamento

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.72900

Fabio Pacini, Giuseppe Martinico, Giacomo Delledonne321

La incidencia de la pandemia de la Covid-19 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España

The incidence of the Covid-19 pandemic on the Contentious Administrative Courts in Spain

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.82744

Lucía Casado Casado, Josep Ramon Fuentes I Gasó347

Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad

Pro persona: grounds and meaning of the legal primacy of humanity

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.75450

Hugo Saúl Ramírez387

Proportionality trumps gentleness: reforming Block’s evictionism (part I)

A proporcionalidade supera a gentileza: reformando o eviccionismo de Block (parte I)

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.74518

Cedric John Ayres407

O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis

Brazilian Supreme Court and the parameters for the control of the acts of the legislative power: limitations of the argument of corporis internal issues

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.80693

Ana Paula de Barcellos435

Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial

The judiciary and the state of exception: right to resist judicial activism

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.71729

Ricardo Marcondes Martins457

O Congresso e os 30 anos da Constituição: análise dos players políticos no processo de emendas constitucionais entre 2015 e 2018

The Congress and the 30 years of the Constitution: analysis of the political players in the constitutional amendment process between 2015 and 2018

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.81089

Matheus de Souza Depieri, Juliano Zaiden Benvindo489

O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos)

The constitutionality control and the role of Brazilian Federal Supreme Court regarding minorities's protection: critical analysis of ADC nº 41 (racial quotas in public tenders)

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.72003

Sabrina Santos Lima, Mônia Clarissa Hennig Leal507

A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha

The constitutionality of DNA in criminal prosecution: the right to informative self-determination and the proportionality criterion in Brazil and Germany

DOI: : 10.5380/rinc.v8i2.74420

Anita Spies da Cunha, Taysa Schiocchet529

Instruções para autores

Instructions for authors

.....555

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v8i2.83471

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>

Dando sequência ao volume 8 da **Revista de Investigações Constitucionais**, lançamos nesta oportunidade o número 2. Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 11 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Espanha, Itália, México e de 6 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste: Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal e Pernambuco. Dos trabalhos publicados, 88% são de Professores Doutores, 44% 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. 2, p. 317-319, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.83471.

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

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

- Securing “Functional” Legal Eternity in Italy: Parliamentary Procedures, Electoral Legislation and the Free Mandate for Members of Parliament

Fabio Pacini

Assistant Professor of Constitutional Law at Tuscia University (Viterbo, Italy)

Giuseppe Martinico

Full Professor of Comparative Public Law at the Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy)

Giacomo Delledonne

Assistant Professor of Constitutional Law at the Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy)

- La incidencia de la pandemia de la COVID-19 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España

Lucía Casado Casado

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

Josep Ramón Fuentes i Gasó

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

- Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad

Hugo Saúl Ramírez

Profesor de la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)

- Proportionality trumps gentleness: reforming Block’s evictionism (part I)

Cedric John Ayres

Master in Philosophy from the Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil) and graduated in Philosophy (“Licenciatura”) from the same institution, where he served as Substitute Professor (2017-2018)

- O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

- Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial

Ricardo Marcondes Martins

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

- O Congresso e os 30 anos da Constituição: análise dos players políticos no processo de emendas constitucionais entre 2015 e 2018

Matheus de Souza Depieri

Pesquisador do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

Juliano Zaiden Benvindo

Professor Associado de Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil)

- O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos)

Sabrina Santos Lima

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

Mônia Clarissa Hennig Leal

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

- A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha

Anita Spies da Cunha

Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil)

Taysa Schiocchet

Professora Adjunta de Teoria do Direito e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e PPGD da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

A pluralidade temática dessa edição, envolvendo estudos críticos sobre aspectos de grande relevância no Direito Constitucional contemporâneo em diferentes países, torna este número importante fonte de consulta sobre o que há de mais atual nas democracias constitucionais.



Securing “Functional” Legal Eternity in Italy: Parliamentary Procedures, Electoral Legislation and the Free Mandate for Members of Parliament*

Garantindo a eternidade jurídica “funcional” na Itália: procedimentos parlamentares, legislação eleitoral e mandato livre para membros do Parlamento

FABIO PACINI^{I, **}

^I Tuscia University (Viterbo, Italy)
fabio.pacini@santannapisa.it
<https://orcid.org/0000-0001-8638-1315>

GIUSEPPE MARTINICO^{II, ***}

^{II} Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy)
giuseppe.martinico@santannapisa.it
<https://orcid.org/0000-0002-2003-3745>

GIACOMO DELLEDONNE^{III, ****}

^{III} Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy)
giacomo.delledonne@santannapisa.it
<https://orcid.org/0000-0003-0162-714X>

Recebido/Received: 15.04.2020 / April 15th, 2020

Aprovado/Approved: 24.11.2020 / November 24th, 2020

Como citar esse artigo/How to cite this article:: PACINI, Fabio; MARTINICO, Giuseppe; DALLEDONNE, Giacomo. Securing “Functional” Legal Eternity in Italy: Parliamentary Procedures, Electoral Legislation and the Free Mandate for Members of Parliament. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 321-346, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.72900.

* This article is the result of the joint reflection of the authors. Nevertheless, sections 3 and 6 should be attributed to Fabio Pacini, sections 2 and 5 to Giuseppe Martinico and section 4 to Giacomo Delledonne; paragraph 1 was written by the authors together.

** Assistant Professor of Constitutional Law at Tuscia University (Viterbo, Italy). PhD in Law from the Scuola Superiore Sant’Anna. E-mail: fabio.pacini@santannapisa.it.

*** Full Professor of Comparative Public Law at the Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy). PhD in Law from the Scuola Superiore Sant’Anna. E-mail: giuseppe.martinico@santannapisa.it.

**** Assistant Professor of Constitutional Law at the Scuola Superiore Sant’Anna (Pisa, Italy). PhD in Law from the Scuola Superiore Sant’Anna. E-mail: giacomo.delledonne@santannapisa.it.

Abstract

This article addresses the subject of the free mandate for parliamentarians in Italy in relation to eternity clauses or inadmissible changes of the constitution, considering Italy's constitution prevents amendments regarding some of its principles. This sort of counter-majoritarian devices protect constitutions from major changes and it gains importance due to the rise of new forms of populism. The article examines the relation between the electoral system and the free mandate for parliamentarians in Italy, recently changed by populist forces. Therefore the research outlines the context of Italian constitutionalism, and then addresses the role of parliaments and the "procedures" in this scenario, reaching the subject of the role of electoral legislation on the constitutional order, especially regarding the involvement of constitutional courts in electoral law. Finally, it discusses the free mandate for MPs, showing how complex constitutional principles are at stake, such as equality and representation. It concludes that electoral law should be interpreted and reviewed in the light of all the relevant constitutional principles and also should be protected from populist moves. The article uses a logical-deductive methodology with legislative and theoretical analysis of the subject.

Keywords: free mandate; eternity clauses; populism; constitutional change; electoral law.

Resumo

Este artigo aborda o tema do mandato livre para parlamentares na Itália em relação às cláusulas pétreas ou mudanças inadmissíveis da constituição, considerando que a Constituição italiana impede alterações em alguns de seus princípios. Esse tipo de dispositivo contramajoritário protege as constituições de grandes mudanças e ganha importância devido ao surgimento de novas formas de populismo. O artigo examina a relação entre o sistema eleitoral e a liberdade para o exercício do mandato dos parlamentares na Itália, recentemente modificada por forças populistas. Assim, a pesquisa delinea o contexto do constitucionalismo italiano e, em seguida, aborda o papel dos parlamentos e os "procedimentos" nesse cenário, chegando ao tema do papel da legislação eleitoral na ordem constitucional, especialmente no que diz respeito ao envolvimento dos tribunais constitucionais no direito eleitoral. Por fim, discute a liberdade para o exercício do mandato dos deputados, mostrando como estão em jogo princípios constitucionais complexos, como igualdade e representação. Conclui que o Direito eleitoral deve ser interpretado e revisto à luz de todos os princípios constitucionais relevantes e também deve ser protegido de movimentos populistas. O artigo utiliza uma metodologia lógico-dedutiva com análise legislativa e teórica da matéria.

Palavras-chave: mandato livre; cláusulas pétreas; populismo; mudança constitucional; Direito eleitoral.

CONTENTS

1. Research Goals; 2. Setting the Scene; 3. The role of parliaments and their "procedures" in the framework of European post-totalitarian constitutionalism; 4. Electoral legislation as a part of the constitutional order: The involvement of constitutional courts in electoral law; 5. Free Mandate for MPs; 6. Concluding remarks; 7. References.

1. RESEARCH GOALS

In essence, our article aims to highlight the role of the preliminary assumptions and basic tenets of western constitutionalism (e.g. the free mandate for parliamentarians) in shaping the contents of constitutions and defining the scope of (in)admissible change.

Our case study is Italy. Italy can be traced back to "post-totalitarian constitutionalism", as its constitutional framework mirrors what philosophers have called "the memory of evil",¹ by excluding some principles from constitutional amendment. The topic has regained attention in the light of the rise of new forms of populism, especially

¹ TODOROV, Tzvetan. **Memory as a Remedy for Evil**. Kolkata: Seagull Books, 2010.

in Europe. Constitutional amendment² offers a privileged perspective for exploring the impact of populism on constitutional democracy, as it inevitably leads to the idea of constitutional rigidity as one of the most important counter-majoritarian devices of post-World War II constitutionalism. Against this background, we focus on the existence in Italy of supreme principles of (democratic) organization, recognizing that in each political regime there are inevitable organizational and procedural “surviving conditions”.

These conditions are necessary for the preservation of the untouchable constitutional core guaranteed by eternity clauses. Limits to constitutional amendment are generally linked to fundamental structural choices, like the republican form of a state, and safeguards of fundamental rights. What can be said, however, about provisions regulating the institutional architecture? Among these, we examine the continuum between the electoral system and the free mandate for parliamentarians, which has been recently challenged, in particular, by populist forces such as the Five Star Movement.

Elections and voting systems are extensively discussed during constitution-making processes. This should come as no surprise, as electoral rules are underpinned by basic assumptions and understandings regarding the functioning of representative democracy. In this respect, the Italian Republic is no exception. No specific voting system (say, proportional representation) is entrenched in the Italian Constitution or in the German Basic Law. However, silence and an absence of specific provisions are hardly the signals of constitutional agnosticism in this area. There are a number of tacit assumptions, resulting, for example, from agreements between the actors involved in the drafting of the constitution, that can be seen as somehow entrenched even though they are “unwritten”, and they are essential to the functioning of the constitution itself, as is clear from the analysis of recent decisions of the Italian Constitutional Court. More and more often, however, the selection of representatives has been linked in the public debate to another “core value” of representative democracy, the free mandate for MPs. As the Venice Commission stated, “imperative mandate is generally awkward to Western democracies. The constitutions of many countries explicitly prohibit imperative mandate”³ At the same time, scholars have argued that “populists’ claim to the imperative mandate can be understood as a [...] sign of the dissatisfaction of a huge part of the population with a kind of democracy in which those in power are increasingly distant from the governed”⁴, which is – again – at the very core of the perception of a functioning

² See comprehensive analysis by ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

³ Report on the imperative mandate and similar practices adopted by the council for democratic elections at its 28th meeting (Venice, 14 March 2009) and by the Venice Commission at its 79th plenary session (Venice, 12-13 June 2009).

⁴ TOMBA, Massimiliano. Who’s Afraid of the Imperative Mandate? **Critical Times**, vol. 1, n. 1, p. 108-119, Jan/Dec 2018, p. 108.

democracy. The debate on how representatives are chosen and what can (or cannot) be done to ensure their compliance with their mandate is crucial in any reflection on constitutional change.

2. SETTING THE SCENE

“Constitutions belong to all but are not ‘empty’ (politically neutral)”⁵ With these words, an eminent constitutional lawyer reacted to a series of attacks launched on the Italian constitution by certain political parties at the beginning of the new millennium. Indeed, the irony in this is that the new wave of populism has been obliging constitutional lawyers to deal with some long-standing issues, including that of the neutrality of the constitution.

One of these long-standing issues is the relationship between constitutionalism and democracy, and the limits posed to constitutional change by the need to preserve some fundamental goods that may or may not be codified in an explicit constitutional provision. The unamendability of some provisions of the Italian Constitution is related to its lack of neutrality, and to the rejection of the totalitarian past that is codified in Article 139, the so-called “Republican form”. This article reads: “The form of Republic shall not be a matter for constitutional amendment”. Scholars have placed this clause within the context of a broader trend of comparative law. However, if it is true that Article 139 is not the only example of an unamendable clause in comparative law, it set the trend for the much more famous eternity clause included in the German Basic Law.

*In the twentieth century, explicit unamendability has become a popular constitutional design: in the post-war constitutional wave, almost one third of the newly adopted constitutions included one or more unamendable clauses. In the post-cold war constitutional wave, this figure staggered to 50 per cent approximately. However, even if the unamendable clause of the 1948 Italian Constitution does not represent a significant novelty in the comparative scenario, its historical premises are worthy of attention. In fact, its inclusion in the last article of the constitution is due to a peculiar limitation of the primary constituent power of the Constituent Assembly, whose election was contextual to the referendum on the form of the state. Since the Constituent Assembly had no power to review the decision of the people on the form of state, it decided to eternally bind the constitutional amendment powers on this point.*⁶

⁵ SPADARO, Antonino. *Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie*. In: BRUNELLI, Giuditta; PUGIOTTO, Andrea; VERONESI, Paolo (Coord.). **Scritti in onore di Lorenza Carlassare**, vol. V. Napoli: Jovene, 2009. p. 2007-2042.

⁶ FARAGUNA, Pietro. *Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience*. **European Journal of Law Reform**, vol. 21, n. 3, p. 329-344, Jul/Sep 2019. p. 333.

The Italian constitution belongs to the group of constitutions that Mortati called “constitutions born from the Resistance”,⁷ as they were forged with the clear intention to deny and overcome all of the “values” (or anti-values) that had characterized the totalitarian era.

In the reference to “constitutions born from the Resistance”, Mortati included other constitutions, such as the French (Fourth Republic) and West German ones. As Carrozza⁸ noted, today we could include within this group the Portuguese, Spanish and Greek constitutions that were drafted during the 1970s.

It is possible to find this element in many constitutions born from the Resistance, as these were the product of political compromises between very different democratic forces. These forces had, as their only common point, the rejection of the totalitarian experience. This explains why these constitutions are inspired by the sincere denial of the features of the previous regime and by the need for an entirely different society. Some of these constitutions (including the Italian one) claimed that there was a need for new societal models, and were very rich in declarations of principle, reflecting a wish to produce a break with the past. In some cases, these so-called ‘promised revolutions’⁹ have remained solely on paper, as was bitterly acknowledged by one of the most influential members of the Italian Constituent Assembly, Piero Calamandrei, with regard to many provisions of the Italian Constitution, a few years after it came into force.¹⁰

This programmatic character implied the need for a real turning point, not only in the ways of conceiving the values and premises of social life within the national boundaries. Frequently, the founding fathers of these constitutions born from the Resistance were induced to gamble on the codification of the values that should inspire the life and contribution of their nation in the international arena and community (external openness).

According to Carrozza, there are at least three central points in the evolution of Western constitutionalism: the distinction between constituent power and constituted power, the affirmation of the idea of the constitution as “higher law” and the

⁷ MORTATI, Costantino. **Lezioni sulle forme di governo**. Padova: Cedam, 1973. p. 222 ff.

⁸ CARROZZA, Paolo. Constitutionalism’s Post-modern Opening. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Coord.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 169-187, p. 180.

⁹ Calamandrei wrote about a “promised revolution” in exchange for the failed revolution that had been sought by the Leftist forces, i.e. a rupture with the past that had to be even more radical than was envisaged at that time. CALAMANDREI, Piero. Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Coord.). **Commentario sistematico alla Costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. Now in: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**, vol. III, **Diritto e processo costituzionale**. Napoli: Morano, 1965, p. 511-595.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. La Costituzione e le leggi per attuarla. In: AA.VV. **Dieci anni dopo: 1945-1955**. Roma: Laterza, 1955. Now in: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**, vol. III, **Diritto e processo costituzionale**. Napoli: Morano, 1965, p. 511-595. p. 553 ff.

combination of this idea with the discovery of the judicial review of legislation and, finally, the tension between universal aspiration (inherited from the rationalism of the Enlightenment) and national-territorial identity. In the light of these three central points, what Carrozza called “openness in post-modern constitutionalism” “may be intended, according to Spadaro, as precisely the re-awakening and re-sensitization of the legal/political system to a superior human aspiration to justice, one that challenges the closure of a positivist legal/political system in which justice is reduced to formal legality. Not relativism, but reasonableness and proportionality, is the leitmotif of post-modern constitutionalism”.¹¹

Both constitutional openness and the unamendability clause can be seen as the direct offspring of the rejection of the legal nationalism that had characterized the totalitarian phase in Italy. They are both functional to the preservation of some higher goods that cannot be affected by the choices of the contingent majority in office. As such, these higher goods are beyond the political process and are untouchable. As Faraguna pointed out: “The formulation of the unamendability clause of the Italian Constitution is rather short and vague when compared with the formulation of unamendability clauses of the same generation. In fact, unamendable provisions grew not only numerically but also in length and complexity, increasingly covering more and more protected values”.¹²

In Judgment 1146/1988, the Italian Constitutional Court partly remedied this ambiguity by clarifying that the concept of “Republican form” had to be interpreted in a broad manner so as to include the supreme principles codified in the first part of the Constitution:

The Italian Constitution contains some supreme principles that cannot be subverted or modified in their essential content, either by laws amending the Constitution, or by other constitutional laws. These include both principles that are expressly considered absolute limits on the power to amend the Constitution, such as the republican form of State (Art. 139) as well as those principles that even though not expressly mentioned among those principles not subject to the procedure of constitutional amendment, belong to the essence of the supreme values upon which the Italian Constitution is founded. This Court, furthermore, has already recognized in numerous decisions how the supreme principles of the constitutional order prevail over other laws or constitutional norms, such as when the Court maintained that even the prescriptions of the Concordat, which enjoy particular “constitutional protection” under Art. 7, paragraph 2, are not excluded from scrutiny

¹¹ CARROZZA, Paolo. Constitutionalism's Post-modern Opening. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Coord.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 169-187. p. 182.

¹² FARAGUNA, Pietro. Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience. **European Journal of Law Reform**, vol. 21, n. 3, p. 329-344. Jul/Sep 2019. p. 333.

for conformity to the “supreme principles of the constitutional order” (see Judgments 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982), and also when the Court affirmed that the laws executing the EEC Treaty may be subject to the jurisdiction of this Court “in reference to the fundamental principles of our constitutional order, and to the inalienable rights of the human person” (see Judgments 183/1973, 179/1984).¹³

This judgment represented a turning point, developing the potential implicit in Article 139 and paving the way for a new approach to the “Republic” clause. It confirmed the need for a systematic interpretation of the constitutional principles.

3. THE ROLE OF PARLIAMENTS AND THEIR “PROCEDURES” IN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN POST-TOTALITARIAN CONSTITUTIONALISM

A few years after the beginning of the current Italian constitutional system, a major study on legislative procedure commenced in the following manner: “The juridical phenomenon of the legislative procedure, the fact of law which subjects the very moment of its formation to the constraint of its own rules, seems almost utopia [...]. And yet the right of our new order, which, based on a rigid constitution [...] intends to implement the postulates of the rule of law in every moment of the state action, has such a confidence in its possibilities and in its means that this is precisely this – almost magical – goal that it aspires to achieve”.¹⁴

This idea obviously aligns with the thought that the “*volonté du peuple*”, or the “people’s will”, is justified not only because it is the “will” of the majority, but also because it fits into forms that guarantee the most reasonable and fair expression of this “will”.¹⁵

Although it is indisputable that the (democratic) legislative procedure is, as a whole, governed by the majority rule, it is evident that it is preferable to other modes of normative production only to the extent that it maintains and protects its main characteristics, by ensuring the effective possibility of participation for all parliamentarians and guaranteeing a high rate of transparency in discussions.¹⁶

However, in the context of an analysis of the Italian experience, it has recently been pointed out that, “as Walter Bagehot [...] taught long ago, the centrality of

¹³ Corte costituzionale, Judgment 29 December 1988, No. 1146. Translation quoted by P. FARAGUNA, Pietro. Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience. **European Journal of Law Reform**, vol. 21, n. 3, p. 329-344, Jul/Sep 2019, p. 336, note n. 6.

¹⁴ GALEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 1.

¹⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Marcel Giard, 1931.

¹⁶ LUPO, Nicola. “Populismo legislativo?": continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana. **Ragionpratica**, vol. 27, n. 1, p. 251-271, Jan/Mar 2019. p. 265.

parliament has, with the exception of the finance law, little to do with lawmaking. The power of parliament manifests itself in the formation (and in the transformation, termination and reconstruction) of the government; in the provision of space for the opposition; in negotiations aimed at reconciling the interests and preferences of parliamentarians and their parties representing the majority and the opposition(s).¹⁷

Populism, by definition, stands against everything that appears to make public decisions less “easy”, thus making the law-making process one of its natural targets.¹⁸ In fact, the essence of the legislative procedure is not to make decisions instant but to subject them to a series of intermediate steps. Hence, a populist movement clashes with this process once it enters parliament. However, it is necessary to distinguish between two scenarios, and Italy has given interesting examples of both: when a populist movement is in opposition and when it is in the majority.¹⁹

It is known that the debate on procedural guarantees in public law continued through a good part of the twentieth century. In the Italian context, it passed from a rather sceptical attitude towards the relevance of procedural guarantees, moving on to the progressive (but still contrasted) recognition of its centrality *entre-deux-guerres*²⁰ and then to the unanimous recognition of their importance.²¹ Related to this is its instrumentality with respect to the “step forward” of the constitutional state in its most modern version, which is aimed at the effective and democratic involvement of all citizens in the management of public affairs,²² with a *vis expansiva* that was likely to encompass even *political* and *legislative* decisions, with very few exceptions, thus making it a task of unprecedented difficulty in societies that are extremely complex in terms of interests.²³

¹⁷ PASQUINO, Gianfranco. The state of the Italian Republic. **Contemporary Italian Politics**, vol. 11, n. 2, p. 195-204, Apr/Jun 2019. p. 195.

¹⁸ We use the expression “law-making process” in order to encompass a broader meaning as compared to “legislative procedure” (see PIZZORUSSO, Alessandro. The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity. In: PIZZORUSSO, Alessandro (Coord.). **Law in the Making. A Comparative Survey**. Berlin: Springer-Verlag, 1988. p. 1-87; ZANDER, Michael. **The Law-Making Process**. London: Bloomsbury, 2015), including in particular, as far as it is relevant here, the initiative phase which takes place within the government.

¹⁹ BRESSANELLI, Edoardo; NATALI, David. Introduction. **Contemporary Italian Politics**, vol. 11, n. 3, p. 208-219, Jul/Sep 2019.

²⁰ SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1940.

²¹ BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 2, n. 1, p. 118-145, Jan/Mar 1952.

²² GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970; see CHITI, Edoardo. La dimensione funzionale del procedimento. In: FIORENTINO, Luigi et al. **Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 211-240.

²³ This is obviously something that did not concern Italy alone. See, for example MASHAW, Jerry L. Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Development. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 6, special issue, p. 267-298, Jan. 1990 and MASHAW, Jerry L. **Due Process in the Administrative State**. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1985. Furthermore, it is well known that Niklas Luhmann, from a sociological point of view, stressed “legitimization through process” (see LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt: Suhrkamp, 1983).

Within the context of a tough *reductio ad unum* of the formal and substantive aspects of a regime that can be defined as "democratic", Carlo Lavagna essentially identified "the problem of democracy [...] right here: in the choice of the most suitable means to legally regulate [...] the supreme activities of the State, preparing not their general content but rather the ways to exercise them". Their aim is to facilitate or even impose a compromise, given the "impossibility of achieving satisfactory and effective substantial norms of political and legislative activities",²⁴ or to reduce democracy to mere majority rule.

This kind of transition is clearly evident on a smaller scale in parliamentary law, which has passed from being the expression of a single social class to being the arena for a pluralism that has powerfully entered the constitutional mechanisms. The compromise is notoriously crucial in Weber's analysis of politics,²⁵ and the work of Kelsen himself is marked by his "enthusiastic defense of compromise", a conception forged "in the specific discursive context of the German interwar period, during which this notion acquired a strongly depreciative connotation, mainly by authors such as Carl Schmitt and Rudolf Smend", at a time when, not by chance, "the strongest critics of compromises or coalitions sometimes emerged from the same source that denounced the deleterious effects of parliamentarism and political parties".²⁶

Essentially, each law, understood here as a *parliamentary law*, is approved following a legislative procedure, which creates a balance between social pluralism and the unity of the legal system. Today, the formula of law as an expression of the general will is no longer useful in terms of content, but remains fundamental on a procedural level if there is a functioning legislative procedure that allows the active participation of the generality of *political* subjects.²⁷

4. ELECTORAL LEGISLATION AS A PART OF THE CONSTITUTIONAL ORDER: THE INVOLVEMENT OF CONSTITUTIONAL COURTS IN ELECTORAL LAW

The growing involvement of constitutional courts in electoral law might be described as being part of a wider trend towards the judicialization of politics.²⁸ This

²⁴ LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 6, n. 2, p. 392-422, Apr/Jun 1956. p. 392 ff.

²⁵ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, 1921-22.

²⁶ BAUME, Sandrine. What Place Should Compromise Be Given in Democracy? A Reflection on Hans Kelsen's Contribution. *Négociations*, vol. 27, p. 73-89, Jan/Jun 2017. p. 74.

²⁷ LUPO, Nicola. "Populismo legislativo?": continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana. *Ragionpratica*, vol. 27, n. 1, p. 251-271, Jan/Mar 2019. p. 253.

²⁸ In this respect, see, among others FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, Jul/Sep 2002; HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004; HIRSCHL,

term emerged in the last quarter of the twentieth century and hints at “the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions and political controversies”²⁹. More specifically, the courts have become increasingly involved in conflicts whose solution used to be seen as reserved for constitutional conventions and gentlemen’s agreements among the political branches.³⁰

Against this backdrop, electoral laws have proved to be no exception. This is true of both well-established democracies and countries that have recently departed from authoritarian regimes and embraced liberal constitutionalism. Pildes has stated that:

Over the last generation, we have witnessed ... ‘the constitutionalization of democratic politics’ ... Court decisions now routinely engage certain expressive aspects of democracy and elections ... In addressing various constitutional challenges to the way legislative rules structure democratic participation and elections, courts struggle to reconcile protection of essential democratic rights; the need to permit popular experimentation with the forms of democracy; the risk of political insiders manipulating the ground rules of democracy for self-interested reasons; and the need to protect democracy against anti-democratic efforts that arise through the political process itself.³¹

The Italian Constitution of 1947 was drafted in the immediate aftermath of World War II and, unlike the German Basic Law of 1949, is an example of the weak rationalization of parliamentary government³². The Italian Constitutional Court and its (West) German counterpart are among the oldest constitutional courts in continental Europe, and the establishment of the Italian court can be described as a typical reaction to a totalitarian past.

Some preliminary definitions are needed before we address the major issues underlying the judicial review of electoral laws. These concern the various possible

Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. **Annual Review of Political Science**, vol. 11, p. 93-118, Jan/Dec 2008; CASSESE, Sabino. The Will of the People and the Command of the Law: Constitutional Courts, Democracy and Justice. In: BARSOTTI, Vittoria; VARANO, Vincenzo (Coord.). **Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale**. Dialogo di diritto comparato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 17-33.

²⁹ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, vol. 75, n. 2, p. 721-753, Oct/Nov 2006.

³⁰ As noted by SPERTI, Angioletta. **Corti supreme e conflitti tra poteri**. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale. Torino: Giappichelli, 2005. p. 83.

³¹ PILDES, Richard H. Elections. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Coord.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 529-544. p. 529.

³² See MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Marcel Giard, 1931. p. 23; RUBECCHI, Massimo. La forma di governo dell’Italia Repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto. In: CORTESE, Fulvio; CARUSO, Corrado; ROSSI, Stefano (Coord.). **Immaginare la Repubblica**. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente. Milano: Franco Angeli, 2018. p. 175-209. p. 181 ff.

notions of electoral law, the relationship between constitutional provisions and (ordinary) electoral laws, and the position of electoral laws within the constitutional order.

First and foremost, what is meant by (national) electoral laws for the purposes of this essay? It might be argued that electoral laws are complex norms, as they regulate a number of distinct, although closely intertwined, issues – they might fittingly be described as systems of concentric circles. At the heart of electoral law lies the electoral system or voting system that provides rules for turning votes into seats and might also include prescriptions for the boundaries of constituencies. A “second circle” is made up of rules concerning who is entitled to vote or to be elected. Finally, a third, external circle encompasses other norms, whose ultimate goal is to ensure that electoral fairness is respected; these deal, for example, with voting procedures, the oversight of elections, the regulation of electoral communications and opinion polling, campaign financing, the reimbursement of election expenses, and so on.³³ For the purposes of this essay, only the legislative and supra-legislative regulation of the voting system will be considered.

The relationship between the relevant constitutional provisions and electoral legislation can only be properly understood from a dual vantage point. Electoral laws are generally ordinary laws, and they often enjoy a very peculiar status within the legal order. Italian constitutional scholarship has striven to grasp the ambiguous status of electoral law. It has been defined as the core of the material constitution, as it determines how the prevalent political forces are represented (and selected) and ultimately shape the course of state action.³⁴ Regardless of its formal status, electoral law is closely connected to the fundamental principles and values of the Constitution.³⁵ For these reasons, electoral law lends itself to being described as part of the constitutional order, whose core is the Constitution, as it strongly affects the functioning of representative government and the exercise of voting rights.³⁶ What clearly emerges is that electoral legislation might influence the way in which some of the provisions of the Constitution are applied.

On the other hand, constitutions do not necessarily contain detailed prescriptions on electoral law.³⁷ The constitutionalization of the electoral system was quite a

³³ See LANCHESTER, Fulco. Il sistema elettorale in senso stretto dal “Porcellum” all’“Italicum”. **Democrazia e diritto**, vol. 52, n. 1, p. 15-29, Jan/Mar 2015.

³⁴ See FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso; FERRARI, Giuseppe Franco (Coord.). **Diritto costituzionale comparato**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2014. p. 877-892. p. 879.

³⁵ See LANCHESTER, Fulco. Il sistema elettorale in senso stretto dal “Porcellum” all’“Italicum”. **Democrazia e diritto**, vol. 52, n. 1, p. 15-29, Jan/Mar 2015. note 34.

³⁶ See BARBERA, Augusto. Costituzione della Repubblica italiana. In: AA.VV., **Enciclopedia del diritto**. Annali, Vol. VIII. Milano: Giuffrè, 2015, p. 263-358. p. 277 ff.

³⁷ See detailed overview by GIGLIOTTI, Alessandro. Sui principi costituzionali in materia elettorale. **Rivista AIC**, vol. 5, n. 4, p. 1-25, Oct/Dec 2014; SEUROT, Laurent. Faut-il constitutionnaliser le mode de scrutin aux

frequent option in the aftermath of World War I, at a time when proportional representation was seen as an inevitable consequence of the rise of democratic government and mass political parties.³⁸ The overall picture has become more complex since 1945. The four largest Member States in the European Union have no constitutionally entrenched electoral system. Because of the alleged failure of parliamentary regimes based on proportional representation in France (Fourth Republic), Germany (Weimar Republic) and Italy (shortly before the March on Rome), in those constitutional orders no specific voting system has been constitutionally entrenched, and the legislature enjoys some degree of discretion and flexibility in the electoral domain. Still, 16 out of the 28 Member States of the European Union have some form of constitutionalization of the electoral system. The relevant provisions may be extremely vague³⁹ or quite detailed⁴⁰; in Portugal, they are even unamendable.⁴¹ However, constitutional provisions concerning the guarantee of voting rights, most notably the right to an equal vote, or mandating equal opportunities for political parties, provide constitutional courts with another major standard for reviewing electoral laws. This is all the more relevant in jurisdictions in which no specific voting system has been formally entrenched.

Leaving aside substantive issues, the circumstances under which an electoral law is passed have also become increasingly important. The Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted in October 2002 by the Venice Commission of the Council of Europe,⁴² focuses not only on the “underlying principles of Europe’s electoral heritage” (e.g. universal, equal, free and secret suffrage) but also on the *conditions* for implementing these principles. For the purposes of this paper, it is important to underline that:

- a. Apart from technical and detail rules – which may be included in regulations of the executive – rules of electoral law must have at least the rank of a statute.*
- b. The fundamental elements of electoral law, in particular the electoral system proper, membership of electoral commissions and the drawing of constituency boundaries, should not be open to amendment less than one year before an election, or should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law.⁴³*

élections législatives? *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 26, n. 3, p. 657-678, Jul/Sep 2015. p. 669 ff.

³⁸ See CARROZZA, Paolo. *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 21, special issue, p. 81-100, 2019. p. 93 f.

³⁹ See e.g. Art. 68(3) of the Spanish Constitution of 1978: “The election in each constituency shall be conducted on the basis of proportional representation”.

⁴⁰ See Arts. 16(4) and 18(5) of the Constitution of the Republic of Ireland of 1937, providing a detailed regulation on the *single transferable vote*.

⁴¹ See Art. 288 of the Constitution of 1976.

⁴² Available at [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2002\)139-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2002)139-e).

⁴³ Code of Good Practice in Electoral Matters, Guidelines on Elections, § II.2 (emphases added).

More recently, the Venice Commission has made it clear that:

It is important that methods of allocation of seats and any other fundamental elements of the electoral legislation are determined by a broad political consensus. A broad public consultation and acceptance of the election legislation encourages public trust and confidence in the electoral process.⁴⁴

Regarding the relevant constitutional provisions, it should be noted that the Italian Constitution of 1947 does not provide for the adoption of a specific electoral system. Therefore, the Constitutional Court has to rely on other constitutional provisions when reviewing electoral laws. The most important provisions concern the fundamental right to an equal vote and, possibly, the need for the intrinsic rationality of the legislative provisions at stake.

Starting with the main relevant provisions in the Italian Constitution, Article 48(2) defines voting rights in a typical way –vote is “personal and equal, free and secret. The exercise thereof is a civic duty”. On the other hand, no constitutional provision explicitly entrenches any specific electoral system, and debates at the Constituent Assembly show that some of the constituent fathers were in favour of entrenching proportional representation, at least with regard to elections to the lower house. The text that was passed by the Assembly does not mention any specific voting system.⁴⁵ However, a number of counterarguments have been deployed in order to decipher the meaning of constitutional silence⁴⁶ in this area. The first counterargument has to do with the origin of the Constitution: the key role of the political parties participating in the National Liberation Committee during the critical years from the downfall of the Fascist regime through the advent of the Republic is implicitly recognized in the text of the Constitution: therefore, proportional representation seemed to be best placed to guarantee the individual positions of the parties that founded the Republic⁴⁷. Some years later, an influential constitutional law scholar, Carlo Lavagna, has argued that a clear preference for proportional representation could be read into the Constitution itself.⁴⁸ The starting point of his claim is that the Constitution clearly protects linguistic,

⁴⁴ Venice Commission, Opinion no. 662/2012 on the Act on the Elections of Members of Parliament of Hungary, § 31.

⁴⁵ See TRUCCO, Lara. **Democrazie elettorali e Stato costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2011. p. 513 f.

⁴⁶ See general remarks by FOLEY, Michael. **The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. London and New York: Routledge, 1989.

⁴⁷ See CRISAFULLI, Vezio. I partiti nella Costituzione. In: **Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente**, vol. 2, Le libertà civili e politiche. Firenze: Vallecchi, 1969, p. 105-143. p. 108 f.; BETTINELLI, Ernesto. **All'origine della democrazia dei paritit**. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948). Milano: Edizioni di Comunità, 1982. p. 269.

⁴⁸ See LAVAGNA, Carlo. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 2, n. 4, p. 849-875, Oct/Dec 1952. p. 558 ff.

religious and political minorities. Moreover, some provisions that are still in force require a parliamentary majority vote and even a two-thirds vote: this is the case, for example, for the election of the President of the Republic and the judges of the Constitutional Court, and the approval of constitutional amendments. All these norms take for granted “the necessity for minorities to be represented in Parliament”.⁴⁹ Against this basic framework, proportional representation seems to be a self-evident consequence of some of the basic assumptions underlying the Italian constitutional arrangements of 1947. Lavagna’s theses have not been generally accepted either by scholars or by the case law of the Constitutional Court. They are, however, very much respected, as they provide a comprehensive reading of the provisions of the Constitution.⁵⁰ Finally, another influential scholar, Gianni Ferrara, also argued that the implicitly constitutional status of proportional representation in the Italian Republic is the result of a joint reading of the fundamental principle of equality and the constitutional recognition of the role of political parties.⁵¹

Thus, the principle of equal suffrage provides the main constitutional parameter for the judicial review of electoral laws. Leaving aside the general prohibition on plural or weighted voting, this principle lends itself to both moderate and strict readings. Strict readings, for instance, have become more influential in the case law of the German Federal Constitutional Court (FCC). A moderate reading of equal suffrage merely demands that the “one person, one vote” principle is respected; the German FCC refers to this as *Zählwertgleichheit*. However, if the principle of equal suffrage is to be fully respected, electoral law should also be required to ensure that each vote is equally efficient, that is, that there is equal opportunity for success at the polls, or *Erfolgswertgleichheit*, according to the FCC.

In Italy, a moderate reading of the principle of equal suffrage clearly prevailed until the Constitutional Court rendered Judgment 1/2014. Carlo Lavagna argues that the implicit constitutional entrenchment of proportional representation requires Article 48 of the Constitution and the principle of equal votes to be construed to ensure that there is not only formal equality of voters but also substantial equality, thereby confirming the quasi-constitutional status of proportional representation.⁵²

⁴⁹ See LAVAGNA, Carlo. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, n. 4, p. 849-875, Oct/Dec 1952. p. 866, note 49.

⁵⁰ See CROCE, Marco. Appunti in tema di Costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna). *Rivista AIC*, vol. 2, n. 1, p. 1-10, Jan/Mar 2011, www.rivistaaic.it/appunti-in-tema-di-costituzione-italiana-e-sistemi-elettorali-rileggendo-carlo-lavagna.html.

⁵¹ See FERRARA, Gianni. *Il governo di coalizione*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 50.

⁵² See LAVAGNA, Carlo. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, n. 4, p. 849-875, Oct/Dec 1952. p. 871, note 49.

However, constitutional courts are becoming involved with reviewing electoral laws more often.⁵³ This is more striking in western European democracies, in which conflicts concerning electoral laws had traditionally arisen only in relation to agreements among the political actors. Consequently, the legislature was assumed to enjoy a wide discretion within the framework of the constitution.⁵⁴ On the whole, this trend might be seen as a signal of a growing lack of connection between the political elites and the public, and also between established political parties and emerging parties and movements. Political elites might have been perceived to have exploited their established institutional position in order to shape the contents of the electoral law to their own advantage, thereby ensuring self-perpetuation. The jurisdiction in which an activist attitude of the constitutional court is most clearly recognizable is undoubtedly that of the Federal Republic of Germany. The FCC has developed a strict reading of the principle of equal suffrage and a generous interpretation of the voting rights protected by Article 38 of the Basic Law, treating it as a constitutional clause justifying the admissibility of constitutional complaints in this area.⁵⁵

Italy's political institutions during the period from 1948 to the beginning of the 1990s "have often been considered rather inefficient: this is because they were characterized by heterogeneous coalitions racked by internal strife, unstable cabinets, a cumbersome legislative process and a mass of legislation, consisting mainly of small-scale measures incapable of generating any incisive process of reform even when the country was up against an alarming level of growth in public debt, as was the case in the 1980s", and featured "a multiplicity of party-political and institutional veto players, variously distributed across both the centre and the outer fringes of the political arena, both in government and in parliament". Nevertheless, one of the consequences of such a consensual system was the so-called "centrality of parliament", "the place where governing parties conducted continuous negotiations, and where, in the 1970s in particular, attempts were made to include the PCI [*i.e. the Italian Communist Party*] in the decision-making process".⁵⁶

Since the 1980s this style of government progressively lost legitimacy, with profound changes being made at the end of the Cold War and after a huge bribery scandal.

⁵³ See e.g. D'ALOIA, Antonio. Dai voti ai seggi. Limiti costituzionali alla distorsione della rappresentanza elettorale. **Rassegna parlamentare**, vol. 56, n. 4, p. 813-842, Oct/Dec 2014; DELLEDONNE, Giacomo. Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo-tedesca. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 64, n. 4, p. 1031-1062, Oct/Dec 2014.

⁵⁴ See PINELLI, Cesare. Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni. **Giurisprudenza costituzionale**, vol. 55, n. 4, p. 3322-3326, Jul/Aug 2010..

⁵⁵ See ROMANO, Andrea. Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa. **Diritto pubblico**, vol. 21, n. 2, p. 431-508, May/Aug 2015. p. 431.

⁵⁶ VASSALLO, Salvatore. Government under Berlusconi: The functioning of the core institutions in Italy. **West European Politics**, vol. 30, n. 4, p. 692-710, Sep/Oct 2007. p. 692

The party system, along with the electoral system, was completely changed, shifting to a majority system. Everything began revolving around the polarizing presence of Silvio Berlusconi.

The establishment of a bipolar political system “saw the demise of a number of practices adopted during the First Republic, [...]. Each coalition has also been headed by a leader who is that coalition’s chosen candidate for the premiership. Thus, elections have become decisive, and as a consequence certain features that are characteristic of majoritarian democracies have emerged both within parliament and in the workings of the cabinet. [...] Briefly speaking, the Prime Minister’s position within the cabinet has been strengthened, an adversarial dynamic has emerged within parliament, and government has acquired greater agenda-setting powers.”⁵⁷

This shift generated “a profound transformation in Italy’s main socio-political structures, as well as in public communication and debates”, so that “more than twenty years after that historical phase, it is safe to say that Italian society and politics have taken a markedly populist direction, to the point where Italy today is perhaps the only country in the world where several populist forces compete with each other and where a widespread political communication characterized by populist tones and styles prevails.”⁵⁸

In Italy, it seemed difficult, at least initially, to challenge the national electoral law in the Constitutional Court.⁵⁹ The main reason for this is that, under Article 66 of the Constitution, the two houses of parliament are in charge of verifying the credentials of their members. It is therefore practically impossible to lodge a complaint with an ordinary or administrative court concerning the application of the national electoral law. In principle, proceedings before the Constitutional Court cannot be initiated by parliamentary minorities or other political office-holders. Constitutional complaints are not admitted. Regions can only challenge a state law before the Court insofar as it impinges upon their own competencies.⁶⁰ In the light of this, it seemed very difficult to conceive of a constitutional review of electoral laws before the Court rendered its landmark judgment (Judgment 1/2014). It should be noted, however, that the Renzi-Boschi constitutional amendment – which was eventually rejected in a popular referendum on 4 December 2016 – tried to address this issue. If the constitutional amendment had

⁵⁷ VASSALLO, Salvatore. Government under Berlusconi: The functioning of the core institutions in Italy. **West-European Politics**, vol. 30, n. 4, p. 692-710, Sep/Oct 2007. p. 692.

⁵⁸ ANSELMINI, Manuel. **Populism. An Introduction**. London: Routledge, 2018. p. 66.

⁵⁹ Italian electoral laws regulating the election of regional legislative assemblies and of the European Parliament lie outside the scope of this essay.

⁶⁰ See BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian Constitutional Justice in Global Context**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 52 ff.

come into force, the revised text of Articles 73 and 134 of the Constitution would have empowered parliamentary minorities (at least a quarter of the members of the lower house or one third of the members of the Senate) to initiate an a priori review of national electoral laws by the Constitutional Court.⁶¹ These procedural difficulties were discussed in depth by scholars, with some suggesting that the Court should avail itself of preventive judgments on the admissibility of referendum initiatives in order to review national electoral laws on its own initiative.⁶²

Access to constitutional justice is not the only major difference between the German and the Italian constitutional courts in this area. The effects of judicial decisions that strike down legislative provisions and the possibility of the publication of dissenting opinions should also be mentioned.

Italian constitutional provisions are quite rigid as regards the effects, most notably the temporal effects, of decisions rendered by the Constitutional Court. According to Article 136(1) of the Constitution, “[w]hen the Court declares the constitutional illegitimacy of a law or enactment having the force of law, the law ceases to have effect the day following the publication of the decision”. In some cases, the Court has tried to address this problem by making its judgments come into effect gradually,⁶³ and this might be particularly urgent with regard to national electoral laws, which the Court has consistently described as constitutionally mandated laws (*leggitimamente necessarie*).⁶⁴ Under this doctrine of the Court, the electoral law is constitutionally mandated because it is needed for the correct working of the legislature. For this reason, there should always be a fully-fledged, immediately applicable electoral law; this doctrine, which was developed with regard to referendum initiatives, has a considerable effect on the review performed by the Court when an electoral law is at stake.⁶⁵

⁶¹ See ROSSI, Emanuele. **Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale**. Pisa: Pisa University Press, 2016. p. 127 ff.; DAL CANTO, Francesco. Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali. **Quaderni costituzionali**, vol. 36, n. 1, p. 39-60, Jan/Mar 2016. p. 671.

⁶² See CROCE, Marco. “Se non ora quando?": sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere). **Forum di Quaderni costituzionali**, 9 December 2007, www.forumcostituzionale.it.

⁶³ See BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian Constitutional Justice in Global Context**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 87 ff.

⁶⁴ Corte costituzionale, Judgment no. 26/1997.

⁶⁵ As noted by BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian Constitutional Justice in Global Context**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.51. More recently, see Judgment 10/2020, in which the Constitutional Court declared to be inadmissible the proposed referendum question on the “Abolition of the proportional method of allocation of seats in multi-member constituencies, in the electoral system currently in force for the Chamber of Deputies and the Senate of the Republic” (the request had been submitted by eight Regional Councils with a centre-right majority).

5. FREE MANDATE FOR MPS

Having clarified the quasi-constitutional dimension of electoral legislation in Italy, it is time to move on to the free mandate of MPs, which has recently been under siege. The particular understanding of democracy advanced by the Five Star Movement is at odds with many fundamental principles of the Italian Constitution, such as the principle of the free mandate for parliamentarians. The prohibition of the imperative mandate has been defined as a “cornerstone of European democratic constitutionalism” by the Venice Commission.⁶⁶ The debate surrounding the prohibition of the imperative mandate (expressly established by, among others, Art. 67 of the Italian Constitution,⁶⁷ Art. 38(1) of the German Basic Law⁶⁸ and Art. 27 of the French Constitution⁶⁹) is directly linked to another feature of populism, namely the idea that representatives must respond immediately to the demands of the people, having almost no autonomy in performing their public function, as if they were bound by a specific contract. This risks reducing representation to a private law scheme, and this narrative is confirmed in the idea of the “contract for government”⁷⁰ signed between the Five Star Movement and the League. The idea of a contract is not entirely new, since Berlusconi also presented and signed the famous “contract with the Italians” during a very famous talk show (*Porta a Porta*) on 8 May 2001. This demonstrates that these forms of populism did not emerge completely out of the blue. In addition, the very idea of a “contract” – according to the populist rhetoric of the Five Star Movement – implies that there is a need to overcome the prohibition of the imperative mandate or at least to mitigate it by insisting on party discipline or pecuniary sanctions.⁷¹

⁶⁶ The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), ‘Report on the Imperative Mandate and Similar Practices’ (2009) [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD\(2009\)027-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD(2009)027-e).

⁶⁷ Art. 67 of the Italian Constitution: ‘Each Member of Parliament represents the Nation and carries out his duties without a binding mandate’.

⁶⁸ Art. 38(1) of the German Basic Law: ‘Members of the German Bundestag shall be elected in general, direct, free, equal and secret elections. They shall be representatives of the whole people, not bound by orders or instructions and responsible only to their conscience’. Among the possible violations of the principle of the free mandate, German constitutional law scholarship mentions blank resignation letters, penalties for leaving a parliamentary group without resigning, the practice of inactive mandate (*ruhendes Mandat*), and rotation of elective offices (MAGIERA, Siegfried. Artikel 38. In: SACHS, Michael (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. 5. ed. München: C.H. Beck, 2009. p. 1177-1205. p. 1189; see also KLEIN, Hans Hugo. Status des Abgeordneten. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (Coord.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, vol. III, Demokratie – Bundesorgane. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. p. 741-768. p. 742 ff.).

⁶⁹ Art. 27 of the French Constitution: ‘No Member shall be elected with any binding mandate. Members’ right to vote shall be exercised in person. An Institutional Act may, in exceptional cases, authorize voting by proxy. In that event, no Member shall be given more than one proxy’.

⁷⁰ For a recent work on this concept see: DI MARZIO, Fabrizio. **La politica e il contratto. Dalla affermazione dei valori alla negoziazione degli interessi**. Roma: Donzelli, 2018.

⁷¹ GRASSO, Giorgio. Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle. **Osservatorio AIC**, vol. 5, n. 2, p. 1-7, May/Aug 2017, <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/giorgio-grasso/mandato-imperativo-e-mandato-di-partito-il-caso-del-movimento-5-stelle>.

These phenomena respond to the idea of democracy endorsed by Davide Casaleggio in a recent speech given at a workshop organized by the United Nations⁷² and in an article published in *Corriere della Sera*.⁷³ Without giving a detailed analysis of his thoughts, it is sufficient to underline his strong support for direct democracy and his frontal attack on the actors in traditional politics, namely political parties and parliamentary arenas. On this basis, the former minister Riccardo Fraccaro⁷⁴ denounced classic representative democracy as inadequate, and stressed the need for more direct democracy, especially with the advent of new technologies. Davide Casaleggio recently said that “the overcoming of representative democracy is inevitable”.⁷⁵ These are vital considerations that deserve attention and should not necessarily be seen as populist ideas, but one can nevertheless express concern, especially as regards the maximum dose of direct democracy that a system of representative democracy can tolerate.

6. CONCLUDING REMARKS

This analysis has shown that controversies about parliamentary procedures, electoral legislation and the free mandate for MPs are currently among the crucial challenges for constitutional law. Complex constitutional principles are at stake, most notably the principles of equality and representation, but also that of the efficient operation of the parliamentary regime. At the same time, constitutional courts face massive pressure from both the public and the political elites. The political debate that preceded Judgment no. 35/2017 of the Italian Constitutional Court provides a convincing example of this. Following the constitutional referendum on 4 December 2016, the electoral system looked doomed because of the case pending before the Court and also for political reasons. In fact, after the apparent failure of Matteo Renzi’s reform attempts, even “his” electoral law seemed to have lost political support. In the end, however, the political elites decided not to change it, and they waited instead for the judgment of the Court as if they were listening to an oracle. The frequent involvement of the constitutional courts in this area of the constitutional order may well mean that we are “mov[ing]

⁷² The speech can be watched at the following link: <https://www.facebook.com/associazionerousseau/videos/davide-casaleggio-allonu-per-promuovere-la-cittadinanza-digitale/244735723118310/>
⁷³ https://www.corriere.it/politica/19_settembre_17/06-politico-t7ccorriere-web-sezioni-29ff88c4-d8bb-11e9-a64f-042100a6f996.shtml

⁷⁴ BERTINI, Carlo. Riccardo Fraccaro: “Meno onorevoli e più referendum. In cinque leggi il piano di riforme”. **La Stampa**, 11 September 2018, www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2018/09/11/news/riccardo-fraccaro-meno-onorevoli-e-piu-referendum-in-cinque-leggi-il-piano-di-riforme-1.34044271.

⁷⁵ CASALEGGIO, Davide. Casaleggio: i 7 paradossi della democrazia, a sbagliare non è mai chi vota. **Corriere della Sera**, 17 September 2019, www.corriere.it/politica/19_settembre_17/06-politico-t7ccorriere-web-sezioni-29ff88c4-d8bb-11e9-a64f-042100a6f996.shtml.

closer to the global constitutional ideal that ‘everything is justiciable’.⁷⁶ This also points to the weakness of the representative political elites, who appear disconnected from the general public.⁷⁷ The increasing volatility of electoral laws is a direct consequence of the increasing volatility of voting behaviours, the intrinsic frailness of present-day party systems and the clear trend towards a further fragmentation of society.

The formidable challenge that constitutional courts are facing is to bear this factual background in mind and to treat electoral law as a (non-detached) part of the constitutional order. Electoral law should thus be interpreted and reviewed in the light of all the relevant constitutional principles.

At the same time, we have focused on how the fierce disputes on parliamentary procedures and the freedom of the mandate given to MPs clearly highlight – in Italy as in other European states – the pressures to which the pillars of modern and contemporary constitutionalism are subject.

What can be expected in the future? Solutions “will certainly not come from Italian society as long as it remains fragmented and corporatist, and marred by interpersonal mistrust. But the weakest link is represented by the parties (most of which no longer even deserve this name) and by the deconstructed nature of the party system. Will Italy be the first political system to have a working democracy in a situation in which parties have practically disappeared?”⁷⁸

Obviously, this is not a desirable scenario, and it is to be hoped that the new phase inaugurated by the second Conte government will help Italian politics to regain the path of a functioning democracy.

From a broader perspective, as has been recently noted, “populist” legislator tends to over-emphasize the mere input legitimacy, stressing the directly elective nature of parliament itself, and therefore a possible solution is to use, even for the analysis of individual state systems, the full potential of “throughput legitimacy”,⁷⁹ “an ‘umbrella concept’ accompanying the other two umbrella concepts of input and output legitimacy, as criteria for dynamic and ‘multi-centric’ processes of policy formulation and implementation.”⁸⁰ Throughput legitimacy is “judged in terms of the efficacy, account-

⁷⁶ LONGO, Erik; PIN, Andrea. Judicial Review, Election Law, and Proportionality. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, n. 1, p. 101-118, Jan/Dec 2016. p. 102.

⁷⁷ See PISANESCHI, Andrea. Giustizia costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile. *Quaderni costituzionali*, vol. 35, n. 1, p. 135-156, Jan/Mar 2015. p. 139.

⁷⁸ PASQUINO, Gianfranco. The state of the Italian Republic. *Contemporary Italian Politics*, vol. 11, n. 2, p. 195-204, Apr/Jun 2019. note 17.

⁷⁹ LUPO, Nicola. “Populismo legislativo?": continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana. *Ragionpratica*, vol. 27, n. 1, p. 251-271, Jan/Mar 2019. p. 253, note 16,

⁸⁰ SCHMIDT, Vivien; WOOD, Matthew. Conceptualising Throughput Legitimacy: Procedural Mechanisms of Accountability, Transparency, Inclusiveness and Openness in EU Governance. *Public Administration*, vol. 97, n. 4, p. 727-740, Oct/Dec 2019. p. 737.

ability and transparency" of governance processes, not in opposition but "along with their inclusiveness and openness to consultation with the people", within "the space between the political input and the policy output, which has typically been left blank by political systems theorists". It focuses on the quality of the governance processes "as contributing to a different kind of normative legitimacy from both the performance-oriented legitimacy of output and the participation-oriented legitimacy of input".⁸¹

However, an important novelty seems to move in the opposite direction as regards all the three topics on which this article focuses. In October 2019, the Italian Parliament approved a constitutional bill aimed at reducing the number of parliamentarians: from the 630 current members of the "lower" House to 400, and from 315 senators to 200. The whole electorate had been called to approve this text, through the referendum provided for in Article 138 of the Constitution that had been requested by 71 senators. The referendum was scheduled for 29 March 2020 but was postponed because of the COVID-19 emergency.

As mentioned in a report by the parliamentary office, "following the constitutional change, the average number of inhabitants for each elected member changes [...]. For the Chamber of Deputies, this ratio increases from 96,006 to 151,210. The average number of inhabitants for each senator increases, in turn, from 188,424 to 302,420".⁸² This, for arithmetical reasons, "would certainly entail a downsizing of the degree of representativeness of the organ. [...] More specifically, on the side of the active electorate the ability of individual voters to influence the outcome of the election would decrease [...]; while on that of the passive electorate, the various candidates would need more consent to be elected. Which is to say that it would increase the cost of each seat in terms of votes".⁸³ Apart from this, the inevitable enlargement of the constituencies could further accentuate the detachment of the representatives from their electorate, in a context in which the media are having an extraordinary impact, ending up heavily influencing the outcome of any vote.⁸⁴ Furthermore, at least in the absence of further constitutional and electoral reforms, another problematic element appears in the more accentuated "distance" that would be produced "in the ratio between the

⁸¹ SCHMIDT, Vivien. Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output, and 'Throughput'. *Political Studies*, vol. 61, n. 1, p. 2-22, Jan/Mar 2013. p. 2.

⁸² See <http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/AC0167f.pdf> 5.

⁸³ TRUCCO, Lara. Audizione in merito al d.d.l. S. 881 su "Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018). *Consulta online*, vol. 20, n. 1, p. 13-19, Jan/Apr 2019, www.giurcost.org. p. 14.

⁸⁴ *Ex plurimis*, see ANANIA, Francesca. "In ogni epoca lo spettacolo della politica": le elezioni alla televisione. In: BALLINI, Pierluigi; RIDOLFI, Maurizio (Coord.). *Storia delle campagne elettorali in Italia*. Milano: Bruno Mondadori, 2002, p. 238-260.

number of seats allocated ex ante and the average population, especially with regard to certain territorial areas". This would entail evident breaches of the principle of equality of suffrage, by over-representing or under-representing some areas with respect to others⁸⁵: to use litotes, nothing to be optimistic about.

7. REFERENCES

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ANANIA, Francesca. "In ogni epoca lo spettacolo della politica": le elezioni alla televisione. In: BAL-LINI; Pierluigi; RIDOLFI, Maurizio (Coord.). **Storia delle campagne elettorali in Italia**. Milano: Bruno Mondadori, 2002, p. 238-260.

ANSELM, Manuel. **Populism. An Introduction**. London: Routledge, 2018.

BARBERA, Augusto. Costituzione della Repubblica italiana. In: AA.VV., **Enciclopedia del diritto**. Annali, Vol. VIII. Milano: Giuffrè, 2015, p. 263-358.

BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian Constitutional Justice in Global Context**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BAUME, Sandrine. What Place Should Compromise Be Given in Democracy? A Reflection on Hans Kelsen's Contribution. **Négociations**, vol. 27, p. 73-89, Jan/Jun 2017.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 2, n. 1, p. 118-145, Jan/Mar 1952.

BERTINI, Carlo. Riccardo Fraccaro: "Meno onorevoli e più referendum. In cinque leggi il piano di riforme". **La Stampa**, 11 September 2018, www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2018/09/11/news/riccardo-fraccaro-meno-onorevoli-e-piu-referendum-in-cinque-leggi-il-piano-di-riforme-1.34044271.

BETTINELLI, Ernesto. **All'origine della democrazia dei paritit**. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948). Milano: Edizioni di Comunità, 1982.

BRESSANELLI, Edoardo; NATALI, David. Introduction. **Contemporary Italian Politics**, vol. 11, n. 3, p. 208-219, Jul/Sep 2019.

CALAMANDREI, Piero. Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (Coord.). **Commentario sistematico alla Costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. Now in: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**, vol. III, **Diritto e processo costituzionale**. Napoli: Morano, 1965, p. 288-336.

⁸⁵ TRUCCO, Lara. Audizione in merito al d.d.l. S. 881 su "Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018). **Consulta online**, vol. 20, n. 1, p. 13-19, Jan/Apr 2019, www.giurcost.org.p. 15, note 84.

CALAMANDREI, Piero. La Costituzione e le leggi per attuarla. In: AA.VV. **Dieci anni dopo: 1945-1955**. Roma: Laterza, 1955. Now in: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**, vol. III, Diritto e processo costituzionale. Napoli: Morano, 1965, p. 511-595.

CARROZZA, Paolo. Constitutionalism's Post-modern Opening. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Coord.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 169-187.

CARROZZA, Paolo. *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, vol. 21, special issue, p. 81-100, 2019.

CASALEGGIO, Davide. Casaleggio: i 7 paradossi della democrazia, a sbagliare non è mai chi vota. **Corriere della Sera**, 17 September 2019, www.corriere.it/politica/19_settembre_17/06-politico-t7ccorriere-web-sezioni-29ff88c4-d8bb-11e9-a64f-042100a6f996.shtml.

CASSESE, Sabino. The Will of the People and the Command of the Law: Constitutional Courts, Democracy and Justice. In: BARSOTTI, Vittoria; VARANO, Vincenzo (Coord.). **Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale**. Dialogo di diritto comparato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 17-33.

CHITI, Edoardo. La dimensione funzionale del procedimento. In: FIORENTINO, Luigi et al. **Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme**. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese. Milano: Giuffrè, 2008, p. 211-240.

CRISAFULLI, Vezio. I partiti nella Costituzione. In: **Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente**, vol. 2, Le libertà civili e politiche. Firenze: Vallecchi, 1969, p. 105-143.

CROCE, Marco. "Se non ora quando?": sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere). **Forum di Quaderni costituzionali**, 9 December 2007, www.forumcostituzionale.it.

CROCE, Marco. Appunti in tema di Costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna). **Rivista AIC**, vol. 2, n. 1, p. 1-10, Jan/Mar 2011, www.rivistaaic.it/appunti-in-tema-di-costituzione-italiana-e-sistemi-elettorali-rileggendo-carlo-lavagna.html.

DAL CANTO, Francesco. Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali. **Quaderni costituzionali**, vol. 36, n. 1, p. 39-60, Jan/Mar 2016.

D'ALOIA, Antonio. Dai voti ai seggi. Limiti costituzionali alla distorsione della rappresentanza elettorale. **Rassegna parlamentare**, vol. 56, n. 4, p. 813-842, Oct/Dec 2014.

DELLEDONNE, Giacomo. Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo-tedesca. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 64, n. 4, p. 1031-1062, Oct/Dec 2014.

DI MARZIO, Fabrizio. **La politica e il contratto**. Dalla affermazione dei valori alla negoziazione degli interessi. Roma: Donzelli, 2018.

FARAGUNA, Pietro. Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience. **European Journal of Law Reform**, vol. 21, n. 3, p. 329-344, Jul/Sep 2019.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, n. 3, p. 41-68, Jul/Sep 2002.

FERRARA, Gianni. **Il governo di coalizione**. Milano: Giuffrè, 1973.

FOLEY, Michael. **The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. London and New York: Routledge, 1989.

FRACCARO, Riccardo. La democrazia integrale. **La Repubblica**, 19 June 2018, <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2018/06/19/la-democrazia-integrale32.html>.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso; FERRARI, Giuseppe Franco (Coord.). **Diritto costituzionale comparato**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2014. p. 877-892.

GALEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**. Milano: Giuffrè, 1957.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970.

GIGLIOTTI, Alessandro. Sui principi costituzionali in materia elettorale. **Rivista AIC**, vol. 5, n. 4, p. 1-25, Oct/Dec 2014, www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/alessandro-gigliotti/sui-principi-costituzionali-in-materia-elettorale.

GRASSO, Giorgio. Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del MoVimento 5 Stelle. **Osservatorio AIC**, vol. 5, n. 2, p. 1-7, May/Aug 2017, <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/giorgio-grasso/mandato-imperativo-e-mandato-di-partito-il-caso-del-movimento-5-stelle>.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, vol. 75, n. 2, p. 721-753, Oct/Nov 2006.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. **Annual Review of Political Science**, vol. 11, p. 93-118, Jan/Dec 2008.

KLEIN, Hans Hugo. Status des Abgeordneten. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Coord.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, vol. III, Demokratie – Bundesorgane. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. p. 741-768.

LANCHESTER, Fulco. Il sistema elettorale in senso stretto dal "Porcellum" all'"Italicum". **Democrazia e diritto**, vol. 52, n. 1, p. 15-29, Jan/Mar 2015.

LAVAGNA, Carlo. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 2, n. 4, p. 849-875, Oct/Dec 1952.

LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, vol. 6, n. 2, p. 392-422, Apr/Jun 1956.

LAVAGNA, Carlo. **Istituzioni di diritto pubblico**. 5. ed. Torino: Utet, 1982.

LONGO, Erik; PIN, Andrea. Judicial Review, Election Law, and Proportionality. **Notre Dame Journal of International and Comparative Law**, vol. 6, n. 1, p. 101-118, Jan/Dec 2016.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt: Surhkamp, 1983.

LUPU, Nicola. "Populismo legislativo?": continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana. **Ragionpratica**, vol. 27, n. 1, p. 251-271, Jan/Mar 2019.

MAGIERA, Siegfried. Artikel 38. In: SACHS, Michael (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. 5. ed. München: C.H. Beck, 2009. p. 1177-1205.

MASHAW, Jerry L. **Due Process in the Administrative State**. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1985.

MASHAW, Jerry L. Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Development. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 6, special issue, p. 267-298, jan. 1990.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Marcel Giard, 1931.

MORTATI, Costantino. **Lezioni sulle forme di governo**. Padova: Cedam, 1973.

PASQUINO, Gianfranco. The state of the Italian Republic. **Contemporary Italian Politics**, vol. 11, n. 2, p. 195-204, Apr/Jun 2019.

PILDES, Richard H. Elections. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Coord.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 529-544.

PINELLI, Cesare. Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni. **Giurisprudenza costituzionale**, vol. 55, n. 4, p. 3322-3326, Jul/Aug 2010.

PISANESCHI, Andrea. Giustizia costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile. **Quadernicostituzionali**, vol. 35, n. 1, p. 135-156, Jan/Mar 2015.

PIZZORUSSO, Alessandro. The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity. In: PIZZORUSSO, Alessandro (Coord.). **Law in the Making**. A Comparative Survey. Berlin: Springer-Verlag, 1988. p. 1-87.

ROMANO, Andrea. Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa. **Diritto pubblico**, vol. 21, n. 2, p. 431-508, May/Aug 2015.

ROSSI, Emanuele. **Una Costituzione migliore?** Contenuti e limiti della riforma costituzionale. Pisa: Pisa University Press, 2016.

RUBECHI, Massimo. La forma di governo dell'Italia Repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto. In: CORTESE, Fulvio; CARUSO, Corrado; ROSSI, Stefano (Coord.). **Immaginare la Repubblica**. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. Milano: Franco Angeli, 2018. p. 175-209.

SANDULLI, Aldo M. **Il procedimento amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1940.

SCHMIDT, Vivien. Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output, and 'Throughput'. **Political Studies**, vol. 61, n. 1, p. 2-22, Jan/Mar 2013.

SCHMIDT, Vivien; WOOD, Matthew. Conceptualising Throughput Legitimacy: Procedural Mechanisms of Accountability, Transparency, Inclusiveness and Openness in EU Governance. **Public Administration**, vol. 97, n. 4, p. 727-740, Oct/Dec 2019.

SEUROT, Laurent. Faut-il constitutionnaliser le mode de scrutin aux élections législatives? **Revue française de droit constitutionnel**, vol. 26, n. 3, p. 657-678, Jul/Sep 2015.

SPADARO, Antonino. Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie. In: BRUNELLI, Giuditta; PUGIOTTO, Andrea; VERONESI, Paolo (Coord.). **Scritti in onore di Lorenza Carlassare**, vol. V. Napoli: Jovene, 2009. p. 2007-2042.

SPERTI, Angioletta. **Corti supreme e conflitti tra poteri**. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale. Torino: Giappichelli, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **Memory as a Remedy for Evil**. Kolkata: Seagull Books, 2010.

TOMBA, Massimiliano. Who's Afraid of the Imperative Mandate? **Critical Times**, vol. 1, n. 1, p. 108-119, Jan/Dec 2018.

TRUCCO, Lara. **Democrazie elettorali e Stato costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2011.

TRUCCO, Lara. Audizione in merito al d.d.l. S. 881 su "Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018). **Consulta online**, vol. 20, n. 1, p. 13-19, Jan/Apr 2019, www.giurcost.org.

VASSALLO, Salvatore. Government under Berlusconi: The functioning of the core institutions in Italy. **West European Politics**, vol. 30, n. 4, p. 692-710, Sep/Oct 2007.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Tübingen: Mohr, 1921-22.

ZANDER, Michael. **The Law-Making Process**. London: Bloomsbury, 2015.



La incidencia de la pandemia de la Covid-19 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*

The incidence of the Covid-19 pandemic on the Contentious Administrative Courts in Spain

LUCÍA CASADO CASADO^{1, **}

¹ Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España)

lucia.casado@urv.cat

<http://orcid.org/0000-0001-5603-3264>

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ^{1, ***}

¹ Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España)

josepramon.fuentes@urv.cat

<https://orcid.org/0000-0001-5669-6009>

Recebido/Received: 03.02.2021 / February 3rd, 2021

Aprovado/Approved: 17.07.2021 / July 17th, 2021

Resumen

La crisis provocada por la Covid-19 ha tenido repercusiones evidentes en la Administración de Justicia en España y las continuará teniendo en un futuro próximo. Este trabajo pretende examinar cómo las medidas de lucha

Abstract

The crisis caused by Covid-19 has had clear repercussions on the Administration of Justice in Spain and will continue to do so in the foreseeable future. The present study examines how the measures to combat the pandemic have affected

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASADO CASADO, Lucía; FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. La incidencia de la pandemia de la Covid-19 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 347-386, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.82744.

* Esta publicación es resultado del proyecto de I+D+i "El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos" (referencia PID2020-112688GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y se ha realizado dentro del grupo de investigación de la Universidad Rovira i Virgili "Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad", reconocido como grupo de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya (referencia SGR 2017-781).

** Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Investigadora miembro del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Miembro de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA), de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) y del Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM). E-mail: lucia.casado@urv.cat.

*** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Director de la Cátedra de Estudios Jurídicos Locales Màrius Viadel i Martín. Investigador miembro del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Miembro de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA), de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) y del Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM). E-mail: josepramon.fuentes@urv.cat.

contra la pandemia han afectado a la actividad jurisdiccional, con especial referencia al ámbito contencioso-administrativo. Con este fin, por una parte, se analiza, desde una perspectiva crítica, el impacto que han tenido las medidas adoptadas por las autoridades gubernativas para combatir la pandemia en el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por otra, de lege ferenda, también se plantean algunas propuestas de mejora del actual marco normativo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y se valoran, también con una mirada crítica, las propuestas realizadas por el Consejo General del Poder Judicial para la reactivación de la actividad jurisdiccional en este ámbito y las medidas ya adoptadas o proyectadas por el Gobierno, para agilizar la actividad judicial en este ámbito.

Palabras-clave: servicio público de justicia; administración de justicia; jurisdicción contencioso-administrativa; Covid-19.

judicial activity, with particular reference to the Contentious Administrative Courts. To this end, on one hand it critically analyses the impact of the measures adopted by the authorities to reduce the effect of the pandemic on the functioning of the Contentious Administrative Courts, and on the other, de lege ferenda, it makes proposals to improve the current regulatory framework governing the Contentious Administrative Courts and it evaluates the proposals put forward by the General Council of Judicial Power to reactivate legal activity in this ambit and the measures already adopted or planned by the Government to facilitate legal activity in this area.

Keywords: public justice service; administration of justice; contentious administrative courts; Covid-19.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** La incidencia de la pandemia de la Covid-19 sobre la Administración de Justicia: el marco normativo de referencia; **3.** Las medidas adoptadas con mayor impacto en el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; **3.1.** La declaración del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y sus consecuencias en el ámbito de la justicia: la suspensión de los términos y plazos procesales; **3.2.** Las medidas y actuaciones durante el período de transición hacia la nueva normalidad en la prestación del servicio público de la justicia: a) Las fases para la desescalada; b) Las medidas procesales urgentes: previsiones sobre plazos procesales, habilitación de determinados días del mes de agosto a efectos procesales y tramitación preferente de determinados procedimientos; c) Las medidas organizativas y tecnológicas; **4.** La incidencia de la pandemia de la Covid-19 sobre los asuntos que llegan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; **4.1.** El control de las medidas restrictivas de derechos derivadas de las limitaciones sanitarias impuestas ante rebrotes de la Covid-19: la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias adoptadas por las Administraciones en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública; **4.2.** La probable avalancha de demandas derivadas de la pandemia; **4.3.** Hacia una intensificación del colapso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; **5.** Algunas propuestas para la reactivación de la actividad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo tras el estado de alarma; **5.1.** Las propuestas del Consejo General del Poder Judicial; **5.2.** El Plan de actuación aprobado por el Consejo de Ministros para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccional social y contencioso-administrativo y en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil; **5.3.** Otras medidas proyectadas por el Gobierno; **6.** Consideraciones finales; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia derivada de la Covid-19, con efectos globales relevantes¹, está teniendo grandes impactos, no solo en términos sanitarios, sino también económicos y

¹ PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel. Presentación del Anuario y Estudio introductorio a la edición de 2019: el impacto de la pandemia de COVID-19. **Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019**, p. 49.

sociales, y sus efectos se están proyectando sobre numerosos ámbitos (economía, educación, sanidad, empleo, transporte, turismo...),² entre los que también se encuentra la justicia. La crisis sanitaria ha tenido repercusiones evidentes en la Administración de Justicia, con la paralización total de la actividad jurisdiccional durante un largo período temporal. Asimismo, las continuará teniendo en un futuro próximo, dado el previsible incremento de la litigiosidad y la más que probable avalancha de demandas derivadas de la pandemia que llegarán a los tribunales como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno durante el estado de alarma y, posteriormente, por las diferentes autoridades gubernativas para frenar la expansión de la Covid-19.

Este trabajo pretende examinar cómo las medidas de lucha contra la pandemia han afectado a la actividad jurisdiccional, con especial referencia al ámbito contencioso-administrativo. Asimismo, también pretende, *de lege ferenda*, plantear algunas propuestas de mejora en la regulación del proceso contencioso-administrativo en tiempos de pandemia, con el fin de que, sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, pueda darse una salida adecuada a la situación de acumulación y de retrasos ya existente y ahora agravada con la reanudación de los expedientes que habían quedado paralizados y con el previsible aumento de la litigiosidad.

Para dar cumplimiento a estas finalidades, el trabajo se estructura en cuatro grandes partes, precedidas de una introducción. En la primera, se contextualiza el marco normativo de referencia, con el fin de conocer cuáles son las principales normas que afectan a esta materia. En la segunda, se abordan las medidas adoptadas con mayor impacto en el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, haciendo especial referencia a las consecuencias derivadas de la declaración del estado de alarma en el ámbito de la justicia y a las medidas y actuaciones acometidas durante el período de transición hacia la nueva normalidad en la prestación del servicio de público de justicia³. En la tercera, se analiza cómo está incidiendo la pandemia sobre los asuntos

² Sobre algunos de los distintos impactos de la pandemia en el Derecho Administrativo, *vid.*, CASTILLO ARJONA, Mónica. El fenómeno de la COVID-19 y sus efectos sociales en el derecho administrativo del siglo XXI. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 173-187, ene./jun. 2021; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. Public administration's challenges in order to guarantee the fundamental right of personal data protection in the post-COVID-19 era. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 167-191, ene./jun. 2020; PAZ MACIAS, Jessy Carolina. Vulnerabilidad administrativa del Estado hondureño en situaciones de emergencia con la habilitación de las contrataciones directas durante la pandemia del COVID-19. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 193-205, ene./jun. 2020; SÁNCHEZ DÍAZ, María Fernanda; ROMERO TELLO, Ana Guadalupe. COVID-19, Derechos Humanos y Estado frente a manejo de la Pandemia. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 233-254, ene./jun. 2021; GONÇALVES, Oksandro Osdival; LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Serviços públicos digitais de seguridade social na pandemia de COVID-19: eficiência e inclusão. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 207-226, jul./dic. 2020.

³ Sobre los conceptos de justicia y sistema de justicia, *vid.*, VARGAS VEGARA, Erick E.; MONGE MORALES, Gonzalo J. La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto? **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 24-25, ene./jun. 2019.

que llegan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y se reflexiona sobre la previsible intensificación del colapso que ya viene afectando a este orden jurisdiccional desde hace muchos años, como consecuencia del aumento de la litigiosidad. En la cuarta, se examinan, desde una perspectiva crítica, algunas propuestas para la reactivación de la actividad jurisdiccional en el ámbito contencioso-administrativo tras el estado de alarma formuladas por el Consejo General del Poder Judicial y algunas medidas, ya adoptadas o proyectadas por el Gobierno, para agilizar la actividad judicial en este ámbito. Finalmente, el trabajo concluye con una serie de consideraciones finales en las que, además de alertar sobre algunos de los problemas a que se enfrenta la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el escenario actual, muchos de ellos ya endémicos, se realizan algunas propuestas de mejora del marco normativo vigente.

2. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Como hemos avanzado, la crisis provocada por la Covid-19 ha afectado de forma significativa a la Administración de Justicia y han sido muchas las medidas adoptadas por el Gobierno en este ámbito que han ido incorporándose en las normas que sucesivamente se han ido aprobando. El punto de partida es el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19; en particular su disposición adicional 2ª, en la que se establecen diversas medidas que afectan a todos los órdenes jurisdiccionales y, por lo tanto, también al funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A esta norma han seguido otras dictadas con posterioridad. Entre ellas, cabe destacar, en primer lugar, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, que, aunque tiene como objeto adoptar medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la Covid-19, incluye una disposición adicional 19ª de gran interés en el ámbito objeto de análisis, por cuanto prevé ¿una vez se haya dejado sin efecto la declaración del estado de alarma y de las prórrogas del mismo? la aprobación por el Gobierno de “un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo así como en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis”. En segundo lugar, el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴, que tiene como finalidad

⁴ El instrumento utilizado para aprobar esta norma, el Real Decreto Ley, ha sido cuestionado. Desde esta perspectiva, GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. ¿Reforma de la Justicia por Real Decreto-ley? **Actualidad Administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020, apartado I, es muy crítica y señala que, en su opinión, “carece de rango

articular medidas y actuaciones que permitan alcanzar una progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales y que incluye numerosas medidas que deben aplicarse durante el período de transición a la nueva normalidad, de cara a la reincorporación del personal y la progresiva recuperación de la actividad ordinaria⁵. Este Real Decreto-ley ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados y tramitado como proyecto de ley, desembocando en la aprobación, recientemente, de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En tercer lugar, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que afecta a los plazos procesales. Y, por último, una serie de disposiciones de desarrollo adoptadas en el ámbito de la justicia. Así, la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, que aprueba el Esquema de Seguridad Laboral con una serie de medidas para mitigar el riesgo de propagación de la Covid-19 y proporcionar las máximas garantías de seguridad a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia, con diferentes fases que se activarán en función de las indicaciones de la autoridad sanitaria hasta lograr restablecer plenamente el servicio público de justicia, así como los criterios para la asistencia en turnos de tarde. A esta Orden han seguido las Órdenes JUS/430/2020 y JUS/504/2020, ambas de 5 de junio, por las que, respectivamente, se activan la Fase 2 y la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante la Covid-19 y se establecen los criterios para su implantación.

3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS CON MAYOR IMPACTO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La crisis sanitaria derivada de la Covid-19 ha conllevado la adopción de una serie de medidas con gran impacto en el funcionamiento de la Administración de Justicia y, consecuentemente, en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Algunas de estas medidas derivan directamente de la declaración del estado de alarma. Otras, en cambio, se adoptan con posterioridad, durante el período de transición a la nueva normalidad. A continuación, destacamos las más relevantes.

normativo suficiente para regular las materias contenidas en el mismo vulnerando el artículo 86 de la Constitución Española, en relación con los artículos 120 y 24", al estar ante una materia reservada a Ley Orgánica.

⁵ Nótese que, en fecha 28 de abril de 2020, el Consejo de Ministros también adoptó el Plan para la transición hacia una nueva normalidad, que establece los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad, previendo la reactivación de diversos sectores. Accesible en < <https://bityli.com/tn9qZ3> > [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

3.1. La declaración del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y sus consecuencias en el ámbito de la justicia: la suspensión de los plazos procesales

De todas las medidas adoptadas por el Gobierno en el ámbito de la justicia, la de mayor calado ha sido la de suspensión de los términos y plazos procesales⁶ que recoge la disposición adicional 2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma⁷. Con arreglo a esta disposición, “Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”⁸. Se produce, por tanto, una suspensión general de los términos procesales, esto es, de las actuaciones procesales que tuvieran señalada una fecha concreta para su realización durante el período de vigencia del estado de alarma y sus prórrogas (por ejemplo, las vistas en el procedimiento contencioso-administrativo abreviado, o determinadas pruebas testificales o periciales); y una interrupción ¿no una suspensión?⁹ general de los pla-

⁶ En general, sobre la suspensión de los plazos procesales durante el estado de alarma, *vid.* NÚÑEZ SÁNCHEZ, Fernando. La suspensión de los plazos procesales y administrativos durante el estado de alarma. **Gabirlex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, n. Extra 21 (Ejemplar dedicado a: Análisis jurídico derivado del estado de alarma por la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19), 2020, p. 343-378.

⁷ Así lo pone de manifiesto MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado II.

⁸ *Vid.* el apartado 1 de la disposición adicional 2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Téngase en cuenta que esta disposición entró en vigor en el momento de su publicación en el BOE, producida el día 14 de marzo de 2020. Sobre la interpretación de esta disposición, *vid.*, entre otros, BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado I; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. La suspensión de plazos administrativos por la crisis de la Covid-19. **Es de Justicia. Blog de Derecho Administrativo y Urbanismo**, 18 de marzo de 2020 (accesible en: < <https://bityli.com/SPvf1g> > [Última consulta, 23 de septiembre de 2020]); GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales: la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el Estado de Alarma. **Diario La Ley**, n. 9614, 16 de abril de 2020; y MAGRO SERVET, Vicente. La suspensión de los plazos procesales y de prescripción y caducidad de acciones y derechos a raíz del estado de alarma por la pandemia del coronavirus. **Revista de Jurisprudencia El Derecho**, n. 1, 15 de abril de 2020.

⁹ Aunque la disposición adicional 2ª lleva por título “Suspensión de plazos procesales”, en su contenido determina que “se suspenden e interrumpen los plazos”. Ambos términos no son sinónimos y no se utilizan con propiedad por el legislador, ya que existen diferencias significativas entre ellos, lo que es objeto de crítica, por ejemplo, por GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales en estado de alarma. **Actualidad administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020, apartado II; y SANZ LÓPEZ, Jesús. ¿Para cuándo la interrupción de los plazos procesales en virtud de la declaración del Estado de Alarma? **Diario La Ley**, Sección Tribuna, Madrid, n. 9615, 17 de abril de 2020. En tanto que la suspensión implica la paralización de los plazos y su reanudación, en la parte no consumida, cuando cese la circunstancia que motivó la suspensión, la interrupción implica cortar el plazo, que empezará a contarse en su totalidad y desde su inicio cuando cese la circunstancia desencadenante. En realidad, lo que se produce es una interrupción y no una suspensión, tal y como han clarificado el artículo 2.1 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, y el artículo 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, despejando todas las dudas que se habían desatado. *Vid.* el análisis terminológico de estos conceptos que realiza CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Los plazos administrativos y procesales

zos procesales¹⁰, de modo que, cesada la causa de interrupción, no se tendrá en cuenta el tiempo que había transcurrido y se computa de nuevo el plazo en su totalidad¹¹. De esta forma, se mantienen congeladas las actuaciones de las partes que se encuentran pendientes, en aras de la protección de sus derechos y garantías, pero esta previsión no afecta a las actuaciones a realizar por los órganos jurisdiccionales¹². En cualquier caso, como pone de manifiesto Juan Ramón Fernández, la suspensión general de los plazos procesales “causa un grave trastorno al funcionamiento de la Justicia”, habida cuenta de que “entraña la paralización del grueso de la actividad jurisdiccional”¹³.

La norma general de interrupción de los plazos procesales tiene, sin embargo, una serie de salvedades. En el ámbito contencioso-administrativo, son dos las excepciones que se recogen. Por una parte, la interrupción no resulta de aplicación al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la LJCA, ni a la tramitación de las autorizaciones

ante el Covid-19: ¿suspensión o interrupción?, ¿«error iuris» o «lapsus linguae»? **El Notario del Siglo XXI**, n. 90, 2020, p. 46-49. *Vid.*, del mismo autor, De nuevo, sobre los plazos procesales ante el Covid-19: «errare humanum est, sed perseverare diabolicum». **Diario La Ley**, Sección Tribuna, Madrid, n. 9650, 10 de junio de 2020.

¹⁰ Nótese que la medida se proyecta sobre los plazos procesales que afectan a las partes, pero no sobre los procedimientos judiciales, que ni han sido objeto de suspensión ni de interrupción. Como advierte MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afectación a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado II.1, “Lo que se ha interrumpido es el límite temporal para que las partes puedan cumplimentar los trámites procesales sometidos a plazo, pero los procedimientos ni se han suspendido, ni se han interrumpido”. Es por ello que “las partes han seguido presentando sus escritos y los órganos jurisdiccionales en muchos casos, les han dado la tramitación oportuna y han sido trasladados a la otra parte, aunque el plazo que se otorgue para su cumplimentación esté suspendido” y “los jueces han podido seguir evacuando trámites y poniendo sentencias con normalidad, aunque no corrieran los plazos para su cumplimentación o recurso. Esto sólo es posible en virtud de que los procedimientos en su globalidad no han sido suspendidos”.

^{10a} Por otra parte, téngase en cuenta que también se produce una suspensión de plazos administrativos y una suspensión de plazos de prescripción y caducidad. *Vid.* las disposiciones adicionales 3ª y 4ª del Real Decreto 463/2020.

¹¹ En cuanto al fundamento de lo dispuesto en la disposición adicional 2ª, BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado I, pone de manifiesto que “no se encuentra en la economía procesal (que, evidentemente, no se consigue, porque los procesos se van a demorar como consecuencia de la suspensión o la interrupción), sino en la seguridad jurídica (porque así los litigantes y demás sujetos del proceso saben a qué atenerse y que no tienen que realizar actuación procesal alguna ni van a perder buenos derechos mientras dure el estado de alarma) y en la justicia (porque se considera —con razón— que las circunstancias derivadas de la epidemia pueden impedir —por enfermar las partes, sus allegados, los profesionales que les asisten o incluso los integrantes del órgano judicial, o por las dificultades de movilidad para acceder a las fuentes de la prueba o incluso al propio despacho u oficina o a la sede judicial— la correcta defensa de las posiciones de las partes y que, en definitiva, se consiga alcanzar la solución más justa, esto es, la más ajustada a la realidad fáctica y jurídica)”.

¹² *Vid.* BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado I.

¹³ FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 377-378. Son reveladores los datos que ofrece este autor sobre las actuaciones judiciales relacionadas con la pandemia, a la luz de los datos que arroja el Centro de Documentación Judicial (*vid.* p. 378).

o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6¹⁴ de dicha Ley¹⁵. Sin duda, ambas excepciones están claramente justificadas y han tenido un amplio juego durante el estado de alarma¹⁶. Por otra, se recoge la posibilidad de que el juez o tribunal pueda acordar “la práctica de cualesquier actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso”, una previsión absolutamente necesaria y que permite, en los casos señalados y con las medidas sanitarias oportunas, celebrar aquellas actuaciones judiciales que pretenden evitar perjuicios irreparables a alguna de las partes¹⁷.

Estas medidas contenidas en la citada disposición adicional 2ª del Real Decreto 463/2020 han implicado una paralización casi total de la justicia¹⁸, a causa de la interrupción de la actividad ordinaria de los tribunales, por lo que los ciudadanos ¿salvo algunas excepciones? no han podido ejercitar sus derechos ante los tribunales. De ahí que se hayan desatado fuertes críticas frente a estas medidas, concentradas principalmente en la interrupción de los plazos procesales. En primer lugar, esta medida se ha cuestionado desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, Sandra González, considera que el derecho a la tutela judicial efectivo consagrado en el artículo 24 de la CE en ningún caso puede ser suspendido ni limitado. Por ello, afirma que “el

¹⁴ El artículo 8.6 de la LJCA prevé los siguientes supuestos: autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular; autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental; y autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia.

¹⁵ Vid. la disposición adicional 2ª, apartado 3.a), del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en los pronunciamientos judiciales que se han producido en el ámbito contencioso-administrativo en relación con diversas peticiones de realizar manifestaciones durante el estado de alarma con motivo de la celebración del día del trabajo el 1 de mayo; o en la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública, con motivo de la pandemia derivada de la Covid-19, y que implican privación o restricción de la libertad o de otros derechos fundamentales.

¹⁷ Por ejemplo, en el ámbito contencioso-administrativo, como advierte MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado II.3, podría tratarse de la celebración de un incidente de medidas cautelares o cautelarisimas frente a una orden de demolición, en casos relacionados con ruinas inminentes; paralización de actividades que necesiten intervenciones administrativas inaplazables, etc.

¹⁸ En cambio, esto no ha sucedido en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni en otros Estados miembros de la Unión Europea, como Alemania, donde la actividad judicial no se ha paralizado, sino simplemente ralentizado, al reducirse las actuaciones ante los órganos judiciales. Vid. CATALINA BENAVENTE, Mª Ángeles. Consecuencias del Covid-19 en los procesos penales en Alemania: modificación de los plazos de suspensión de los juicios orales (1). **Diario La Ley**, Madrid, n. 9627, 15 de abril de 2020; e IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac. ¿Por qué sigue el parón judicial durante el estado de alarma prorrogado? (Un colapso anunciado). **Diario La Ley**, Madrid, n. 9631, Sección Plan de Choque de la Justicia, 13 de mayo de 2020. También FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 363, advierte que la medida de suspensión de plazos procesales y administrativos “resulta prácticamente inédita en los países de nuestro entorno, salvo en Italia y temporalmente en algún caso limitado (Francia)”.

Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, aunque sea una decisión gubernamental con carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara, no puede interrumpir el normal funcionamiento del Poder Judicial, no puede excepcionar el régimen establecido en la LOPJ, y no puede suspender o limitar el derecho a la tutela judicial efectiva. El Poder Judicial como poder del Estado debió haber seguido funcionando con total normalidad”¹⁹. También José M^a Baño, tras señalar que la suspensión de plazos procesales produce de hecho la suspensión del derecho a la tutela judicial efectiva y advertir que este derecho no puede suspenderse en ninguno de los estados excepcionales (alarma, excepción y sitio), advierte que “la suspensión generalizada de plazos procesales difícilmente resiste un análisis de constitucionalidad, pues sus perniciosos efectos (la supresión temporal como regla general del derecho a la tutela de los Tribunales) sólo podría justificarse en el caso de poder demostrarse que es el único medio para evitar la propagación de la pandemia, es decir que pudiera acreditarse que no existen otras alternativas que permitan el funcionamiento regular de la administración de justicia”²⁰.

En segundo lugar, también se ha considerado carente de justificación la prolongación de esta medida ¿que sí podría tener lógica en un momento inicial? durante más de dos meses, por sus efectos perniciosos tanto sobre los derechos de las personas ¿entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva?, como sobre la seguridad jurídica y la economía²¹, siendo, además, innecesaria para lograr la protección de la salud pública.

En tercer lugar, se ha criticado duramente la opción del legislador de interrumpir los plazos procesales en lugar de suspenderlos, ya que ello no es coherente ni con la voluntad manifestada de atajar el retraso en la actividad jurisdiccional que se haya podido producir durante la vigencia de las medidas excepcionales de lucha contra la pandemia ni con la habilitación del mes de agosto para recuperar el retraso generado por

¹⁹ GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales: la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el Estado de Alarma. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9614, 16 de abril de 2020, apartado II.

²⁰ BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, 13 de mayo de 2020. Accesible en <<https://bityli.com/ywndjv>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

²¹ En este sentido, BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, 13 de mayo de 2020. Accesible en <<https://bityli.com/ywndjv>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020]; y FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 366, en cuya opinión la prolongación de la suspensión generalizada de los plazos procesales “suscita dudas muy serias sobre su conformidad a la CE, tanto más cuanto que no existe una correlación entre la misma y la contención de la pandemia”.

la interrupción²². Es más, algunos autores, como Sandra González²³ y José M^a Baño²⁴, se mostraron a favor de la reanudación de la actividad ordinaria de los juzgados y tribunales sin necesidad de esperar a la finalización del estado de alarma. En opinión de José M^a Baño, “La administración de justicia puede contribuir enormemente a mitigar los efectos de la crisis, y a paliar algunos de sus consecuencias más devastadoras, amparando los derechos de los ciudadanos”.

3.2. Las medidas y actuaciones durante el período de transición hacia la nueva normalidad en la prestación del servicio público de la justicia

En plena parálisis de la actividad jurisdiccional ordinaria, se dictó el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en el que “se contienen normas legales procesales para poder reactivar la actividad judicial y recuperar para los ciudadanos este servicio público esencial”²⁵. Con él, se pretende hacer frente a las posibles consecuencias de las medidas derivadas de la declaración de estado de alarma, con el fin de que la Administración de Justicia se prepare, “tanto desde el punto de vista de la adopción de los cambios normativos necesarios en las instituciones procesales como desde la perspectiva organizativa, y todo ello con el objetivo de alcanzar una progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales”²⁶. Se trata, en definitiva, de “procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión” y de adoptar “medidas en previsión del aumento de litigiosidad que se originará como consecuencia de las medidas extraordinarias que se han adoptado y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria”²⁷. A esta finalidad responden las diferentes medidas procesales y organizativas que incorpora y

²² En este sentido, MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado II.1.

²³ GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales en estado de alarma. **Actualidad administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020.

²⁴ BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, 13 de mayo de 2020. Accesible en <<https://bityli.com/ywndjv>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

²⁵ Vid. el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. Téngase en cuenta que, de conformidad con su disposición transitoria 1^a, las normas de este Real Decreto-ley se aplican a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de iniciación del proceso en que aquellas se produzcan. No obstante, aquellas normas que tengan un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.

²⁶ Vid. el apartado I del Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

²⁷ Vid. el apartado I del Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

“que deben aplicarse y combinarse con cualquier actuación durante el periodo de transición a la nueva normalidad, de cara a la reincorporación del personal y la progresiva recuperación de la actividad ordinaria”²⁸. Posteriormente, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados y su tramitación como proyecto de ley, ha desembocado en la aprobación y publicación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

De las medidas más relevantes incluidas en ambas normas, damos cuenta a continuación, no sin antes referirnos brevemente al Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante la Covid-19 y a las diferentes fases previstas en la transición hacia la normalidad en la prestación del servicio público de justicia.

a) *Las fases para la desescalada*

La Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante la Covid-19, ha establecido las diferentes fases previstas en la transición hacia la normalidad en este ámbito. Estas fases, como no podía ser de otra manera, resultarán de aplicación en el orden contencioso-administrativo, y se activarán en función de las indicaciones de la autoridad sanitaria, con el fin de ir incrementando de manera progresiva la prestación de los servicios esenciales en la Administración de Justicia, hasta poder contar, en la última fase, con el 100% del personal en sus respectivas sedes de manera presencial y con el 100% del servicio público de justicia restablecido.

Este Plan de Desescalada, recogido en el Anexo II de la Orden mencionada, establece cuatro fases de incorporación presencial del personal al servicio de la Administración de Justicia. Son las siguientes²⁹:

-Fase 1, de “Inicio de la reincorporación programada”, en la que acudirán a cada centro de trabajo entre un 30% y un 40% de los efectivos que presten servicios en ellos y que queda activada por la propia Orden JUS/394/2020, con efectos de 12 de mayo de 2020³⁰.

²⁸ Vid. el Preámbulo de la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante la Covid-19.

²⁹ Con relación a las fases establecidas en este Plan de Desescalada, MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.1, advierte que “no coinciden ni en sus plazos ni en sus determinaciones con las Fases del Plan para la transición hacia una nueva normalidad aprobado por el Gobierno el día 28 de abril. Por ello, podría, por parte del Gobierno, haberse evitado la utilización de la misma nomenclatura en el proceso de desescalada judicial en relación con la desescalada general, cuando los plazos y términos no son coincidentes”.

³⁰ Vid. el apartado segundo de la Orden JUS/394/2020.

-Fase 2, de “Preparación para la reactivación de los plazos procesales”, en la que acudirán a cada centro de trabajo entre un 60% y un 70% de los efectivos que presten servicio en ellos, en turnos de mañana y tarde, si así se establece. Esta fase se activa, con efectos desde el 26 de mayo de 2020³¹, por la Orden JUS/430/2020, de 5 de junio, que también establece los criterios para su implantación por lo que respecta a la presencia física en turnos, establecimiento de turno de tardes, procedimiento de revisión por razones del servicio, exclusión formal de participación presencial en turnos y realización de funciones mediante teletrabajo.

-Fase 3, de “Actividad ordinaria, con plazos procesales activados”, en la que acudirán a cada centro de trabajo el 100% de los efectivos que presten servicio en ellos, en turnos de mañana y tarde, si así se establece. Esta fase queda activada, con efectos desde el 9 de junio de 2020, a través de la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, que también determina los criterios para su implantación en relación con el establecimiento de turno de tardes, los trabajadores de especial sensibilidad y la realización de funciones mediante teletrabajo.

-Fase 4, de “Actividad normalizada conforme a la situación anterior al estado de alarma”, que se iniciará en el momento en que se levanten las recomendaciones sanitarias que permitan retornar a la situación de funcionamiento anterior a dicha declaración. En esta fase, acudirán a cada centro de trabajo el 100% de los efectivos en su jornada ordinaria.

b) *Las medidas procesales urgentes: previsiones sobre plazos procesales, habilitación de determinados días del mes de agosto a efectos procesales y tramitación preferente de determinados procedimientos*

El capítulo I del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, incluye una serie de medidas procesales urgentes, dirigidas a retomar la actividad jurisdiccional ordinaria y a dar respuesta al previsible incremento de la litigiosidad. Entre ellas, queremos destacar, por un lado, la reanudación de los plazos procesales, así como el establecimiento de reglas de cómputo y la ampliación del plazo para recurrir; y la habilitación de determinados días del mes de agosto a efectos procesales. Por otro, la tramitación preferente de determinados procedimientos.

b.1) *La reanudación de los plazos procesales, el establecimiento de reglas de cómputo y la ampliación del plazo para recurrir.*

El artículo 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alza la

³¹ Vid. el apartado primero de la Orden JUS/430/2020.

suspensión de los plazos procesales, con efectos desde el 4 de junio de 2020. El artículo 2.1 del Real Decreto-ley 16/2020 determina que los plazos procesales volverán a computarse desde su inicio³², por lo que el primer día del cómputo es el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente. Consecuentemente, el 5 de junio³³ se reinician los plazos procesales, tanto los que se notificaron antes del estado de alarma y que se interrumpieron, como los que se notificaron durante el estado de alarma³⁴. Y ello es así en todos los órdenes jurisdiccionales, aunque la norma no lo diga de forma expresa³⁵.

Por otra parte, los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que pongan fin al procedimiento³⁶ y que sean notificadas durante la suspensión de los plazos procesales, así como las que lo sean durante los veinte días hábiles siguientes a su levantamiento³⁷,

³² De esta forma, se corrige lo establecido por el Real Decreto 463/2020, que hablaba de reanudación del cómputo. En el Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, se justifica esta medida en los términos siguientes: "En aras de la seguridad jurídica resulta necesario establecer unas reglas generales para el cómputo de los plazos, optándose en el artículo 3 por el reinicio del cómputo de los plazos y por no tomar en consideración, por tanto, el plazo que hubiera transcurrido previamente a la declaración del estado de alarma" (apartado II). En general, sobre los problemas interpretativos que plantea esta medida, *vid.* BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado II; CHAVES GARCÍA, José Ramón. Plazos suspendidos para iniciar procesos contencioso-administrativos: ¿reanudación o reapertura? **Blog delaJusticia.com. El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves**, 28 de mayo de 2020 (accesible en: <<https://bityli.com/DFAMkK>>) [Última consulta, 23 de septiembre de 2020]; FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 394-398; y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. El lío del plazo del recurso contencioso-administrativo. **Es de Justicia. Blog de Derecho Administrativo y Urbanismo**, 23 de julio de 2020 (accesible en: <<https://bityli.com/hC0HjL>>) [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

³³ Como pone de manifiesto MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.2.A), "dado que la suspensión se alza con efectos del día 4, el siguiente día hábil es el viernes día 5 de junio. Esta interpretación, además, es la que más se compadece con la aplicación del principio *pro actione* y, en ningún caso, podría suponer una vulneración o una interpretación restrictiva del derecho a la defensa, sino todo lo contrario".

³⁴ MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.2.A).

³⁵ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado II.

³⁶ Por lo tanto, como señala, MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.3., "afecta a todos los plazos para interponer la apelación contra sentencias y la casación. Por lo tanto, de acuerdo con esta interpretación, quedan fuera de esta duplicación de plazos los autos y providencias que no pongan fin al procedimiento, de la misma manera las diligencias de ordenación de los letrados de la Administración de Justicia. Y, por otra parte, a parte de las sentencias en primera y segunda instancia, en el caso de que sean recurribles, se duplicaría entiendo el plazo para recurrir también el auto de inadmisión que declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación (art. 80.1 LJCA)".

³⁷ En opinión de MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia,

“quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora”³⁸. Con esta medida, se pretende que la presentación de recursos se produzca de forma escalonada en un plazo más prolongado de tiempo, y no de forma concentrada en escasos días después del levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, evitando el colapso de las plataformas para la presentación de escritos y demandas y facilitando su absorción por el sistema³⁹. Sin embargo, como pone de manifiesto José Vicente Morote, “produce una ralentización en la cumplimentación de los plazos procesales que lleva sólo a una mayor duración de todos estos procesos”⁴⁰.

b.2) *La habilitación de determinados días del mes de agosto a efectos procesales*

Una de las medidas procesales urgentes recogida en el Real Decreto-ley 16/2020 ha sido la habilitación de determinados días del mes de agosto, con el fin de dar continuidad a la actividad judicial durante este mes que, ordinariamente y con carácter general, es inhábil en el ámbito de la Administración de Justicia⁴¹. Efectivamente, de forma excepcional para el año 2020, se declaran urgentes todas las actuaciones procesales y se declaran hábiles los días 11 a 31 del mes de agosto. Se exceptúan de esta previsión

Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.3., “no se alcanza a ver la lógica de que esta ampliación de plazo se aplique a los actos dictados durante el estado de alarma y los 20 días hábiles siguientes y no se aplique a los que se dictaron antes de la declaración y quedaron suspendidos. No se le encuentra la lógica a esta diversidad de criterio”.

³⁸ Artículo 2.2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. En general, sobre los problemas interpretativos que plantea esta medida, *vid.* BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020, apartado II.

³⁹ Así se justifica en el propio Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. En él se afirma que “Asimismo, aunque los plazos procesales han sido suspendidos en los términos que se ha descrito anteriormente, los jueces y magistrados han venido dictando sentencias y otras resoluciones y se ha continuado con su notificación en la medida en que ha sido posible en función de la reducción de actividad del personal al servicio de la Administración de Justicia. Es previsible, en consecuencia, que en los primeros días en que se retome la actividad judicial ordinaria tras el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, se produzca un notorio incremento en el número de recursos presentados frente a dichas resoluciones. Debe garantizarse que la vuelta a la normalidad, una vez se reactiven los plazos y el servicio de notificaciones, no suponga un colapso de las plataformas para presentación de escritos y demandas, y que los juzgados y tribunales puedan dar respuesta a todos ellos, así como que los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia tengan el tiempo necesario para preparar los escritos procesales en aras a proteger el derecho de defensa de sus clientes y representados” (*vid.* el apartado II).

⁴⁰ MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.3.

⁴¹ *Vid.*, con carácter general, el artículo 183 de la LOPJ, que declara inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales; y, específicamente en el ámbito contencioso-administrativo, el artículo 128.2 de la LJCA, con arreglo al cual “Durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil”.

los sábados, domingos y festivos, salvo para aquellas actuaciones judiciales para las que estos días ya sean hábiles conforme a las leyes procesales⁴².

Con esta medida, se pretende recuperar, al menos parcialmente, la actividad procesal que no se pudo realizar durante la vigencia del estado de alarma y, de esta forma, reducir los efectos de la pandemia y contribuir a mitigar, o por lo menos a no incrementar, los retrasos que ya aquejan de ordinario a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴³. De este modo, se contribuye a paliar, aunque en muy pequeña medida, los efectos de la Covid-19⁴⁴. Sin embargo, no han faltado algunas voces críticas que consideran que esta medida se ha adoptado en fraude de ley e incide sobre el derecho al trabajo de los abogados, procuradores, graduados sociales y peritos (art. 35.1 de la CE) y su derecho al descanso (art. 40.2 de la CE)⁴⁵, o que la consideran, además de no justificada por el estado de alarma ni por la Covid-19, “una medida impuesta, ilegal, injusta y notoriamente estéril para alcanzar los objetivos pretendidos con su aprobación (ni siquiera ayuda a alcanzarlos), mientras que sus efectos negativos son graves”⁴⁶.

b.3) *La tramitación preferente de determinados procedimientos*

A las medidas anteriores, se suma la tramitación con preferencia de determinados expedientes y procedimientos, durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020 y hasta el 31 de diciembre de 2020. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, esta tramitación preferente se confiere a “los recursos que se interpongan contra los actos y resoluciones de las Administraciones públicas por los que se deniegue la aplicación de ayudas y medidas previstas legalmente para paliar los efectos

⁴² Vid. el artículo 1 del Real Decreto-ley 16/2020.

⁴³ Sobre las repercusiones en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la habilitación judicial del mes de agosto de 2020, vid. BARRACHINA ANDRÉS, Ana M^a. Habilitación judicial del mes de agosto de 2020 por RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia: especial incidencia en la jurisdicción contencioso-administrativa. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia/ Tribuna, Madrid, n. 9639, 25 de mayo de 2020.

⁴⁴ Como advierte MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV.4.A), “con esta medida no se van a solucionar los problemas y retrasos de una olvidada jurisdicción contencioso-administrativa. Lo va a paliar sólo en una pequeña medida, aunque cualquier avance, no ya para agilizar, sino para no seguir incrementando más retrasos, parece razonable”.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. ¿Reforma de la Justicia por Real Decreto-ley? **Actualidad Administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020, apartado II.1.

⁴⁶ ALONSO DE LEONARDO CONDE, Adolfo. Receta del Ministerio de Justicia para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma: sacrificar la conciliación familiar de los abogados y procuradores habilitando procesalmente el mes de agosto. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, n. 9624, 2020. También se muestra crítico con la habilitación del mes de agosto SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Imposturas normativas y perplejidades jurídicas: Administración de Justicia y Covid-19 (Algunas reflexiones ante el mes de agosto de 2020). **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, n. 9676, 17 de julio de 2020.

económicos de la crisis sanitaria producida por la Covid-19⁴⁷. Todo ello sin perjuicio del carácter preferente que tengan reconocido otros procedimientos de acuerdo con las leyes procesales.

c) *Las medidas organizativas y tecnológicas*

Tanto el Real Decreto-ley 16/2020 como la posterior Ley 3/2020 recogen una serie de medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a afrontar de manera inmediata las consecuencias de la crisis de la Covid-19 sobre la Administración de Justicia⁴⁸.

En cuanto al ámbito organizativo, se prevén medidas relativas a la celebración de actos procesales mediante presencia telemática; la ordenación por parte del órgano judicial, en atención a las características de las salas de vistas, del acceso del público a todas las actuaciones orales; la dispensa de la utilización de togas; la atención al público; la jornada laboral; la creación de unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados de la Covid-19; y la posibilidad de que los Letrados y Letradas de la Administración de Justicia puedan, durante el periodo de prácticas, realizar funciones de sustitución o refuerzo, entre otras medidas⁴⁹.

Desde el punto de vista tecnológico, se modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración⁵⁰, con el fin de facilitar el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, fomentando así el teletrabajo, y también se modifican los sistemas de identificación y firma reconocidos, previendo la utilización de los establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas⁵¹. Asimismo, se establece una obligación general de las Administraciones competentes en materia de justicia ?tanto para el Ministerio de Justicia como para las comunidades autónomas con competencias en la materia? de dotar a todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías de los medios e instrumentos electrónicos y de los sistemas de información necesarios y suficientes para poder

⁴⁷ Arts. 7.1.c) del Real Decreto-ley 16/2020 y 2.1.c) de la Ley 3/2020.

⁴⁸ Sobre estas medidas, *vid.* GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. ¿Reforma de la Justicia por Real Decreto-ley? **Actualidad Administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020, apartado III; y MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020, apartado IV, epígrafes 5, 6 y 7.

⁴⁹ *Vid.* los artículos 19 a 28 del Real Decreto-ley 16/2020 y 14 a 23 de la Ley 3/2020.

⁵⁰ *Vid.* la disposición final 1ª del Real Decreto-ley 16/2020 y disposición final 5ª de la Ley 3/2020.

⁵¹ Como se pone de manifiesto en el Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, “facilitar el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, así como el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a los servicios electrónicos en la Administración de Justicia, implicará que todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías se doten de los medios e instrumentos electrónicos y de los sistemas de información necesarios y suficientes para poder desarrollar su función eficientemente”.

desarrollar su función eficientemente. Estos sistemas serán plenamente accesibles y operativos sin necesidad de que los usuarios se encuentren físicamente en las sedes de sus respectivos órganos, oficinas o fiscalías, con respeto a las políticas internas que garanticen el derecho a la desconexión digital, fomentando así el teletrabajo. A estas medidas, la Ley 3/2020 ha añadido una unificación de la publicación de resoluciones y comunicaciones que, por disposición legal deban fijarse en tablón de anuncios, así como de los actos de comunicación procesal que deban ser objeto de inserción en el Boletín Oficial del Estado, en el de la comunidad autónoma o en el de la provincia respectiva, en el Tablón Edictal Judicial Único ¿previsto en el art. 236 de la LOPJ?, que será publicado electrónicamente por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, acabando con la dispersión en tabloneros de anuncios y distintos boletines oficiales. De este modo, se refuerzan la simplicidad de este trámite y las garantías de las partes.

4. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 SOBRE LOS ASUNTOS QUE LLEGAN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Más allá de las medidas procesales y organizativas derivadas de la crisis sanitaria de la Covid-19 a que acabamos de referirnos, la pandemia también está teniendo una incidencia significativa sobre los asuntos que acceden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que se han visto incrementados por diferentes vías. Por una parte, a resultas de la pandemia esta Jurisdicción está despachando un considerable número de autorizaciones y ratificaciones judiciales de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública ¿recogidas en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LJCA?⁵², en un ámbito donde hasta ese momento los pronunciamientos habían sido muy escasos⁵³. Por otra, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno

⁵² Ténganse en cuenta también que, además del amplio número de procedimientos producidos para la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública, también han ido cayendo, en el ámbito contencioso-administrativo, numerosos pronunciamientos sobre solicitudes de medidas cautelares y medidas cautelares en protección de la salud de los profesionales sanitarios, ante la supuesta inactividad de las Administraciones públicas. Sobre la tutela cautelar durante el estado de alarma, *vid.* FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 380-388.

⁵³ Así lo ponen de manifiesto MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 3 (del mismo autor, *vid.* también La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 LJCA. **Actualidad Administrativa**, n. 5, 2020); y SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. **Diario La Ley**, Sección Doctrina, Madrid, n. 9638, 22 de mayo de 2020, apartado I, quien advierte del cambio significativo que ha supuesto en este ámbito la pandemia de Covid-19, habida cuenta de

durante el estado de alarma y también como consecuencia de las medidas sanitarias adoptadas posteriormente por las autoridades gubernativas para frenar la Covid-19, es muy probable un incremento de la litigiosidad, derivado de la propia crisis sanitaria y del impacto socioeconómico de las medidas implantadas. De ahí que resulte fácilmente previsible una agudización del colapso, ya endémico, que aqueja a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.1. El control de las medidas restrictivas de derechos derivadas de las limitaciones sanitarias impuestas ante rebrotes de la Covid-19: la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias adoptadas por las Administraciones en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública

La función de control de las medidas restrictivas de derechos adoptadas por las autoridades sanitarias ha supuesto un incremento de la actividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habida cuenta de que, por una parte, resulta necesaria la autorización o ratificación judicial de algunas de estas medidas. Por otra, no puede olvidarse que todas las medidas restrictivas de derechos adoptadas por las autoridades competentes para controlar y frenar la Covid-19 pueden ser objeto de control judicial⁵⁴.

Centrándonos en la primera cuestión, que ha sido la más conflictiva, es evidente que la pandemia ha supuesto una revitalización de la autorización o ratificación judicial prevista en el párrafo segundo del artículo 8.6 de la LJCA, que, con anterioridad, había tenido una muy escasa aplicación. Con arreglo a este precepto⁵⁵ de acuerdo con la redacción previa a su reciente reforma mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia?, correspondía a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial “de las medidas que las autoridades

que “desde finales de febrero y con la declaración del estado de alarma, han sido dictados en pocas semanas más pronunciamientos judiciales que responden a la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública, que en los últimos años juntos”.

⁵⁴ Como pone de relieve GAMERO CASADO, Eduardo. Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19. **Almacén de Derecho**, 27 de agosto de 2020, “existiendo un marco legal que legitima las decisiones adoptadas por el Estado y las CCAA en el específico contexto de la legislación sanitaria, es indudable que la posibilidad de que cualquier afectado las impugne ante la jurisdicción contencioso-administrativa es un poderoso instrumento de control que mejora cualitativamente la posición de los ciudadanos, puesto que las medidas que se articulen mediante la declaración del estado de alarma son objeto de un control esencialmente político, en el Congreso de los Diputados; mientras que las medidas a que habilita la legislación sanitaria pueden verse sometidas a un control estrictamente jurídico, de proporcionalidad, por la jurisdicción ordinaria”. Accesible en: <<https://bityli.com/72beoD>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

⁵⁵ El artículo 8 de la LJCA acaba de ser reformado mediante la Disposición final 2ª, apartado uno, de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental". Hasta ahora, como destaca Jesús Mozo, este artículo se había aplicado en supuestos muy concretos y, además, escasos en número⁵⁶. En cambio, el nuevo escenario provocado por la pandemia y la situación de emergencia sanitaria ha desembocado en la aprobación, por parte de las Administraciones públicas competentes, de numerosas medidas urgentes y necesarias para la salud pública⁵⁷, con el fin de contener nuevos brotes y frenar la Covid-19, que implican la privación o restricción de la libertad u otros derechos fundamentales⁵⁸ y que, por tanto, deben someterse a autorización o ratificación judicial⁵⁹. Esto ha desencadenado la aplicación a numerosos supuestos del artículo 8.6, párrafo segundo, de la

⁵⁶ MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 3. Señala este autor que, normalmente, se trataba de supuestos en que "la autoridad sanitaria solicitaba la autorización/ratificación judicial respecto a medidas de contenido sanitario relacionadas con personas concretas que padecían enfermedades infecciosas susceptibles de contagio y que no aceptaban la prescripción médica de ingreso hospitalario o que, producido el ingreso hospitalario o el internamiento en un centro sanitario especial para el tratamiento de ese tipo de enfermedades, no consentían la permanencia en el mismo durante todo el tiempo que exigía el cumplimiento del tratamiento médico respectivo. Esa autorización/ratificación se decidía valorando los informes médicos existentes y, siempre que fuera posible, la posición del sujeto afectado por su aplicación sin que, salvo supuestos muy concretos, se plantearan especiales problemas a la hora de adoptar la correspondiente decisión, que, normalmente y atendiendo a las circunstancias concurrentes, se hacía de manera inmediata".

⁵⁷ Sobre los requisitos que deben tener las medidas sobre las que ha de pronunciarse la autoridad judicial en el marco del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LJCA, *vid.* MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 10-16.

⁵⁸ Con relación a la libertad y los otros derechos fundamentales que tienen que verse afectados por la aplicación de la medida, *vid.* MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 17-18.

⁵⁹ Nótese que la LJCA habla de autorización o ratificación judicial. Con relación a cuándo procede una u otra, MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 16, advierte que "la autorización procederá cuando las medidas han sido adoptadas pero no aplicadas mientras que la ratificación procederá cuando la medida ha sido adoptada y, además, ya ejecutada. Este último supuesto no será el habitual y por ello necesita que la autoridad sanitaria justifique la urgencia y la necesidad no solo de las medidas sino también de su ejecución inmediata antes de que el órgano judicial haya decidido autorizar las mismas". Por otra parte, por lo que respecta a la posición del órgano judicial ante lo solicitado, *vid.* MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 18-19.

LJCA. Sin embargo, la aplicación de este precepto en este nuevo contexto provocado por la pandemia no ha resultado sencilla y ha originado importantes problemas, tanto por la propia parquedad de la regulación y la escasez de jurisprudencia en la materia, como por su inoperatividad para hacer frente a algunos de los supuestos que se han planteado en el contexto actual⁶⁰. En definitiva, son muchas las dificultades con que se están encontrando los órganos judiciales a la hora de aplicar estas medidas y muchos los problemas interpretativos suscitados (entre otros, por ejemplo, determinar claramente qué es lo que debe someterse a la aplicación de la autorización o ratificación judicial, o cómo se proyecta esta autorización o ratificación judicial, inicialmente pensada para casos individuales o individualizables, sobre los actos generales o plúrimos, esto es, aquellos que contienen medidas para proteger la salud pública dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios ¿por ejemplo, los cordones sanitarios y otras medidas restrictivas de la libertad de circulación y de reunión?⁶¹). De ahí que, inevitablemente, se hayan producido abundantes decisiones de órganos jurisdiccionales ¿en muchas ocasiones, dispares? y la aplicación del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LJCA, en el contexto actual, haya derivado en numerosos pronunciamientos judiciales contradictorios⁶². En tanto que algunos Juzgados de lo contencioso-administrativo han ratificado las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias, otros las han suspendido o, incluso, en algunos casos, han determinado que las medidas adoptadas por los gobiernos autonómicos no necesitaban la autorización o ratificación judicial. Es más, algunos órganos jurisdiccionales han ido adoptando resoluciones diferentes en función de la evolución de la pandemia.

Esta situación, además de provocar una importante inseguridad jurídica, ha evidenciado la inidoneidad del marco jurídico existente para afrontar una pandemia como la de la Covid-19. Por ello, recientemente, se ha acometido, a través de la Disposición final 2ª de Ley 3/2020⁶³, una modificación de los artículos 8.6, 10 y 11.1 de la LJCA⁶⁴. A través de esta reforma, se ha procedido a cambiar el reparto de competencias entre los

⁶⁰ Vid. SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. **Diario La Ley**, Sección Doctrina, Madrid, n. 9638, 22 de mayo de 2020, apartado I.

⁶¹ Al respecto, *vid.* SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. **Diario La Ley**, Sección Doctrina, Madrid, n. 9638, 22 de mayo de 2020, *in totum*.

⁶² Vid. SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. **Diario La Ley**, Sección Doctrina, Madrid, n. 9638, 22 de mayo de 2020, en especial, el apartado IV.

⁶³ Esta Disposición final tiene su origen en la enmienda n. 59, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista durante la tramitación del Proyecto de ley en el Senado (*vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n. 77, 8 de septiembre de 2020, p. 67-70).

⁶⁴ Sobre esta reforma *vid.*, desde una perspectiva crítica, GONZÁLEZ LÓPEZ, Arantxa. A propósito de la Disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. La ratificación o autorización judicial de

diferentes órganos que integran la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como determinados aspectos procedimentales. Si, hasta su aprobación y entrada en vigor, la competencia recaía exclusivamente en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, a partir de ahora se reparte entre éstos (competentes para “la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”⁶⁵), las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (competentes para conocer “de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”⁶⁶) y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (competente para conocer, en única instancia, de “la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”⁶⁷).

Sin embargo, como pone de manifiesto José M.^a Baño⁶⁸, la reforma de la LJCA no ha puesto fin a la disparidad y dispersión de criterios que pretendía solucionar, ya que tampoco los Tribunales Superiores de Justicia, ahora competentes para conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias de ámbito autonómico, han adoptado un criterio común, lo que ha abocado a la declaración “mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre” de un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, cuya finalidad, como advierte este autor “ya no es la alteración del normal ejercicio de la distribución de competencias sanitarias entre Estado y CC.AA sino servir de cobertura a las competencias de las CC.AA, como si la LO 3/1986, la Ley General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, no fueran suficientes” y “evitar resoluciones contradictorias de los Tribunales a la hora de ratificar o autorizar preventivamente

medidas sanitarias urgentes. **Web de la Asociación ALEGO-EJALE (Asociación de Letradas y Letrados del Gobierno Vasco)**. Accesible en: <<https://bityli.com/fRXYzP>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

⁶⁵ Vid. la nueva redacción del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LJCA.

⁶⁶ Vid. la nueva redacción del artículo 10.8 de la LJCA.

⁶⁷ Vid. la nueva redacción del artículo 11.1.i) de la LJCA.

⁶⁸ Vid. BAÑO LEÓN, José M.^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/Tg7U4C>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

medidas". Para José M.^a Baño, opinión que suscribimos, el error se halla en la interpretación realizada por el legislador, conforme a la cual las medidas sanitarias generales, que se consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, exigen autorización o ratificación judicial⁶⁹. En efecto, estas medidas no tendrían que haberse sometido a autorización o ratificación judicial, debiendo reservarse este mecanismo únicamente a las medidas de coerción individuales, cuando fuera necesario el uso de la fuerza frente a ciudadanos que no quisieran cumplir una orden, cuando ese incumplimiento implicase un peligro concreto para la salud pública⁷⁰. Como advierte este autor, "No reparó el legislador en que ninguna disposición legal sustantiva impone la ratificación o autorización de medidas de salud pública, y que solo por aplicación directa de la Constitución, las medidas de coerción física exigen esa autorización judicial al no estar prevista en la Ley Orgánica 3/1986, todo ello en consonancia con lo que dispone el artículo 104 de la Ley 39/2015, que exige para la ejecución coercitiva personal la previsión de una ley (art. 17 CE)"⁷¹. Por lo tanto, "ni los jueces ni los tribunales de lo contencioso son competentes para autorizar ni ratificar medidas de policía sanitarias por muy restrictivas de derechos que sean" y ello tanto porque tiene escasa justificación desde el punto de vista de la división de poderes como desde el punto de vista de la defensa de los derechos fundamentales de las personas⁷². En consecuencia, sería conveniente una nueva reforma de la LJCA para reducir la autorización o ratificación judicial a las medidas individuales que impliquen coerción física⁷³.

Por otra parte, a través de la Disposición final 2^a de la Ley 3/2020, se ha añadido a la LJCA un nuevo artículo 122 *quater*, dentro del procedimiento especial para la

⁶⁹ Vid. BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/Tg7U4C>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

⁷⁰ Vid. BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020]. En esta línea, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. Denegación judicial de ratificación de medidas sanitarias y declaración de estado de alarma. **Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)**. Accesible en: <<https://bityli.com/vKH087>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020], p. 2, ha señalado que "la "ratificación" judicial de las referidas *medidas [generales] sanitarias* es de todo punto improcedente, pues supone hacer *participe* al poder judicial del *ejercicio* de la potestad normativa [reglamentaria] que incumbe con carácter exclusivo al poder ejecutivo [o a los distintos poderes ejecutivos]; una participación, en suma, que se traduce en una clara y flagrante conculcación del principio de separación de poderes, consustancial al Estado de Derecho" (la cursiva es del autor).

⁷¹ BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

⁷² Vid. BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

⁷³ Vid. BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

protección de los derechos fundamentales de la persona, en el cual se prevé que, en la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, será parte el Ministerio Fiscal. Asimismo, se determina que esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales.

4.2. La probable avalancha de demandas derivadas de la pandemia

Las medidas adoptadas por el Gobierno durante el estado de alarma, así como las diversas medidas adoptadas por las diferentes autoridades gubernativas para frenar la Covid-19, también son y continuarán siendo causa de numerosos litigios en el ámbito contencioso-administrativo. Como pone de manifiesto el propio CGPJ, es más que previsible el incremento de la litigiosidad derivado de la propia crisis sanitaria y del impacto socioeconómico de las medidas implantadas por el estado de alarma, en los diversos órdenes jurisdiccionales⁷⁴.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los efectos en el aumento de la litigiosidad, como consecuencia de la crisis sanitaria y los numerosos litigios por ella generados, son más que probables⁷⁵, aunque habrá que esperar al próximo año a tener datos de la estadística judicial correspondientes a 2020, para corroborar que efectivamente ha sido así. Como advierte el CGPJ, “buena parte de las medidas adoptadas para combatir el COVID-19 son de índole administrativa y van a repercutir de manera muy notable en la órbita de intereses de ciudadanos y empresas, generando controversias de múltiple índole y, muy probablemente, centenares de miles de procedimientos contencioso-administrativos que, en circunstancias normales, no incrementarían la carga habitual de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa”⁷⁶. En particular, es claramente previsible que las medidas adoptadas por las autoridades gubernativas para combatir la Covid-19 van a tener repercusión, entre otros, en los siguientes

⁷⁴ El CGPJ se refiere específicamente al incremento de la litigiosidad en los siguientes ámbitos: despidos, EREs, ERTes, procedimientos de Seguridad Social, concursos de persona física y jurídica, impagos, desahucios, procedimientos de familia, sanciones impuestas por el confinamiento, entre otros. *Vid.* Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma. *Vid.* p. 1. Documento accesible en <<https://bityli.com/5huYwH>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020].

⁷⁵ Así lo advierte FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 365, que contempla “la previsión de un incremento extraordinario de la litigiosidad derivada de actuaciones ligadas a la pandemia (comisos e incautaciones de material sanitario, ocupaciones temporales, alteración del equilibrio de contratos, adjudicaciones de contratos, resoluciones sancionadoras, otorgamiento de ayudas públicas...)”.

⁷⁶ Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, cit., p. 10.

ámbitos⁷⁷; en materia sancionadora, como consecuencia, por ejemplo, de las sanciones aplicadas por las infracciones administrativas derivadas de las medidas de confinamiento; en materia de personal de las Administraciones públicas, tanto por razón de las medidas adoptadas como por las que posteriormente se adopten para remontar la situación generada por la Covid-19; en materia contractual, como consecuencia de la afección de la declaración del estado de alarma a la ejecución de los contratos del sector público; en materia expropiatoria, a causa de las medidas de requisa y adscripción de medios personales a terceros, que generará conflictos en materia de valoración; en materia de responsabilidad patrimonial, por los daños generados como consecuencia de las distintas acciones u omisiones llevadas a cabo por las Administraciones públicas en la gestión de la crisis sanitaria⁷⁸; o en materia tributaria y de ayudas del sector público, como consecuencia de la situación en la que quedarán particulares y empresas.

4.3. Hacia una intensificación del colapso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

En nuestra opinión, una de las consecuencias claras de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que veremos los próximos meses, es la agudización de la situación de colapso y de retrasos que afecta desde hace muchos años, incluso en situaciones de plena normalidad, a esta Jurisdicción⁷⁹. Y ello es así, por tres razones fundamentales. En primer lugar, es totalmente

⁷⁷ Vid. Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, cit., p. 10-11.

⁷⁸ Como ponen de manifiesto PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel. Presentación del Anuario y Estudio introductorio a la edición de 2019: el impacto de la pandemia de COVID-19. **Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019**, p. 51, se prevén “numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial (...), en las que se puede anticipar que se debatirá sobre la existencia o no de fuerza mayor y si la diligencia de las autoridades fue debida o, por el contrario, se vulneró la buena administración, tanto en cuanto a la disposición de suficientes respiradores, como respecto a la asistencia médica, tardía o con errores de diagnóstico, a los afectados y a las otras personas que esperaban asistencia por otras patologías”. Sobre ello también advierte CHAVES GARCÍA, José Ramón. Tiempo de siembra de reclamaciones de indemnización patrimonial. **Blog de la Justicia.com. El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves**, 28 de septiembre de 2020. Accesible en: <<https://bitly.com/Sk2dHW>> [Última consulta, 30 de septiembre de 2020].

⁷⁹ Según los datos que constan en la estadística judicial, la tasa de resolución (cociente entre los asuntos resueltos y los ingresados en un determinado periodo) en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa fue en 2019 de 0,91 (con una evolución de -9,9% en relación con el año 2018); la tasa de pendencia (cociente entre los asuntos pendientes al final del periodo y los resueltos en dicho periodo), de 0,93 (un 4,4% superior en relación con 2018); y la tasa de congestión (cociente entre la suma de los asuntos ingresados y pendientes al final del periodo y el número de asuntos resueltos en el mismo), de 1,93 (un 2,7% superior al año inmediatamente anterior). Como advierte EGEA DE HARO, Alfonso. II. Datos generales de funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. En DÍEZ SASTRE, Silvia (dir.); MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César (coord.). **Informe sobre la Justicia Administrativa 2020**. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), 2020, p. 43, “este incremento de la pendencia no guarda relación directa con el número de asuntos que se resuelven, que se incrementó respecto a 2018 sino con el incremento significativo de la litigiosidad durante 2019”. En efecto, la tasa de litigiosidad fue en 2019 de 5,3 (un 18,9% superior a la de 2018). Por su parte, el número de asuntos ingresados por magistrado/juez, de 436,7 (un 19,7 % superior

previsible que la paralización de la actividad jurisdiccional durante más de dos meses y medio ¿desde el 14 de marzo hasta el 3 de junio? tenga consecuencias negativas, ya que contribuirá a una mayor acumulación de asuntos y a la lentitud para resolverlos. Inevitablemente, la suspensión generalizada ¿salvo contadas excepciones? de la actividad ordinaria de los jueces y tribunales no ha hecho sino incrementar el número de asuntos pendientes⁸⁰.

En segundo lugar, a incrementar este efecto también contribuye, sin duda, que durante el estado de alarma y sus prórrogas se haya optado por una interrupción de los plazos procesales y no por una suspensión de los mismos. En la medida en que, tras el cese, empiezan a computarse desde el inicio todos los plazos, ello conlleva una ampliación generalizada de los mismos que, muy probablemente, va a traducirse en una mayor acumulación de asuntos y una mayor duración de los ya iniciados con anterioridad a la declaración del estado de alarma.

En tercer lugar, tampoco puede obviarse la litigiosidad extraordinaria, derivada de la propia Covid-19 y de las decisiones gubernativas para afrontarla⁸¹, a la que ya nos hemos referido con anterioridad y que se sumará a la litigiosidad ordinaria, contribuyendo a aumentar el número de pleitos y, por ende, a incrementar la bolsa de asuntos pendientes y a acrecentar los retrasos. Si, además, tenemos en cuenta que la litigiosidad no ha hecho más que crecer desde el año 2017⁸², el panorama no es nada halagüeño.

En estas coordenadas, resulta totalmente previsible y muy probable una mayor acumulación de asuntos y un incremento de los plazos de resolución, que acentuarán el eterno colapso judicial en el ámbito contencioso-administrativo. En definitiva,

a 2018, donde el número era de 364,9); y el número de sentencias por magistrado/juez, también en 2019, fue 233,9 (con un crecimiento del 5,3% en relación con las dictadas en 2018 —222,2—). En cuanto a la duración media estimada de los procedimientos, en 2019, era de 10,4 meses en primera instancia, 9,9 meses en segunda instancia y 9,4 meses ante el Tribunal Supremo, notándose una reducción significativa en relación con los datos de 2018 (-4,2%, en primera instancia —en 2018, la duración media era de 10,9 meses—; -6,7%, en segunda instancia —en 2018, la duración media era de 10,6 meses—; y -31,8% en el Tribunal Supremo —en 2018, la duración media era de 13,8 meses—). Hemos extraído estos datos de la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales correspondiente al año 2019, concretamente, del apartado relativo a “Panorámica de la Justicia”. Documento accesible en: <https://bitly.com/d4u01f> [Última consulta, 21 de septiembre de 2020].

⁸⁰ Vid. BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, 13 de mayo de 2020. Accesible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1198066>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020]. Precisamente, este autor consideraba “imprescindible que vuelvan a la actividad ordinaria los juzgados y tribunales de manera inmediata, para que no siga engordando innecesariamente el número de asuntos pendientes”.

⁸¹ Sobre ello advierte BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, 13 de mayo de 2020. Accesible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1198066>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

⁸² La tasa de litigiosidad ha ido creciendo desde 2017, siendo, en 2017, del 4,2; en 2018, del 4,5 (un 6,5% superior a la del año anterior); y, en 2019, de 5,3 (un 18,9% superior a la de 2018). Vid. la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales correspondiente a los años 2017, 2018 y 2019, concretamente, el apartado relativo a “Panorámica de la Justicia”.

como advierten los responsables del blog “Hay Derecho”, “Después del colapso que ha padecido nuestra Sanidad tras el alud de ingresos por la pandemia, es más que previsible que se produzca algo parecido con la Administración de Justicia, por el alud de demandas de todo tipo derivadas de la pandemia. Y lo mismo que gestionar bien la Sanidad era esencial en Sanidad para salvar al mayor número posible de enfermos, lo mismo exactamente ocurre con la Administración de Justicia. El problema es que el punto de partida es francamente muy malo, como hemos explicado en este blog a lo largo de los años sin que haya cambiado absolutamente nada, por cierto”⁸³. Por ello, será fundamental poner en marcha medidas de reactivación y agilización en este orden jurisdiccional que consigan hacer frente a este problema de un modo efectivo.

5. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REACTIVACIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS EL ESTADO DE ALARMA

Desde la declaración del estado de alarma, se ha puesto de manifiesto la preocupación por su impacto en la Administración de Justicia, especialmente por la paralización que ha supuesto del sistema judicial durante más de dos meses y medio. Esta preocupación se ha agudizado en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ámbito que ya viene padeciendo, desde hace muchos años, un colapso generalizado en situaciones de normalidad, ahora intensificado. Es, por este motivo, que, ya desde los inicios del estado de alarma, viene planteándose, desde diferentes colectivos, la conveniencia de introducir algunas reformas en la normativa reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el fin de hacer frente a esta situación. Desde esta perspectiva, resultan especialmente interesantes las propuestas formuladas por el Consejo General del Poder Judicial, en el marco del documento “Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”⁸⁴, aprobado en la reunión de su Comisión Permanente celebrada el día 2 de abril de 2020 y que constituye la contribución del máximo órgano de gobierno de los jueces al plan de agilización de la actividad judicial previsto en la disposición adicional 19ª del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo⁸⁵. Estas propuestas se han ido materializando en diferentes documentos de trabajo hasta llegar a la aprobación definitiva, por el Pleno de este organismo el 16 de junio de 2020, con 18 votos a favor, dos en blanco y uno

⁸³ “Administración de Justicia: la siguiente trinchera”. **Blog de la Fundación Hay Derecho, Hay Derecho. Por una conciencia cívica**, 27 de abril de 2020. Accesible en <<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/administracion-de-justicia-la-siguiente-trinchera/>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

⁸⁴ Documento accesible en <<https://bitly.com/P67yef>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020].

⁸⁵ CORDÓN MORENO, Faustino Javier. Directrices del CGPJ para un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma: medidas del ámbito jurisdiccional civil. *GA – P, Gómez-Acebo & Pombo*, Análisis, abril de 2020, p. 1 (<<https://bitly.com/s3u2Hd>>) [Última consulta, 7 de septiembre de 2020].

en contra, de un plan de choque para la reactivación tras el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia del coronavirus Covid-19.

5.1. Las propuestas del Consejo General del Poder Judicial

Como hemos advertido, desde un primer momento, el CGPJ, máximo órgano de gobierno de jueces y magistrados, ha manifestado su preocupación por la situación excepcional y sin precedentes que se produciría en el seno de la Administración de Justicia tras el cese de la declaración del estado de alarma y la consiguiente reactivación de la actividad judicial. Por ello, desde el principio, ante la excepcional situación, ha emprendido diferentes acciones para mitigar sus consecuencias en el ámbito de la Administración de Justicia y ha apostado por la elaboración de un plan de choque en este ámbito, con la articulación de medidas de muy distinta naturaleza, con el fin de anticiparse a los efectos negativos sobre los Juzgados y Tribunales y al previsible colapso, derivado de la propia reanudación de la actividad judicial tras el estado de alarma y del más que probable incremento de la litigiosidad derivado de la propia crisis sanitaria y del impacto socioeconómico de las medidas implantadas durante el estado de alarma y con posterioridad al mismo.

Los objetivos de este plan de choque son fundamentalmente tres⁸⁶: evitar una situación de colapso generalizada en la Administración de Justicia; agilizar al máximo la resolución de todos aquellos asuntos cuya demora pueda incidir más negativamente en la recuperación económica y en la atención a los colectivos más vulnerables; y proporcionar a los jueces y magistrados un escenario fiable para la vuelta a la normalidad, con mecanismos que les permitan afrontar con menor dificultad el incremento de cargas de trabajo. Para lograr estos objetivos, el plan ha de basarse en los principios de eficacia⁸⁷, especificidad⁸⁸ y globalidad⁸⁹, teniendo en cuenta la necesidad de diseñarse e implantarse de manera coordinada y con la colaboración de otras instancias, tanto a nivel interno (grupos de trabajo en el seno del CGPJ y en los Tribunales Superiores

⁸⁶ Vid. el documento "Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma", p. 2.

⁸⁷ Ello implica "identificar las medidas que en cada caso vayan a tener un impacto más directo y su implantación pueda ser más rápida" (p. 2 del documento "Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma").

⁸⁸ Con arreglo a este principio, "las medidas a implantar no tienen por qué ser las mismas en todos los órdenes jurisdiccionales" (p. 2 del documento "Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma").

⁸⁹ Este principio implica que "hay que contemplar todo el abanico posible de actuaciones, desde propuestas de reformas procesales que pudieran abordarse mediante Real Decreto-Ley, hasta medidas organizativas de todo tipo (concentración de asuntos, especialización, normas de reparto, etc.), sin olvidar la propuesta de incremento de medios personales o materiales que sean necesarios o el establecimiento de incentivos y/o compensaciones para los miembros de la Carrera Judicial" (p. 2 del documento "Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma").

de Justicia), como a nivel externo (Ministerio de Justicia, comunidades autónomas con competencias y operadores jurídicos), y de incluir una evaluación de impacto de las medidas.

En desarrollo de las “Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma” y con el fin de elaborar este Plan, son varios los documentos que han ido viendo la luz durante estos últimos meses. Inicialmente, el “Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, del cual tomó conocimiento la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión del día 8 de abril de 2020 y que reúne 108 propuestas (de las cuales, 7 de carácter general y 17 en el ámbito contencioso-administrativo)⁹⁰; y, posteriormente, el “Segundo documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”⁹¹, del cual tomó conocimiento la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión del día 7 de mayo de 2020 y que incluye 115 propuestas (de ellas, 7 comunes, de carácter general, y 19 para el orden contencioso-administrativo)⁹².

Más recientemente, tras el debate sobre las propuestas ¿y también sobre las enmiendas presentadas por los vocales a las mismas? que figuraban en los documentos de trabajo anteriores, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado el 16 de junio de 2020, con 18 votos a favor, dos en blanco y uno en contra, el plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma, que, además de recoger los principios y criterios a que deben responder algunas modificaciones normativas en ámbitos concretos, incluye más de 60 medidas organizativas y procesales que quedan dentro de su capacidad de actuación propia y no precisan de modificaciones legales para su aplicación.

Este plan de choque está configurado por cinco bloques diferentes: medidas organizativas y procesales, medidas sobre solución extrajudicial de conflictos, medidas

⁹⁰ Puede verse el amplio análisis realizado de este documento, con especial referencia a las propuestas para agilizar la justicia en el ámbito contencioso-administrativo, realizado por ALONSO DE LEONARDO-CONDE, Adolfo. Medidas propuestas por el CGPJ para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma en el ámbito contencioso-administrativo. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9623, de 29 de abril de 2020; APARICIO, Emilio. Una primera aproximación a las medidas organizativas y procesales para el orden contencioso-administrativo a la vista del primer documento de trabajo del CGPJ. **Almacén de Derecho**, 9 de abril de 2020 <<https://bitly.com/tPmDUw>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020]; y MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020.

⁹¹ Documento accesible en <<https://bitly.com/ZKiaWZ>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020].

⁹² Vid. el análisis de este documento que realiza MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020. Vid. también VELASCO JIMÉNEZ, Cristina. La extensión de efectos y el procedimiento testigo en el plan de choque para la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9682, 27 de julio de 2020.

destinadas a colectivos especialmente vulnerables, medidas tecnológicas y plan de formación específico para la Carrera Judicial.

En cuanto a las medidas organizativas y procesales, las reformas legales a abordar deben responder a los siguientes principios, finalidades y criterios generales: fomento de la agilización procesal y del incremento de la seguridad jurídica; máximo aprovechamiento en la utilización de los medios tecnológicos; mitigación del exceso de litigiosidad; y especial atención a determinados procedimientos, como los de familia, los mercantiles, los laborales sobre protección social, conciliación de la vida familiar y profesional, viabilidad de las empresas y mantenimiento del empleo y los contencioso-administrativos más directamente asociados a los efectos de la declaración del estado de alarma (sanciones, contratos, responsabilidad patrimonial, ayudas públicas...). También se aprueba el impulso de algunas medidas organizativas, tanto de carácter general, como en los ámbitos civil, mercantil, penal, contencioso-administrativo y social. Específicamente, en el orden contencioso-administrativo, sólo se prevé una medida, dirigida exclusivamente a complementar la atribución a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de la materia de nacionalidad⁹³.

Con relación a las medidas sobre solución extrajudicial de conflictos, se recogen los principios, finalidades y criterios generales a que deben responder las propuestas de reforma normativa en este ámbito, para mejorar la respuesta judicial ante las dificultades derivadas de la crisis sanitaria de la Covid-19. Asimismo, se incluye el impulso de la mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos de forma transversal para todos los órdenes jurisdiccionales, así como su inclusión en la estadística judicial, y la potenciación de los mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos; y se recogen medidas específicas en el ámbito civil y mercantil y en familia, en el penal y en el social (no en el contencioso-administrativo).

Respecto de las medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables, aunque el Pleno del CGPJ considera que la mayor parte de las propuestas incluidas no requieren reformas legales, sino actuaciones de otro tipo —de carácter gubernativo, recomendaciones, impulso de buenas prácticas o reforzamiento de medios—, fija una

⁹³ El objetivo de esta medida es “Agilizar la actividad judicial en estos juzgados para esta materia, evitando el reparto de los asuntos entre todos los juzgados. De esta manera, a través de la creación de la UPAD de los Juzgados Centrales de lo contencioso, se tramitarían concentradamente todos los asuntos de esta materia, sin intervención de las oficinas judiciales originarias de los juzgados, dirigidas por el número de LAJs que fueran necesarios y se resolverían por los propios Jueces, organizados como tribunal de instancia, sin relevación de las funciones originarias.

La característica principal de la tramitación y resolución de estos asuntos (que son decenas de miles cada año) es que la intervención judicial es mínima, recayendo todo el peso en la tramitación, siendo muy pocos los asuntos que llegan a sentencia, y los que llegan, obvio es decirlo, suelen tener una mínima complejidad técnico jurídica; por ello serían los propios jueces centrales, organizados como tribunal de instancia, sin relevación de sus funciones, con o sin incentivo, dependiendo del número de resoluciones que tuvieran que dictar, los que podrían atenderlo”. *Vid.* el Anexo Fichas, que acompaña al Plan de choque aprobado por el CGPJ, p. 47 <<https://bityli.com/2obnUy>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020].

serie de principios, finalidades y criterios a seguir en relación con las reformas a abordar en el ámbito de la protección a los colectivos especialmente vulnerables. Además, también aprueba el impulso de algunas medidas generales y de algunas específicas para determinados colectivos vulnerables (en función de la edad; del género; de la discapacidad; y de circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales).

En cuanto a las medidas tecnológicas, no se plantean reformas legales, sino el impuso de una serie de actuaciones para minimizar la carga de trabajo originada en los órganos judiciales como consecuencia de la crisis provocada por la pandemia del Covid-19. Entre otras, la mejora de los medios tecnológicos para facilitar el dictado de sentencias “in voce”, la celebración de comparecencias y vistas virtuales, el tablón de edictos judicial o medios alternativos para el envío de avisos y notificaciones.

Por lo que hace referencia al plan de formación específico para la Carrera Judicial, bloque referido a una actuación de la competencia exclusiva del CGPJ, se anuncia que desde la Escuela Judicial se está trabajando en la elaboración de un programa de formación extraordinaria, con los objetivos de proporcionar a los miembros de la Carrera Judicial instrumentos formativos en las principales materias que surjan tras el levantamiento del estado de alarma y de la situación de pandemia, mejorar la eficacia y calidad de la respuesta judicial ante los nuevos procedimientos que se planteen, ayudar a la unificación de criterios jurídicos ante los nuevos procedimientos que puedan plantearse y permitir que se continúe con el plan de formación a distancia.

5.2. El Plan de actuación aprobado por el Consejo de Ministros para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccional social y contencioso-administrativo y en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil

Además del CGPJ, también el Consejo de Ministros ha adoptado algunas medidas para hacer frente a la litigiosidad, tras quedar sin efecto la declaración del estado de alarma y sus prórrogas. En particular, cabe mencionar la adopción, mediante Acuerdo de 7 de julio de 2020, del plan de actuación de la disposición adicional 19ª del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la Covid-19. Se trata de un plan para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, así como en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil, con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis⁹⁴.

⁹⁴ Véase un resumen del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20200707.aspx#Litigio>> [Última consulta, 7 de septiembre de 2020].

Con este Plan, dotado de más de 50 millones de euros y diseñado para reactivar los órganos jurisdiccionales más afectados por el parón de la actividad judicial provocado por la declaración del estado de alarma, se pretende aliviar la acumulación de litigios producida, con el fin de recuperar la normalidad en estos órganos judiciales, y aportar algunos mecanismos, recursos y soluciones a las necesidades inmediatas de la Administración de Justicia. Entre las medidas contempladas, se recogen medidas de autorrefuerzo en los partidos judiciales con un volumen de trabajo superior al 130% del módulo de entrada determinado por el CGPJ; refuerzos externos para los órganos judiciales que asuman un volumen de trabajo superior al doble del módulo de entrada fijado por el CGPJ, así como para aquellos otros que, sin superarlo, presenten cifras de causas pendientes elevadas; y medidas estructurales, como la creación de 21 nuevos órganos judiciales para absorber y minimizar el impacto del incremento de procedimientos.

El despliegue del Plan se producirá a lo largo de dos fases, que afectarán a un total de 315 juzgados. En la primera fase, entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2020, se prevé que la intervención tendrá lugar en los juzgados con una mayor carga de trabajo. En la segunda, a partir del 1 de enero de 2021, se definirá la extensión de las medidas a aplicar para su desarrollo posterior, a partir de los datos de que disponga el Ministerio de Justicia sobre el volumen de demandas presentadas y su tiempo de resolución.

5.3. Otras medidas proyectadas por el Gobierno

Además, del Plan de choque del CGPJ y del Plan de actuación aprobado por el Consejo de Ministros, no pueden dejar de mencionarse otras medidas proyectadas en el ámbito de la Administración de Justicia y con una clara incidencia en el ámbito contencioso-administrativo, a fin de solventar o, por los menos paliar, algunos de los problemas que la aquejan. En primer lugar, cabe mencionar el Plan Justicia 2030, elaborado por el Ministerio de Justicia y que deberá ser aprobado próximamente por el Consejo de Ministros, con la finalidad de marcar la hoja de ruta y el programa con el que se pretende transformar el servicio de justicia en un horizonte de diez años, para promover una mayor eficiencia de este servicio público, consolidar los derechos y garantías de los ciudadanos y garantizar el acceso a la justicia en todo el territorio. Este Plan se estructura en tres ejes estratégicos: “Acceso a la justicia. Consolidación de garantías y derechos”; “promoción de la eficiencia operativa del servicio público de la justicia”, con el objetivo de avanzar hacia un servicio público de calidad sin dilaciones indebidas y evitar la saturación judicial; y “transformación digital, incrementando la cohesión y coordinación territorial”. Se pretende, en definitiva, con su implementación, garantizar la agilidad y calidad del servicio, un servicio seriamente afectado por los problemas derivados de la Covid-19.

En segundo lugar, resulta de referencia obligada el Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias, sometido a consulta pública previa el pasado mes de junio⁹⁵, que “con la modificación de diversas normas troncales del ordenamiento jurídico procesal, pretende solucionar un catálogo de disfunciones observadas estos últimos años y que, previsiblemente, se verán incrementadas como consecuencia de la situación económica y social que ha generado y que va a generar la pandemia del coronavirus en España”⁹⁶. Se trata de adaptar las estructuras de la Administración de Justicia para ofrecer un servicio público eficiente y justo a los ciudadanos y ello obligará a revisar las leyes de procedimiento que rigen los trámites en cada uno de los órdenes jurisdiccionales y, por tanto, también la LJCA, con el fin de implantar medidas de agilización y eficiencia en la tramitación de los pleitos. En este sentido, el Anteproyecto de Ley se centrará en reformas que “tienen como nexo común afrontar el problema de la ralentización de los procedimientos desde varias perspectivas”⁹⁷. Todo ello con el fin de conseguir tres objetivos principales: el desarrollo de sistemas de solución de diferencias, mediante el impulso de la mediación en todas sus formas, el fortalecimiento del arbitraje con un nuevo modelo y la introducción de otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado; la agilización de los procesos judiciales, la mejora de su eficacia y la implantación de medidas que permitan al actual sistema de la Administración de Justicia atender en tiempo razonable y útil la tutela judicial que demandan los ciudadanos, sin pérdida ni renuncia a los principios esenciales de inmediación, oralidad y garantías que entroncan de modo directo con la tutela efectiva de los jueces y tribunales; y la implementación de medidas para la transformación digital del servicio público de justicia.

En tercer lugar, cabe destacar la intención del Gobierno de avanzar en la implantación de mecanismos de solución amistosa de controversias, especialmente oportunos en el momento actual, para mejorar la capacidad de respuesta de la justicia ante las consecuencias derivadas de la pandemia de la Covid-19 y el previsible aumento de la litigiosidad⁹⁸ y también para complementar el actual sistema de recursos, que presenta importantes restricciones y limitaciones⁹⁹. Este compromiso se ha reflejado en

⁹⁵ Este Anteproyecto de Ley se sometió a consulta pública previa el pasado 8 de junio de 2020, habiendo finalizado el plazo para la presentación de aportaciones el 23 de junio de 2020.

⁹⁶ Vid. el documento sometido a consulta pública previa, p. 3. Accesible en <<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>> [Última consulta, 7 de septiembre de 2020].

⁹⁷ Vid. el documento sometido a consulta pública previa, p. 3.

⁹⁸ Nótese que el Plan Justicia 2030 también incluye, dentro del eje de “Acceso a la justicia. Consolidación de garantías y derechos”, los servicios alternativos de resolución de controversias. En particular, se pretende promover este tipo de servicios para contribuir a disminuir la litigiosidad y articular un sistema paralelo y complementario a la jurisdicción que ofrezca a la ciudadanía otra vía para la resolución de sus diferencias.

⁹⁹ Vid. al respecto CASADO CASADO, Lucía. **Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; y GIFREU FONT, Judith (dir.). **Litigación administrativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

la aprobación, en la reunión del Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019, del Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación¹⁰⁰, que pretende la implantación definitiva de la mediación como figura complementaria de la Administración de Justicia para la resolución extrajudicial de conflictos en los ámbitos civil y mercantil de una forma más ágil y con un menor coste económico y personal para las partes, al tiempo que se descongestiona la carga de trabajo de los juzgados y se acortan los tiempos de respuesta de la Justicia; en el sometimiento, el pasado mes de junio, a consulta pública previa del Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias, al que ya nos hemos referido y que pretende agilizar los procesos judiciales, mejorar su eficacia e implantar medidas que permitan al actual sistema de Administración de Justicia atender en tiempo razonable y útil la tutela judicial que demandan los ciudadanos y potenciar la capacidad negociadora de las partes, mediante el impulso de la mediación, el fortalecimiento del arbitraje y la introducción de otros mecanismos; y en el anuncio, también el pasado mes de junio, por parte del Ministro de Justicia de un futuro desarrollo normativo de la mediación en el ámbito contencioso-administrativo.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis realizado en las páginas precedentes pone de manifiesto la fuerte incidencia que ha tenido la pandemia de la Covid-19 sobre la Administración de Justicia y, en particular, sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin duda, la suspensión de los plazos procesales, unida al incremento extraordinario de la litigiosidad derivada de la pandemia, ha contribuido a acentuar el colapso que ya viene padeciendo esta jurisdicción y, muy probablemente, a aumentar los retrasos en la tramitación de los procedimientos contencioso-administrativos. Ahora bien, la acumulación y el retraso en la tramitación y resolución de los litigios no tiene su causa principal ni en la Covid-19 ni en la declaración del estado de alarma declarado para hacerle frente, sino que es un mal crónico que atenaza a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde hace mucho tiempo.

Efectivamente, los problemas que aquejan a este orden jurisdiccional entre ellos, una alta tasa de litigiosidad, elevadas tasas de pendencia y congestión, y una duración media estimada de los procedimientos muy elevada, con retrasos considerables no han sido provocados por la pandemia, sino que ya vienen de lejos, si bien se han visto intensificados como consecuencia de la misma. Son muchos los problemas y las carencias de que adolece este orden jurisdiccional y que vienen arrastrándose

¹⁰⁰ Vid. el comentario de este Anteproyecto de Ley que realiza SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María. Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2019, p. 1-13.

desde hace años. Por este motivo, es imprescindible acometer algunas reformas que mejoren la situación actual, agravada por la pandemia, y que den respuesta a algunos de los principales retos que se plantean en este ámbito. Sin duda, las soluciones deben pasar, en primer lugar, por una adecuada innovación tecnológica y digitalización¹⁰¹, sin imponer barreras o restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰². De haber estado plenamente implementadas, hubieran permitido la continuidad de la actividad jurisdiccional durante el estado de alarma¹⁰³. Es fundamental que la plena digitalización se incorpore a la Administración de Justicia y alcance al sistema jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin duda, debe haber una Administración de justicia electrónica, donde el expediente judicial electrónico esté plenamente implantado, sin merma de las garantías del justiciable. Para culminar este proceso de digitalización de la Administración de Justicia será necesario hacer frente a la existencia de grandes dificultades, entre las que Román García-Varela señala la necesidad de una inversión acorde al despliegue tecnológico que se pretende; la resistencia al cambio de los agentes implicados; la necesidad de una formación adecuada de los destinatarios, que constituye un elemento básico; así como la necesaria actualización continua de conocimientos y normativa para implementar de forma adecuada los beneficios de la rápida evolución tecnológica en la justicia¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sobre la innovación tecnológica en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *vid.*, por todos, GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta. Innovación tecnológica y Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 205, 2020, p. 97-124; GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.). **Modernización digital e innovación en la administración de justicia**. Cizur Menor: Aranzadi, 2019; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. La e-justicia contencioso-administrativa después de la Instrucción 1/2018 del CGPJ. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 51, 2019, p. 1-40.

¹⁰² Al respecto, *vid.* GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta. Capítulo II. Derecho a la tutela judicial efectiva, justicia abierta e innovación tecnológica. En GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.). **Modernización digital e innovación en la administración de justicia**. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 37-61.

¹⁰³ En opinión de GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales en estado de alarma. **Actualidad administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020, apartado III, la única medida que de manera definitiva y para siempre solucionaría el colapso de la Administración de Justicia es el uso de la inteligencia artificial. En su opinión “se hace imprescindible que el Consejo General del Poder Judicial lidere un proyecto, del que participen el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y los Colegios Profesionales, para dotar de una verdadera plataforma digital uniforme a todos los órganos judiciales del territorio español”, ya que “En la actualidad lo que los órganos judiciales tienen es un programa que digitaliza escritos. Los Juzgados y Tribunales de España no tienen una plataforma informática que utilice la inteligencia artificial que genere resoluciones judiciales siguiendo el esquema procesal dibujado por las propias leyes procesales. Los procedimientos no están íntegramente informatizados”. Sobre la necesidad de implantación de tecnología de inteligencia artificial para hacer más ágiles y eficaces los procesos y servicios de la Administración de Justicia también se pronuncia GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román. El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Madrid, n. 9731, 9 de noviembre de 2020, apartado VI.

¹⁰⁴ GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román. El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Madrid, n. 9731, 9 de noviembre de 2020, apartado III.

En segundo lugar, también es esencial reforzar los órganos judiciales en esta Jurisdicción, con plantillas correctamente dimensionadas y con medios suficientes, de modo que pueda hacerse frente al volumen de asuntos pendientes y a los nuevos que vayan entrando en un tiempo razonable¹⁰⁵. Dotar de más medios personales y materiales a esta Jurisdicción es una medida del todo crucial, aunque no se nos ocultan las dificultades para hacerla efectiva en un contexto de crisis económica como el actual.

En tercer lugar, resulta imprescindible adoptar medidas que puedan lograr una agilización y un impulso de la actividad jurisdiccional. Desde esta perspectiva, podrían acometerse algunas modificaciones con el fin de agilizar los procedimientos tanto el ordinario como el abreviado en el orden contencioso-administrativo, tales como la simplificación de trámites procesales, la reducción de determinados plazos, la eliminación de trámites innecesarios e ineficaces... También podrían impulsarse medidas que facilitasen la agregación de litigios, a través, por ejemplo, de la introducción de incentivos a la acumulación de pleitos; o la mejora y ampliación del ámbito de aplicación de las técnicas del pleito testigo y la extensión de efectos de las sentencias para evitar la tramitación innecesaria de pleitos cuyo resultado final ya se conoce de antemano y resulta incontrovertible. Asimismo, sería conveniente la adopción de medidas que favorezcan la efectividad de la ejecución de las sentencias.

Por último, también debiera apostarse por la mediación y otros sistemas alternativos y/o complementarios de resolución de conflictos, que pueden contribuir a reducir la litigiosidad ante los órganos judiciales. En nuestra opinión, se impone un nuevo enfoque en la concepción y la resolución de los conflictos jurídico-administrativos que contribuya a solucionar las disfunciones del actual modelo de justicia administrativa. El recurso a fórmulas alternativas de solución de conflictos y, en particular, de la mediación administrativa, constituye una imperiosa necesidad para prevenir y resolver con eficacia controversias en el ámbito del Derecho administrativo. Es más, tras la pandemia de la Covid-19, constituye una exigencia ineludible para resolver eficazmente conflictos jurídico-administrativos, tanto en vía administrativa como en el ámbito contencioso-administrativo, y agilizar la justicia¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Imposturas normativas y perplejidades jurídicas: Administración de Justicia y Covid-19 (Algunas reflexiones ante el mes de agosto de 2020). **Diario La Ley**, n. 9676, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, 17 de julio de 2020, apartado IV.

¹⁰⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* los interesantes trabajos de AVILÉS NAVARRO, María. La mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en España. **Revista Acta Judicial**, n. 6, 2020, p. 24-47; y BELANDO GARÍN, Beatriz. La mediación intrajudicial contencioso-administrativa frente al colapso de la justicia. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 207, 2020, p. 173-190. *Vid.*, asimismo, MEDEIROS TOLEDO, André; RIBEIRO SANTIAGO, Mariana. Instrumentos alternativos de solução de conflitos como medidas de sustentabilidade, calcadas na solidariedade social. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 10, n. 1, p. 52-72, jan./abr. 2019; y PERLINGEIRO, Gabriel. The possibilities of consensual resolution of judicial conflicts with the Public Administration. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, vol. 18, n. 72, 2018, p. 31-50.

7. REFERENCIAS

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. Denegación judicial de ratificación de medidas sanitarias y declaración de estado de alarma. **Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)**. Accesible en: <<https://bityli.com/vKH087>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

ALONSO DE LEONARDO CONDE, Adolfo. Receta del Ministerio de Justicia para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma: sacrificar la conciliación familiar de los abogados y procuradores habilitando procesalmente el mes de agosto. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, n. 9624, de 27 de abril de 2020.

ALONSO DE LEONARDO CONDE, Adolfo. Medidas propuestas por el CGPJ para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma en el ámbito contencioso-administrativo. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9623, de 29 de abril de 2020.

APARICIO, Emilio. Una primera aproximación a las medidas organizativas y procesales para el orden contencioso-administrativo a la vista del primer documento de trabajo del CGPJ. **Almacén de Derecho**, 9 de abril de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/tPmDUw>> [Última consulta, 10 de septiembre de 2020].

AVILÉS NAVARRO, María. La mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en España. **Revista Acta Judicial**, n. 6, 2020, p. 24-47.

BANACLOCHE PALAO, Julio. El cómputo de los plazos procesales como consecuencia del Estado de Alarma derivado del Covid-19. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9641, 27 de mayo de 2020.

BAÑO LEÓN, José M^a. Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. **Almacén de Derecho**, 29 de octubre de 2020. Accesible en: <<https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>> [Última consulta, 2 de noviembre de 2020].

BAÑO LEÓN, José M^a. ¿Por qué debe alzarse la suspensión de plazos procesales y administrativos, aunque continúe el estado de alarma? **La Administración al Día**, INAP, Madrid, 13 de mayo de 2020. Accesible en: <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1198066>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

BARRACHINA ANDRÉS, Ana M^a. Habilitación judicial del mes de agosto de 2020 por RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia: especial incidencia en la jurisdicción contencioso-administrativa. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia/ Tribuna, Madrid, n. 9639, 25 de mayo de 2020.

BELANDO GARÍN, Beatriz. La mediación intrajudicial contencioso-administrativa frente al colapso de la justicia. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 207, 2020, p. 173-190.

CASADO CASADO, Lucía. **Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CASTILLO ARJONA, Mónica. El fenómeno de la COVID-19 y sus efectos sociales en el derecho administrativo del siglo XXI. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 173-187, ene./jun. 2021.

CATALINA BENAVENTE, M^a Ángeles. Consecuencias del Covid-19 en los procesos penales en Alemania: modificación de los plazos de suspensión de los juicios orales (1). **Diario La Ley**, Madrid, n. 9627, 15 de abril de 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. De nuevo, sobre los plazos procesales ante el Covid-19: «*errare humanum est, sed perseverare diabolicum*». **Diario La Ley**, Sección Tribuna, Madrid, n. 9650, 10 de junio de 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Los plazos administrativos y procesales ante el COVID-19: ¿suspensión o interrupción?, *¿error iuris o lapsus linguae?* **El Notario del Siglo XXI**, n. 90, 2020, p. 46-49.

CHAVES GARCÍA, José Ramón. Tiempo de siembra de reclamaciones de indemnización patrimonial. **Blog delaJusticia.com. El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves**, 28 de septiembre de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/Sk2dHW>> [Última consulta, 30 de septiembre de 2020].

CHAVES GARCÍA, José Ramón. Plazos suspendidos para iniciar procesos contencioso-administrativos: ¿reanudación o reapertura? **Blog delaJusticia.com. El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves**, 28 de mayo de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/DFAMkK>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

CORDÓN MORENO, Faustino Javier. Directrices del CGPJ para un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma: medidas del ámbito jurisdiccional civil. *G A – P, Gómez-Acebo&Pombo*, Análisis, abril de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/s3u2Hd>> [Última consulta, 7 de septiembre de 2020].

DÍEZ SASTRE, Silvia (dir.); MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César (coord.). **Informe sobre la Justicia Administrativa 2020**. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), 2020.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. Public administration's challenges in order to guarantee the fundamental right of personal data protection in the post-COVID-19 era. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 167-191, ene./jun. 2020.

EGEA DE HARO, Alfonso. II. Datos generales de funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. En DÍEZ SASTRE, Silvia (dir.); MARTÍNEZ SÁNCHEZ, César (coord.). **Informe sobre la Justicia Administrativa 2020**. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), 2020, p. 33-62.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. La justicia administrativa durante el estado de alarma. En BLANQUER CRIADO, David (coord.). **COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 325-398.

GAMERO CASADO, Eduardo. Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19. **Almacén de Derecho**, 27 de agosto de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/72beoD>> [Última consulta, 14 de septiembre de 2020].

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román. El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, Madrid, n. 9731, 9 de noviembre de 2020.

GIFREU FONT, Judith (dir.). **Litigación administrativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. El lío del plazo del recurso contencioso-administrativo. **Es de Justicia. Blog de Derecho Administrativo y Urbanismo**, 23 de julio de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/hC0HjL>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. La suspensión de plazos administrativos por la crisis de la Covid-19. **Es de Justicia. Blog de Derecho Administrativo y Urbanismo**, 18 de marzo de 2020. Accesible en: <<https://bityli.com/SPvf1g>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta. Innovación tecnológica y Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 205, 2020, p. 97-124.

GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta. Capítulo II. Derecho a la tutela judicial efectiva, justicia abierta e innovación tecnológica. En GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.). **Modernización digital e innovación en la administración de justicia**. Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 37-61.

GÓMEZ MANRESA, M^a. Fuensanta; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.). **Modernización digital e innovación en la administración de justicia**. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Serviços públicos digitais de seguridade social na pandemia de COVID-19: eficiência e inclusão. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 207-226, jul./dic. 2020.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. ¿Reforma de la Justicia por Real Decreto-ley? **Actualidad Administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales en estado de alarma. **Actualidad Administrativa**, n. 6, 1 de junio de 2020.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, Sandra. Suspensión de plazos procesales: la interrupción del normal funcionamiento del Poder Judicial durante el Estado de Alarma. **Diario La Ley**, Madrid, n. 9614, 16 de abril de 2020.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Arantxa. A propósito de la Disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. La ratificación o autorización judicial de medidas sanitarias

urgentes. **Web de la Asociación ALEGO-EJALE (Asociación de Letradas y Letrados del Gobierno Vasco)**. Accesible en: <<https://bityli.com/fRXYzP>> [Última consulta, 23 de septiembre de 2020].

BÁÑEZ GARCÍA, Isaac. ¿Por qué sigue el parón judicial durante el estado de alarma prorrogado? (Un colapso anunciado). **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, n. 9631, 13 de mayo de 2020.

MAGRO SERVET, Vicente. La suspensión de los plazos procesales y de prescripción y caducidad de acciones y derechos a raíz del estado de alarma por la pandemia del coronavirus. **Revista de Jurisprudencia El Derecho**, n. 1, 15 de abril de 2020.

MEDEIROS TOLEDO, André; RIBEIRO SANTIAGO, Mariana. Instrumentos alternativos de solução de conflitos como medidas de sustentabilidade, calcadas na solidariedade social. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 10, n. 1, p. 52-72, jan./abr. 2019.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente. La afección a la jurisdicción contencioso-administrativa de las medidas adoptadas en la lucha contra el COVID-19. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9654, 16 de junio de 2020.

MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Boletín Digital Contencioso, Publicaciones AJFV**, Serie: Boletines Jurídicos (Especial Covid-19. Reflexiones sobre la Covid-19 desde lo contencioso-administrativo), 2020, p. 2-30.

MOZO AMO, Jesús. La ratificación judicial de las medidas adoptadas por la Administración en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública: el párrafo segundo del artículo 8.6 LJCA. **Actualidad Administrativa**, n. 5, 2020.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, Fernando. La suspensión de los plazos procesales y administrativos durante el estado de alarma. **Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, n. Extra 21 (Ejemplar dedicado a: Análisis jurídico derivado del estado de alarma por la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19), 2020, p. 343-378.

PAZ MACIAS, Jenssy Carolina. Vulnerabilidad administrativa del Estado hondureño en situaciones de emergencia con la habilitación de las contrataciones directas durante la pandemia del COVID-19. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 193-205, ene./jun. 2020.

PERLINGEIRO, Gabriel. The possibilities of consensual resolution of judicial conflicts with the Public Administration. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, vol. 18, n. 72, 2018, p. 31-50.

PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel. Presentación del Anuario y Estudio introductorio a la edición de 2019: el impacto de la pandemia de COVID-19. **Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019**, Barcelona-Madrid, 2020, p. 17-55.

SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María. Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho**, n. 3, 2019, p. 1-13.

SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19. **Diario La Ley**, Sección Doctrina, Madrid, n. 9638, 22 de mayo de 2020.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Imposturas normativas y perplejidades jurídicas: Administración de Justicia y Covid-19 (Algunas reflexiones ante el mes de agosto de 2020). **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Madrid, n. 9676, 17 de julio de 2020.

SÁNCHEZ DIAZ, Maria Fernanda; ROMERO TELLO, Ana Guadalupe. COVID-19, Derechos Humanos y Estado frente a manejo de la Pandemia. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 233-254, ene./jun. 2021.

SANZ LÓPEZ, Jesús. ¿Para cuándo la interrupción de los plazos procesales en virtud de la declaración del Estado de Alarma? **Diario La Ley**, Sección Tribuna, Madrid, n. 9615, 17 de abril de 2020.

VARGAS VEGARA, Erick E.; MONGE MORALES, Gonzalo J. La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto? **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 21-36, ene./jun. 2019.

VELASCO JIMÉNEZ, Cristina. La extensión de efectos y el procedimiento testigo en el plan de choque para la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma. **Diario La Ley**, Sección Plan de Choque de la Justicia, Tribuna, Madrid, n. 9682, 27 de julio de 2020.



Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad

Pro persona: grounds and meaning of the legal primacy of humanity

HUGO SAÚL RAMÍREZ ^{1,*}

¹Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)

hugo.ramirez@up.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0001-9116-1341>

Recebido/Received: 26.07.2020 / July 26th, 2020

Aprovado/Approved: 20.12.2020 / December 20th, 2020

Resumen

Con el reconocimiento de los derechos humanos, el Estado de derecho adquiere el compromiso de orientar la praxis que legitima su existencia hacia la protección de los intereses fundamentales de todo ser humano. El principio pro persona es un elemento relevante en esta nueva faceta histórica del Estado de derecho, pues su aplicación tiene el potencial de encaminar la práctica jurídica hacia coordenadas que giran en torno a valores sustantivos. Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión central que se pretende comprender en este artículo apunta hacia el sentido y alcance del principio pro persona partiendo de la siguiente pregunta: ¿dónde se localiza la justificación radical y objetiva de su validez?

Palabras clave: Derechos humanos; principio pro persona; teoría de la justicia; racionalidad jurídica; antropología filosófica.

Abstract

With the recognition of human rights, the rule of law is committed to guide the practice that legitimizes its existence towards the protection of the fundamental interests of every human being. The pro person principle is a prominent piece in this new historical stage of the rule of law, since its application has the potential to lead legal practice towards the achievement of substantive values. Considering the above, the central issue that this article seeks to understand points to the meaning and scope of the pro persona principle based on the following question: where is the radical and objective justification of its validity?

Keywords: Human rights; pro personae principle; theory of justice; legal rationality; philosophical anthropology.

Como citar esse artigo/How to cite this article: RAMÍREZ, Hugo Saúl. Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 387-405, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.75450.

* Profesor de la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México). Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, nivel 1. Profesor visitante en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad de Valencia. E-mail: hugo.ramirez@up.edu.mx.

SUMARIO

1. Introducción; 2. El principio pro persona: notas básicas; 3. Tres lecturas a propósito del fundamento y sentido del principio pro persona; 4. Una concepción de la justicia basada en los derechos humanos: contexto de alcance y aplicación para el principio pro persona; 5. Conclusiones; 6. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué resulta del encuentro entre la práctica del Estado de Derecho y la práctica de los derechos humanos? Una noción lo expresa sintéticamente: la constitucionalización de la persona¹. Esta expresión describe el profundo cambio que experimenta el Estado de derecho cuando adquiere el compromiso de orientar la *praxis* que legitima su existencia hacia la protección del ser humano: la persona constitucionalizada se convierte en el *leitmotiv* de lo jurídico, de lo público, etcétera. Este artículo ahonda en las implicaciones de este proceso de transformación del Estado de derecho enfocándose en el principio pro persona (en algunos contextos se denomina principio pro homine). En su formulación más simple el principio pro persona señala que ante la hipótesis de concurrencia de normas en un caso donde este implicada la adjudicación de un derecho humano, debe preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado la producción del estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión.

El conocimiento sobre el sentido de este principio es crucial porque su aplicación tiene el potencial de encaminar la práctica jurídica hacia cumplimiento cabal de los intereses fundamentales de todo ser humano. Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión central de este artículo apunta hacia el sentido del principio pro persona partiendo de la siguiente pregunta: ¿en dónde se localiza la justificación radical y objetiva de su validez? Contando con una respuesta sólidamente argumentada a esta cuestión, estaremos en mejores condiciones para comprender la posición de este principio, junto con otros como el de universalidad, progresividad, indivisibilidad, en el contexto de las tendencias con las que se pone de manifiesto una concepción o teoría de la justicia basada en los derechos humanos.

Con lo anterior en mente, el artículo se estructura en tres secciones. Comenzaré con algunas notas descriptivas del principio pro persona, con el afán de ubicar el modelo de adjudicación de derechos que impulsa su aplicación (apartado II). Describiré tres aproximaciones teóricas al principio pro persona que han intentado revelar su fundamento y su papel en el marco del discurso y la práctica contemporáneos de los derechos humanos (apartado III). Finalizaré exponiendo los elementos básicos de una teoría de la justicia centrada en los derechos humanos como el contexto en el que adquiere pleno sentido el alcance y la aplicación del principio pro persona (apartado IV).

¹ SPAEMANN, Robert. **Persons. The Difference Between 'Someone' and 'Something'**. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 206.

2. EL PRINCIPIO PRO PERSONA: NOTAS BÁSICAS

Comenzaré identificando un par de situaciones concretas en las que el principio pro persona tiene aplicación práctica: (a) Por un lado la preferencia normativa² donde, ante un escenario de concurrencia de normas, se establece como deber la selección de la más favorable, o bien la menos restrictiva, para el goce efectivo de los derechos. (b) Por su parte, en la denominada preferencia hermenéutica³, ante varias interpretaciones posibles que dan como resultado la identificación de significados, contenidos y alcances múltiples para una determinada norma relativa a los derechos humanos, se establece el mandato para que el operador jurídico elija la alternativa más favorable para el titular del derecho en cuestión.

Como puede observarse, con su aplicación práctica el principio pro persona introduce una interpretación de la norma positiva orientada al bien, admitiendo que el lenguaje con el que ha sido formulada no siempre será lo suficientemente adecuado, o lo suficientemente claro para actualizarlo. Frente a esta realidad, corresponde al intérprete y aplicador ordenar las posibilidades y elegir la mejor opción.

Dicho lo anterior coincido con aquellos autores que han identificado en las denominadas cláusulas de favorabilidad un antecedente jurídico del principio pro persona⁴, aunque es necesario aclarar que las supera. Las cláusulas de favorabilidad son pautas que sugieren un sentido en la interpretación de ciertas normas, considerando el hecho de que su aplicación no puede ser ajena a la situación fáctica en la que se encuentran sus destinatarios; situación que por la naturaleza del lenguaje jurídico, puede escapar al redactor de la ley. Así, con fundamento en una atención más profunda y concentrada sobre la realidad, la cláusula de favorabilidad busca proteger a la parte más débil o vulnerable en una relación jurídica ante la posibilidad de causarle un mal o que deje de aprovechar un bien, dada su situación de desventaja. Son ejemplos típicos de cláusulas de favorabilidad las pautas *in dubio pro reo*; *favor libertatis*; *in dubio pro operario*, etcétera.

El principio pro persona, a semejanza de las cláusulas de favorabilidad, pretende la realización de un bien salvaguardado en una norma autorizando el ajuste de su aplicación a las peculiaridades específicas de la realidad implicada en el caso concreto; pero la supera porque no requiere para su aplicación que necesariamente se acredite la desventaja de alguien. Así, en tanto criterio de racionalidad, el principio pro persona legitima que la aplicación estricta de tal norma ceda espacio para tener en cuenta los

² CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional**, México, núm. 20, p. 65-83, 2009. p. 71.

³ CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional**, México, núm. 20, p. 65-83, 2009. p. 72.

⁴ NOGUEIRA, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 76.

escenarios donde se actualiza el mayor bien para el titular del derecho. El principio pro persona y las cláusulas de favorabilidad en todo caso están conectadas por su igual vocación hacia la *epiqueya*, ya que operan gracias a la distinción de los casos que superan la literalidad del discurso legal.

Por otro lado resulta importante señalar que varios instrumentos internacionales en la materia de derechos humanos han incorporado directrices que tienen como efecto la adopción del principio pro persona con el propósito de generar una salvaguarda efectiva y garantía mínima para tales derechos⁵. Ejemplos emblemáticos pueden encontrarse tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, dentro de ambos instrumentos se establecen salvaguardas e incluso prohibiciones dirigidas a inhibir actos que tengan como resultado tanto la eliminación o anulación de cualquiera de los derechos y libertades en ellos reconocidos. Gracias a estas cláusulas los Estados parte admiten que un bien sustantivo justifica la vigencia y eficacia de la norma convencional, de tal manera que las interpretaciones o aplicaciones que tengan como consecuencia la vulneración de tal bien, deben tenerse como no jurídicas.

Por supuesto vale la pena apuntar que uno de los rasgos más destacados del principio pro persona es su formulación y desarrollo en sede judicial. En este sentido, si bien el principio pro persona ha sido incorporado en documentos jurídico-positivos como el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶, su formulación conceptual y más originario empleo como criterio hermenéutico vinculante en materia de derechos humanos se localiza en la opinión separada dentro de la Opinión consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, desahogada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y postulada por el Juez Rodolfo Piza Escalante. En esa oportunidad fue reconocida la existencia de un criterio fundamental y vinculante de interpretación para las normas que recogen derechos humanos, derivado de su propia naturaleza. Así, cuando tales normas sean aplicadas se debe optar por el resultado hermenéutico más extenso, cuando se trata de definir las condiciones jurídicas de su goce; y por la conclusión normativa más restringida cuando el caso implica la limitación de su ejercicio.

Esta pieza jurídica postula una tesis de gran calado, a saber: si el derecho de los derechos humanos es una manifestación normativa del respeto que exige la persona

⁵ NIKKEN, Pedro, **La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo**. Madrid: Civitas, 1987. p. 84.

⁶ El referido artículo establece textualmente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

con fundamento en su dignidad, entonces su sentido práctico apunta hacia una racionalidad de máximos, y no de mínimos. De tal forma que el imperativo eje de esta matriz de racionalidad práctica obliga al mayor respeto posible para la persona, de forma incondicional, así como a buscar el incremento permanente del desarrollo y bienestar para el titular de los derechos humanos.

En un contexto que culturalmente renuncia al bien como insumo primario de racionalidad, la comprensión adecuada del principio pro persona se torna difícil; más todavía cuando se insiste en que lo jurídico se define como la moral de mínimos por antonomasia⁷. Por lo anterior vale la pena ahondar en el sentido del principio pro persona, es decir, en las razones sobre las que se fundamenta validez, lo cual será el objetivo de las reflexiones que a continuación se exponen.

3. TRES LECTURAS A PROPÓSITO DEL FUNDAMENTO Y SENTIDO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA

A la pregunta acerca de la finalidad que justifica la validez del principio pro persona se han propuesto varias respuestas. Cada una pondrá peculiar énfasis en algún aspecto que revela aquello que podemos esperar por su cumplimiento: la dotación de orden al tráfico jurídico complejo que acompaña al reconocimiento de los derechos humanos; el control sustantivo del poder; la realización óptima de los intereses fundamentales del ser humano. Veamos cada una de estas alternativas con mayor detalle.

3.1. Pro persona y problemas lógicos del tráfico jurídico en materia de derechos humanos

Comenzaré con una perspectiva para la que el fenómeno de la pluralidad de fuentes que alimentan al derecho de los derechos humanos, es el causante que justifica la validez del principio pro persona. Dicho con otros términos, la necesidad de su aplicación está en la búsqueda de criterios que faciliten, en el marco de un proceso de adjudicación, la elección de normas o de sus posibles interpretaciones, ante el problema de la pluralidad de fuentes a la que está expuesto el operador jurídico cuando tiene ante sí una cuestión relativa a los derechos humanos.

Para ahondar un poco más en este enfoque, acudo a la opinión que al respecto ha postulado Mónica Pinto. En un artículo de su autoría titulado “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, explica que tal principio ha sido la respuesta a un sinnúmero de problemas provocados por

⁷ Ejemplo elocuente de lo anterior se encuentra en el pensamiento de Herbert Hart, quien sostiene que las coincidencias deónticas entre derecho y moral no se manifiestan como prestaciones activas, sino en prohibiciones. HART, Herbert. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. p. 240.

la aplicación del derecho de los derechos humanos el cual, a lo largo de las últimas décadas, se ha construido por normas internacionales bajo la forma de declaraciones, o de resoluciones de organismos internacionales, o de tratados con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados, etc., y por normas internas o locales, que, en más de una ocasión, se superponen en el tratamiento de cuestiones que presentan aspectos análogos⁸.

Es decir, el principio pro persona tiene como función primigenia la de dotar de orden al creciente tráfico jurídico en materia de derechos humanos, garantizando la coherencia formal de un sistema que, por el origen peculiar y estructura interna de sus normas, puede manifestar problemas de carácter lógico.

Así, según este enfoque, el principio pro persona es una norma de integración que, desde un punto de vista teleológico, garantizaría la seguridad jurídica en las operaciones de adjudicación de derechos humanos.

A mi juicio esta aproximación al sentido del principio pro persona revela un aspecto relevante, mismo que se centra en el énfasis con el que admite la presencia de una rica comunicación normativa que se da entre el derecho local o interno y el derecho internacional, a fin de resolver problemas de adjudicación de derechos humanos. Con ello abre la puerta al reconocimiento de la presencia de un solo derecho por razón de sus objetivos o fines (monismo jurídico), y no de dos sistemas normativos diversos y separados en razón de los peculiares criterios formales que dotan de validez a las normas que los componen (dualismo jurídico).

No obstante lo anterior, me parece que la mayor desventaja de esta línea de interpretación sobre el principio pro persona radica en su alta dependencia respecto de la formulación positiva del mismo. En efecto, si el principio pro persona comparte la misma finalidad de otras pautas con las que se resuelven casos de concurso de normas, entonces compartiría similares cuestionamientos en torno a su validez, ya que su capacidad para resolver casos de concurso de normas reposaría, fundamentalmente, en que así han sido establecidos por una norma positiva. Como explica Ricardo Caracciolo: respecto de principios como ley superior deroga inferior cabe preguntarse: ¿cuáles serían las razones que justifican la aceptación de esos principios y no otros, incluyendo los que podrían resultar de su inversión? Ante la ausencia de una respuesta satisfactoria que permita identificar que en todos los casos similares la ley jerárquicamente superior es auténticamente preferible a la inferior, se sigue que si estas pautas no se encuentran normativamente formuladas en el sistema, no existe ninguna razón para que el conflicto no se solucione de otra manera⁹.

⁸ PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In ABREGU, Martín, (coord.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997. p. 163.

⁹ CARACCILO, Ricardo. **La noción de sistema en la teoría del derecho**. México: Fontamara, 1999. p. 22.

De esta forma, para tal perspectiva la validez del principio pro persona se encuentra supeditada a su positivación; luego los derechos humanos, por sí mismos, no generan la exigencia de interpretación normativa orientada a dotar de mayores bienes en favor de su titular. En consecuencia, si el principio pro persona no se encuentra recogido en una norma positiva, se mantendrían los criterios estrictamente formales para la solución de problemas de concurrencia de normas en materia de derechos humanos.

Más aún, llevando al extremo esta postura podría resultar que si no hay normas concurrentes, esto es, una más protectora y otra menos protectora de un derecho humano, no hay aplicación del principio pro persona. O sea, si acaso nos encontramos con una norma que brinda una pobre protección de los derechos, que no puede ser contrastada con otra, el principio no opera y, por lo tanto, no se logra el propósito de optimizar el bien inherente a aquellos.

3.2. El principio pro persona como medio de control del poder

Según el enfoque que sostienen autores como Fernando Silva García, la aplicación del principio pro persona pretende un objetivo de carácter político, ya que se trata de una norma integrada al sistema público del control del poder. Su principal cometido es garantizar que la democracia sustantiva prevalezca en caso de conflicto frente a la democracia formal¹⁰ tal y como se pretende con otros mecanismos, como es el caso de una cláusula de intangibilidad.

El marco teórico y filosófico de esta lectura política del principio que nos ocupa es el garantismo jurídico. A continuación reconstruyo algunas de sus principales tesis para comprender mejor qué significa que el principio pro persona sea una herramienta para controlar el poder.

El garantismo jurídico se arraiga en una convicción acerca del ejercicio del poder según la cual hay que esperar de él siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar¹¹. Con este punto de partida lo jurídico es descrito como un sistema normativo que establece límites al poder, concretamente: un *sistema artificial de garantías*. Dentro del sistema artificial de garantías los derechos fundamentales tienen un papel protagónico pues representan la traducción técnico-jurídica de una decisión política con la cual se imponen límites al ejercicio del poder tanto en el espacio público como en el privado, aprovechando la forma universal, inalienable, indisponible y constitucional para tutelar aquello que se ha considerado, políticamente, como fundamental¹².

¹⁰ SILVA, Fernando y SÁMANO, José. Principio pro homine vs restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo? *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México, núm. 37, p. 235-268, 2014. p. 246-47.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia*, n. 16/17, p. 61-69, 1992. p. 62.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley de más débil*. Madrid: Trotta, 2001. p. 51.

Si las instituciones jurídicas tienen una vocación marcadamente política, entonces la judicatura está vinculada al cumplimiento del objetivo general de control del poder; concretamente a través de la aplicación de la norma constitucional donde, sabemos, se alojan los derechos fundamentales¹³. Para lograr tal cometido, la función judicial cuenta con diversos mecanismos como, por ejemplo, la independencia respecto de otros poderes a los que debe controlar. Precisamente dentro de tal conjunto de realidades con las que la judicatura controla al poder y custodia las decisiones fundamentales de la democracia sustancial, se encuentra el principio pro persona. Empleando la nomenclatura afín al garantismo jurídico, nuestro principio formaría parte del entramado institucional con el que se configuran las denominadas garantías secundarias que, como puede recordarse, mantienen una función subsidiaria respecto de las garantías primarias (que incumben al legislador y la producción de normas generales), operando sólo en caso de insuficiencia o incumplimiento en aquellas.

Si bien no comparto la desconfianza radical y sistemática que caracteriza al garantismo respecto del ejercicio del poder, creo que representa un acierto definir claramente sus límites para evitar y contrarrestar situaciones de arbitrariedad: el derecho juega un papel fundamental en esta tarea, como tendremos ocasión de ver posteriormente. No obstante lo anterior esta perspectiva manifiesta importantes debilidades cuando sostiene que aquello que debemos esperar de la aplicación del principio pro persona es un eficiente ejercicio de control del poder, sobre todo porque se obstaculiza la capacidad de humanización de lo jurídico a la que, en mi opinión, está llamado el principio pro persona.

Lo afirmado se acredita cuando consideramos que, bajo la óptica del garantismo, el principio pro persona gira en la órbita de racionalidad de los derechos fundamentales, y su alcance está condicionado por lo que tales derechos significan realmente. Recordemos que los derechos fundamentales son derechos subjetivos (con contenidos prestacionales o de inmunidad), cuyo alcance dependerá del *status* de persona adscrito a un sujeto por mediación de una norma positiva¹⁴.

De lo anterior se sigue que el principio pro persona sólo es relevante para salvaguardar el contenido de una decisión política que ha tomado la forma de una norma positiva; ésta, a pesar de ser constitucional, no deja de ser contingente ya que su fundamento reposa en un consenso que siempre puede mudar. En este punto, el garantismo y su visión del principio pro persona no logran separarse de la tesis kelseniana que describe al escepticismo filosófico y al relativismo ético como condiciones de posibilidad de la democracia, reducida a regla de la mayoría. En palabras de Hans Kelsen: "sólo si no existe el bien absoluto puede justificarse el legislar: el determinar los contenidos del

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción** México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010. p. 26.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley de más débil**. Madrid: Trotta, 2001. p. 37.

ordenamiento jurídico, no ya según lo objetivamente mejor para los individuos, sino según lo que estos individuos, en su mayoría por lo menos, creen, con razón o sin ella, qué es lo mejor”¹⁵.

Bajo esta perspectiva la puesta en práctica del principio pro persona poco tiene que ver con la búsqueda y actualización de la verdad ontológica sobre bien humano, y en consecuencia se torna indiferente respecto del *quid ius* por la subordinación que tiene respecto de la positividad de la norma, como formalización de la voluntad. Una pregunta ayuda a comprender este punto. ¿Si el principio pro persona no estuviese positivamente estipulado en la norma, por ejemplo en una constitución, sería una garantía, o sería jurídicamente estéril? Para el garantismo la respuesta es: no es una garantía, y por tanto es jurídicamente estéril. Adicionalmente, la lectura garantista compromete la capacidad incluyente del principio pro persona, ya que la universalidad de los derechos fundamentales se equipara a la generalidad de la norma jurídica: es decir, ligado a los derechos fundamentales, el principio pro persona sólo opera a favor de aquellos sujetos a los que el legislador, a través de la norma jurídica positiva, les atribuye el estatus de persona y titular de los derechos¹⁶.

3.3. Pro persona: primacía jurídica de la humanidad

Hasta ahora hemos hecho un recorrido puntual por dos lecturas acerca de la finalidad del principio pro persona. Ambas, a mi juicio, inadvierten aquello que realmente le dota de sentido; y ello a causa de las premisas con las cuales emprenden sus respectivos ejercicios hermenéuticos. Resultados diferentes se pueden obtener si tales premisas son sustituidas por otras de matriz antropológica. Es lo que haré a continuación apoyándome en el pensamiento de Jesús Ballesteros. Quisiera comenzar con una afirmación postulada por el Profesor Ballesteros en *Sobre el sentido del Derecho*: “la antropología filosófica, el conocimiento de los caracteres existenciales del ser del hombre, constituye el punto de partida necesario para la pregunta acerca del sentido o sinsentido del derecho en la vida”¹⁷.

¹⁵ Kelsen, Hans. ¿Qué es justicia? Barcelona: Planeta- De Agostini, 1993. p. 123.

¹⁶ En la actualidad, y como consecuencia del amplio influjo que ha tenido la revisión del concepto persona (el denominado personismo) sobre la producción normativa y la interpretación jurídica, no faltan ejemplos de exclusión sobre individuos de la especie humana que no son considerados personas y por tanto negada su carácter de titulares de los derechos humanos, en razón de la construcción lingüística de una ley, o bien en razón de su interpretación; considero un ejemplo de lo anterior la sentencia que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos al conocido como Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Un recuento sobre el debate que ha suscitado la revisión del concepto persona y sus efectos prácticos se encuentra en: BURGOS, Juan. Persona versus ser humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate. *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 3, septiembre-diciembre, p. 433-447, 2008.

¹⁷ BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, Tecnos, 2001. p. 123.

En estas líneas queda claramente asentada la que considero como la ruta adecuada para dar respuesta a la cuestión clave de la filosofía del derecho, a saber: cuál es la causa radical de su existencia y, en consecuencia, cuál es la fuente de justificación última de validez para las normas que lo integran.

Así se nos advierte que la viabilidad misma de la reflexión filosófica sobre el derecho depende de esta asociación, ya que las tesis parciales y reduccionistas cometen el error epistemológico de obviar los datos que singularizan al ser humano en el momento de pensar la génesis del derecho.

Asentada la importancia que tiene el dato antropológico para la filosofía jurídica, en la reflexión de Jesús Ballesteros ese dato sería el de la alteridad. Es decir, la existencia realmente humana se manifiesta ahí donde el sujeto experimenta la alteridad. Es decir, cuando recibe ayuda y asistencia de otros para lograr el propio florecimiento, así como cuando actúa siendo consciente de la relevancia de sus actos en la existencia de sus semejantes; en definitiva, apertura existencial a la realidad¹⁸. Dicho con otras palabras, la alteridad significa que la existencia del ser humano es condición de posibilidad del bien para otros seres humanos: esta es la raíz antropológica de la interdependencia y la complementariedad y, claro, la justicia¹⁹.

El siguiente paso es saber cómo se explica la presencia del derecho en la existencia humana, atendiendo a la tesis antropológica previamente expuesta. La clave que nos ofrece el Profesor Ballesteros está en el reconocimiento de que la apertura existencial a la alteridad, como verdad del ser humano, no es un dato teórico, sino que es un motivo radical para la acción. De esta manera el derecho justifica su existencia, y encuentra la causa de validez última de las normas que lo componen cuando motiva autoritativamente (con las garantías de la coactividad) la realización de conductas con las que se respeta, incondicionalmente, al otro. Con otros términos la existencia de lo jurídico se justifica si contribuye a cerrar la brecha entre el plano ontológico del existir humano, y su concreción óntica, o si se prefiere histórica, mediante actos libres de respeto y cuidado de los semejantes²⁰.

¹⁸ Las tesis antropológicas del Profesor Ballesteros están inspiradas en las reflexiones de Heidegger para quien existir, estar presente: *Dasein*, consiste en *Ex-sistenz*: estar no en sí, sino en el ser.

¹⁹ A semejantes tesis ha llegado Alasdair MacIntyre cuando afirma: "El cuidado de los demás desempeña un papel fundamental para mantener la vida en común (...). El ser humano puede desestimar este hecho o puede ocultárselo a sí mismo, imaginándose como una persona lockeana o una mente cartesiana o incluso como un alma platónica; pero también, tiene la posibilidad de entender su identidad (dependiente) a través del tiempo, desde la concepción hasta la muerte, y entender con ello su necesidad de contar con el cuidado de otras personas en diferentes etapas de la vida pasada y futura. Es decir, sabe que ha recibido atención y cuidado, y sabe que se espera que a su vez preste esos cuidados de vez en cuando; y sabe que habiéndose ocupado de cuidar a otros, tendrá necesidad, también de vez en cuando, de que los demás le cuiden". MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes**. Barcelona: Paidós, 2001. p. 100-01.

²⁰ El núcleo del fin del derecho, de su practicidad, se formula según nuestro autor como: "el respeto universal al otro, la vieja idea de *humanitas*, que reaparece en Kant: la exigencia de tratar al otro siempre como fin

Esto vale para la experiencia jurídica como un todo; y con mayor razón para la directamente asociada a los derechos humanos. En efecto, una justicia con base en la alteridad es más intensa debido al carácter universal de aquellos. Como todos sabemos la universalidad de los derechos se predica principalmente respecto de la titularidad: todos los seres humanos son titulares de todos los derechos. Aquí el Profesor Ballesteros da un paso más y propone la noción de “conciencia de universalidad”: se trata de una realidad moral basada en el reconocimiento de la paridad ontológica entre el yo y el otro, en pos de la fidelidad de las acciones en cuanto que son relevantes para alcanzar el bien humano²¹.

Tal interpretación de la universalidad, como conciencia moral radical, nos muestra a los derechos como realidades mancomunadas. Con ellos se integra y robustece una tupida red de reciprocidades, cuyo objeto es el respeto y la concreción del bien, de tal manera que la fuerza de los derechos dependerá de la fuerza de esta red. Siendo plenamente consciente de todo esto, el profesor Ballesteros advierte, de manera constante, acerca de los peligros que acechan a esta *moral genuina*, y nos invita a reconocer que lo jurídico debe asumir aquí una importante función: la de auxiliar al ser humano a mantener lealmente una fidelidad duradera respecto al hecho de ser condición de posibilidad del bien de otros²².

Haciendo acopio de ideas, contamos con mejores claves para comprender la justificación de la existencia y aplicación del principio pro persona el cual, recordemos brevemente, establece el mandato de elegir la norma o su interpretación que tenga como resultado la producción de un estado de cosas más favorable para el titular de un derecho humano.

En primer lugar, la aplicación del principio pro persona representa un interesante episodio de rehabilitación de la razón práctica, ya que genera un fuerte incentivo para incrementar el conocimiento sobre el bien humano, y la mejor manera de orientar la conducta hacia su obtención. Es decir, el principio pro persona no podría ser imperativo si antes y al mismo tiempo no estuviese cognoscitivamente abierto al ser. Dicho con Carlos Massini, “no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva (...); de aquello que el hombre es y de las concretas circunstancias en las que debe poner su acto libre y racional”²³.

y nunca como medio, (lo cual se concreta): en la exclusión de la discriminación (...), y de la violencia, en sus diversas formas”. BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 128.

²¹ BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 111.

²² BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 131.

²³ MASSINI, Carlos. **La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984. p. 182.

Por otro lado, el mandato del principio pro persona fomenta la concreción de la universalidad de los derechos en cuanto a la intensidad del respeto a la dignidad de la persona. Lo hace admitiendo que el discurso normativo es imperfecto y no agota las formas en las que puede realizarse el bien humano. También lo hace exigiendo al operador jurídico encargado de aplicar la norma de derechos humanos que, en cada caso, ponga suficiente atención en las específicas situaciones vitales que manifiesta su titular. Con ello, el principio pro persona puede resultar de gran relevancia para el desarrollo del denominado por la Profesora Encarnación Fernández como “proceso de especificación de los derechos humanos”: conectando las exigencias abstractas de respeto, con las situaciones particulares de las personas que pueden requerir un tratamiento especial²⁴.

Finalmente, en su significado antropológico más profundo, el principio pro persona también nos llama a ser fieles y leales en el esfuerzo por abrir la cotidiana tópica jurídica, en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano. Esto puede ser traducido en la defensa permanente de la titularidad universal de los derechos humanos ante las interpretaciones que facilitan su estrechamiento sólo a aquellos sujetos que cumplen con determinadas condiciones; ese sería el caso de considerar a los derechos sólo como el resultado de decisiones políticas, por más fundamentales que sean. Frente a esto, el Profesor Ballesteros ha insistido en distinguir entre el ser y el tener cuando se trata de derivar consecuencias prácticas desde la dignidad humana: “el ser humano existe antes de poseer los indicadores humanos o propiedades (conciencia, capaz de sufrimiento, autonomía), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por tanto no son notas universales”²⁵. Apoyados en esta tesis es posible afirmar que una de las primeras aplicaciones del principio pro persona será la de dirigir toda interpretación de normas en materia de derechos humanos a evitar cualquier restricción del conjunto de sus titulares, y en cambio incluir primero a los más indigentes, dependientes, vulnerables y desnudos.

4. UNA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS: CONTEXTO DE ALCANCE Y APLICACIÓN PARA EL PRINCIPIO PRO PERSONA

La última etapa de mi reflexión se dedica a mostrar los elementos básicos de una concepción de la justicia donde los derechos humanos, considerados como una práctica coherente, validan parámetros de racionalidad práctica (y consecuentemente de racionalidad jurídica); y en esa medida, revelan el contexto de alcance y sentido para el principio pro persona.

²⁴ FERNÁNDEZ, Encarnación. **Igualdad y derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2003. p. 51.

²⁵ BALLESTEROS, Jesús. **Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos**. Valencia: Real Academia de Cultura Valencia, 1999. p. 24.

Una concepción o teoría de la justicia busca resolver cuestiones relativas a cómo deberían tratarse los individuos entre sí; a cómo deberían distribuirse los bienes que se obtienen y conservan gracias al esfuerzo de los miembros de la sociedad; a cómo debería configurarse el contenido de las normas vinculantes en esa misma sociedad. Comencemos en un nivel conceptual: justicia expresa el criterio de valoración más alto respecto de la corrección de conductas y normas dentro del plano intersubjetivo de compensación y distribución de bienes. "Quien afirma que algo es justo, afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado, justificado mediante razones"²⁶. Justicia es, entonces, el atributo predicable a las conductas y normas cuya realización y validez, respectivamente, está justificada-fundamentada en su corrección.

¿Qué hace realmente a una conducta o a una norma justas-correctas? Las concepciones de lo justo se distinguen unas de otras por las características que proponen para aquello que merece ser juzgado como correcto, así como el camino para llegar a tal conclusión. La concepción de lo justo basada en los derechos humanos gira en torno a un axioma que establece lo siguiente: por el hecho de ser y como condición necesaria para realizarse *qua* seres humanos, todos los individuos de la especie humana son titulares de un conjunto de bienes, prerrogativas e inmunidades que representan sus intereses fundamentales, imposterables e incondicionados²⁷.

A partir de este axioma se sigue: (i) que la existencia de un sistema de normas positivas está justificada para garantizar el respeto y disfrute de los bienes, prerrogativas e inmunidades inherentes a los derechos; (ii) que las normas son justas y por lo tanto coactivamente vinculantes si y sólo si su cumplimiento protege y promueve los intereses fundamentales de todos los seres humanos; (iii) que el criterio de corrección y justicia para los actos distributivos y correctivos coincide con el grado de respeto, protección y promoción de los intereses fundamentales de todos los seres humanos.

La realización del axioma de los derechos humanos y sus implicaciones prácticas impulsa tendencias que dan forma a la *praxis* jurídica contemporánea, tanto a nivel nacional como internacional. Desde mi punto de vista esas tendencias son: (a) la ampliación del contexto de juridicidad de una conducta: del nexo con la ley a la relación entre personas; (b) la consolidación del imperativo por eliminar situaciones de discriminación; (c) la integración de la matriz de racionalidad de lo jurídico con la matriz de racionalidad de los intereses humanos fundamentales; (d) la superación de los obstáculos que inhiban la realización de los intereses humanos fundamentales; (e) el cumplimiento de la promesa moral de los derechos humanos. Analicemos a continuación cada una de estas tendencias.

²⁶ ALEXY, Robert. Justicia como corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, p. 161-171, 2002. p. 163.

²⁷ HIERRO, Liborio. *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 53.

(a) Respecto de la primera tendencia arriba anunciada puede observarse que, en razón de los derechos humanos, el propósito del cumplimiento de un amplio sector de deberes jurídicos adquiere una renovada claridad. Efectivamente, desde que los derechos humanos son reconocidos e institucionalizados conviven obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento logra un objetivo (pensemos en el objetivo de establecer el horario comercial en una ciudad), y obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento realiza un fin: la realización plena de cada ser humano. El deber vinculado a un derecho humano, explica Ernest Tugendhat²⁸, deviene una obligación en el sentido originario del término: por virtud de tal obligación el responsable de su cumplimiento se encuentra unido o ligado al bien del titular del derecho. A este tipo de vínculo Habermas lo denomina *relación moral*. Aquí una persona vinculada a otra se pregunta lo que le debe prescindiendo completamente de cuál sea la relación social en que se encuentra respecto a ella, de cuál pueda ser su comportamiento o lo que de ella pueda esperar²⁹.

Con los derechos humanos nos situamos ante una forma de justicia cualificada por el valor inconmensurable de su titular. Esto debe llevarnos a considerar que el incumplimiento de una obligación basada en normas ordinarias puede ser compensado, mientras que el incumplimiento de una obligación vinculada a un derecho humano provoca un daño que en no pocas ocasiones puede ser irremediable.

(b) La segunda tendencia impulsada por la concepción de la justicia fundada en los derechos humanos propaga, con una intensidad sin precedente histórico, el deber de trato igual para todos. Hoy es un principio moral indisputado la proscripción de las discriminaciones primarias, es decir, aquellas que niegan el igual valor de todo ser humano. Por otro lado, y con el mismo propósito inclusivo, se autorizan las distinciones secundarias; es decir, aquellas que suponen una distribución desigual de bienes justificada por el mismo respeto hacia todos. En ambos casos queda claro que la dignidad humana está presente en cada ser humano concreto, de tal forma que resulta un imperativo actualizar la universalidad de los derechos atendiendo a la pluralidad de modos en que se manifiesta el *ser* del ser humano³⁰.

(c) Durante un dilatado periodo de tiempo las tesis de Hobbes sobre la justicia como legalidad fueron hegemónicas en el diseño y realización de lo jurídico. Recordemos que en la perspectiva hobbesiana de la justicia tiene primacía la positividad de las leyes. Lo justo se predica de un acto que se ajusta a lo prescrito en la ley, pero ésta no es ni justa ni injusta. Se trata de la conocida como *no-rights thesis* donde lo jurídico, en su afán de certeza, no compromete su validez con contenidos sustantivos, como

²⁸ TUGENDHAT, Ernest. **Justicia y Derechos humanos**. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1993. p. 15

²⁹ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of Human rights. In CORRADETTI, Claudio, (ed.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Heidelberg: Springer, 2012, p. 77.

³⁰ FERNÁNDEZ, Encarnación. **Igualdad y derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 2003. p. 49.

los derechos humanos, de tal manera que puede ser completamente válido-vinculante-coactivo aún cuando legalice la esclavitud u otras formas graves de vulneración de la dignidad humana³¹.

La tendencia emergente es diametralmente opuesta y ha implicado una reinterpretación de la certeza jurídica. Claro ejemplo de esto se encuentra en las reflexiones de Aulis Aarnio³² sobre el razonamiento jurídico. Antes de los derechos el valor de tal certeza jurídica reposaba únicamente en la posibilidad de anticipación sobre la base de una práctica previsible. De acuerdo con esta formulación, certeza jurídica es el antídoto contra la arbitrariedad de la discrecionalidad. A partir de la incorporación de los derechos humanos en la práctica jurídica cotidiana la certeza del derecho ya no descansa exclusivamente en la forma, sino que abraza dos elementos: un razonamiento jurídico no arbitrario que concreta el principio de legalidad y la obtención de un bien sustantivo que es provisto por los derechos humanos. Con esto las prioridades del Estado de derecho se enfocan en garantizar la calidad de vida y, coherentemente con ello, proteger al más débil en cualquier relación social³³.

(d) En abril de 1966 Theodor Adorno abre la célebre conferencia *La educación después de Auschwitz* con la siguiente tesis: "La exigencia de que Auschwitz no se repita es la primera de todas en la educación. Hasta tal punto precede a cualquier otra que no creo deber ni poder fundamentarla". Estas palabras sintetizan la cuarta tendencia sobre la que quisiera reflexionar: la superación de los obstáculos que impidan el respeto y la realización de los intereses fundamentales inherentes a los derechos humanos. Se trata del propósito civilizatorio que resulta de haber reconocido los derechos y que se traduce en la lucha permanente contra la injusticia para concretar la justicia. Con palabras de Luis Villoro: "la injusticia es una carencia experimentada de valor objetivo; de esa experiencia puede partir la proyección, basada en razones, de una situación posible en que se daría ese valor"³⁴.

Entre los obstáculos que se levantan contra los derechos humanos hay uno que, desde mi punto de vista, resulta particularmente pernicioso: su trivialización moral. Por trivialidad moral entiendo la pérdida de capacidad de los derechos para transformar positivamente a las sociedades donde se han reconocido, e incluso la pérdida de capacidad para mantener el ritmo de reconocimiento global que hasta ahora han desarrollado. Uno de los fenómenos que la propicia es la incapacidad para distinguir entre

³¹ FOX-DECENT, Evan. Is the Rule of Law really indifferent to Human rights? *Law and Philosophy*, vol. 27, p. 533-581, 2008. p. 533.

³² AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 8, p. 23-38, 1990. p. 25.

³³ AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 8, p. 23-38, 1990. p. 26.

³⁴ VILLORO, Luis. Sobre el principio de injusticia: la exclusión. *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, n. 22, p. 103-142, 2000. p. 105.

auténticos e inauténticos derechos; entre reivindicaciones que se asientan verdaderamente en intereses humanos fundamentales y las que no. Como lo explica John Tasioulas: “Para evitar que los derechos humanos sean víctimas de su propia popularidad se requiere de una forma organizada, conforme a principios, para distinguir a los derechos verdaderos de la supuesta avalancha de derechos falsos”³⁵.

Por razones de espacio este no es lugar para ahondar en esta cuestión. Sin embargo, vale la pena tener conciencia del problema para superarlo oportunamente. Mientras tanto adelanto que una estrategia para realizar la distinción entre derechos auténticos e inauténticos se sitúa en el contexto de su adjudicación. Como sabemos, la adjudicación es contexto de emergencia de colisión entre derechos. En efecto, éstos “son en cierta medida exclusivos, pues cada uno exige la excelencia en la garantía de un bien; son plurales pues son muchos los bienes a garantizar; pero, simultáneamente, no pueden ser tutelados unos en detrimento de otros”³⁶. Admitiendo lo anterior, en el momento de su adjudicación los derechos demuestran su autenticidad si son compatibles con el ejercicio de otros derechos. O con términos de Isabel Trujillo: los derechos son jurídicamente razonables y por tanto verdaderos cuando *no excluyen* a otros derechos ni a otros principios jurídicos³⁷. Esto es crucial para la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos: simple y llanamente tal compatibilidad es la garantía radical para el ejercicio de los derechos de todos, y por tanto del imperativo de trato igual. Los supuestos derechos que se manifiestan incompatibles con el ejercicio de otros derechos no son razonables, por lo que realmente son falsos derechos o no-derechos. En síntesis, los derechos humanos auténticos son aquellos que tutelan intereses fundamentales sin cancelar otros intereses fundamentales; de ello puede derivarse un principio: ningún derecho humano debe ser absolutamente sacrificado en favor del apoyo o promoción de otro derecho humano³⁸.

(e) De capital importancia para la concepción de la justicia basada en los derechos humanos es la tendencia que apunta al cumplimiento de su promesa moral³⁹. Consiste en realizar, con el mayor grado de perfección posible, el sustrato normativo

³⁵ TASIOLAS, John. La realidad moral de los derechos humanos. *Anuario de Derechos humanos*, n. 4, p. 41-67, 2011. p. 41.

³⁶ TRUJILLO, Isabel. Derechos y falsos derechos: Derechos razonables y no razonables. *Persona y Derecho*, n. 52, p. 219-236, 2005. p. 230.

³⁷ TRUJILLO, Isabel. Derechos y falsos derechos: Derechos razonables y no razonables. *Persona y Derecho*, n. 52, p. 219-236, 2005. p. 231. Debemos aclarar que, en el contexto de este argumento, excluir no significa limitar. La exclusión sería una eliminación absoluta de las posibilidades de ejercicio de un derecho. La limitación de un derecho, por su parte, modera su ejercicio contando con razones que de forma solvente así lo justifican. La resolución razonable o de compatibilidad de controversias en las que se ven involucrados derechos humanos buscaría la limitación fundamentada cuando el caso lo amerite.

³⁸ TRUJILLO, Isabel, y VIOLA, Francesco. **What Human Rights are not (or not only). A negative path to human rights practice**. Nueva York: Nova Publishers, 2014. p. 13.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of Human rights. In CORRADETTI, Claudio, (ed.). *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 63-80. p. 80.

de la igual dignidad de cada ser humano y de los bienes que atañen a sus intereses fundamentales. El principio pro persona se encuentra directamente asociado a esta tendencia porque exige al aplicador de la norma la extracción continuada del contenido normativo adecuado, para lograr el estado de cosas donde el titular aproveche el bien inherente de cada derecho en forma óptima. En una resolución donde se aplica el principio pro persona se actualiza la utopía realista que Habermas atribuye a los derechos humanos; no es una imagen engañosa del bien, sino la realización auténtica de la justicia en un caso concreto.

5. CONCLUSIONES

Llegados a este punto podemos realizar un balance acerca de las reflexiones que ha suscitado el sentido del principio pro persona, a través de las siguientes ideas:

a. La presencia del principio pro persona en la práctica jurídica contemporánea no puede pasar desapercibida. La manera en que se piensa y vive el derecho no es la misma una vez que consideramos seriamente las consecuencias que apareja su aplicación: a las fortalezas de la racionalidad jurídica ligadas a la forma, y que se desahogan bajo la subsunción, se suman las que se orientan al bien y que requieren del operador jurídico otros insumos y estrategias intelectuales, como la valoración y la argumentación.

b. Las aproximaciones teóricas al principio pro persona que hacen hincapié en sus expedientes lógico-formal y político revelan la complejidad del mismo. Sin embargo no logran captar su sentido más profundo y radical. En cambio, bajo la óptica de la antropología filosófico-jurídica pudimos observar que el cumplimiento del principio pro persona puede leerse como una inmejorable oportunidad para afirmar la primacía de lo humano en la realidad jurídica. En este caso, el bien inmanente a la práctica del principio pro persona se encuentra en el robustecimiento de la fidelidad a cargo de todos (y en primera fila las autoridades públicas) para contribuir a logro de los intereses fundamentales de todo ser humano, gracias a una interpretación y aplicación de las normas jurídicas que dan prioridad a la justicia sustantiva sobre otros criterios de racionalidad.

c. Una concepción de la justicia basada en los derechos humanos representa el marco general de racionalidad práctica donde mejor se aloja el principio pro persona, pues es ahí donde se revela con toda claridad su vocación hermenéutica: orientada a la extracción continua del contenido normativo adecuado, en pos del mayor bien para el titular del derecho.

6. REFERENCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 8, p. 23-38, 1990.

ALEXY, Robert. Justicia como corrección. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 161-171, 2002.

BALLESTEROS, Jesús, **Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos**. Valencia: Real Academia de Cultura Valencia, 1999.

BALLESTEROS, Jesús. **Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica**, Madrid: Tecnos, 2001.

BURGOS, Juan. Persona versus ser humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate. **Cuadernos de Bioética**, vol. XIX, núm. 3, septiembre-diciembre, 2008, p 433-447.

CARACCILO, Ricardo. **La noción de sistema en la teoría del derecho**. México: Fontamara, 1999.

CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. **Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional**, México, núm. 20, p. 65-83, 2009.

FERNÁNDEZ, Encarnación, **Igualdad y derechos humanos**, Madrid: Tecnos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías. La ley de más débil**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. **Jueces para la democracia**, n. 16/17, p. 61-69, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

FOX-DECENT, Evan. Is the Rule of Law really indifferent to Human rights? **Law and Philosophy**, vol. 27, p. 533-581, 2008.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of Human rights. In CORRADETTI, Claudio, (edt.). **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Heidelberg: Springer, 2012, p. 63-80.

HART, Herbert, **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

HIERRO, Liborio. **Los derechos humanos. Una concepción de la justicia**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

KELSEN, Hans. ¿Qué es justicia? Barcelona: Planeta- De Agostini, 1993.

MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes**. Barcelona: Paidós, 2001.

MASSINI, Carlos, **La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

NIKKEN, Pedro, **La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo**. Madrid: Civitas, 1987.

NOGUEIRA, Humberto, **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In ABREGU, Martín, (coord.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997, p. 163-172.

SILVA, Fernando y SÁMANO, José. Principio pro homine vs restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo? **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 37, 2014, p. 235-268.

TASIOULAS, John. La realidad moral de los derechos humanos. **Anuario de Derechos humanos**, n. 4, p. 41-67, 2011.

TRUJILLO, Isabel y VIOLA, Francesco. **What Human Rights are not (or not only). A negative path to human rights practice**. Nueva York: Nova Publishers, 2014.

TRUJILLO, Isabel. Derechos y falsos derechos: Derechos razonables y no razonables. **Persona y Derecho**, n. 52, p. 219-236, 2005.

TUGENDHAT, Ernest. **Justicia y Derechos humanos**. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1993.

VILLORO, Luis. Sobre el principio de injusticia: la exclusión. **Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política**, n. 22, p. 103-142, 2000.



Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I)

A proporcionalidade supera a gentileza: reformando o eviccionismo de Block (parte I)

CEDRIC JOHN AYRES ^{1,*}

¹ Instituto Federal de Pernambuco (Recife, Pernambuco, Brasil)

cedi.ayres@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9912-0587>

Recebido/Received: 15.06.2020 / June 15th, 2020

Aprovado/Approved: 08.02.2021 / February 8th, 2021

Abstract

This paper argues against the most important theoretical foundations which Walter Block uses to defend his thesis that Evictionism legitimizes indirectly deadly evictions of a progeny while simultaneously forbidding abortion. It begins by presenting Block's Gentleness principle and Rothbard's principle Proportionality separately. Then, it compares both principles to analyze how satisfactorily each of them deals with some important general problems of libertarian legal theory. The 'bubble gum theft' scenario is the main tool for this comparison because both authors uses 'petty theft' examples to illustrate their respective principles. This paper's conclusions are as follows: First, every moment of crime is interconnected. Second, proportionality applies to every moment of crime. Third, that Block's so-called 'gentleness principle' is not only redundant to proportionality, but also cannot be a libertarian principle for two reasons: (1) it implies positive rights and obligations; (2) it presupposes

Resumo

Este artigo argumenta contra as fundamentações teóricas mais importantes que Walter Block usa para defender a sua tese de que o eviccionismo legitima expulsões indiretamente fatais à prole enquanto simultaneamente proíbe abortos. O artigo começa apresentando o princípio da gentileza de Block e, separadamente, o princípio da proporcionalidade de Rothbard. Depois, comparam-se ambos os princípios para analisar o quão satisfatoriamente cada um deles lida com alguns importantes problemas gerais da teoria jurídica do libertarianismo. O cenário do 'roubo do chiclete' é a principal ferramenta para tal comparação porque ambos os autores usam exemplos de 'roubo de bagatela' para ilustrar os seus respectivos princípios. As conclusões deste artigo são as seguintes: Primeiro, cada momento do crime está interconectado. Segundo, a proporcionalidade se aplica a todos os momentos do crime. Terceiro, que o assim chamado 'princípio da gentileza' de Block é não apenas redundante à proporcionalidade, mas também não pode ser um

Como citar esse artigo/How to cite this article: AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.74518.

* Master in Philosophy from the Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil) and graduated in Philosophy ("Licenciatura") from the same institution, where he served as Substitute Professor (2017-2018). E-mail: cedi.ayres@hotmail.com.

a deterrence penology. This paper is the first in a series of three in an attempt to reform the standard libertarian stance on abortion.

Keywords: abortion; evictionism; libertarianism; proportionality; gentleness.

princípio libertário por duas razões: (1) implica em direitos e obrigações positivas; (2) pressupõe um penalismo dissuasivo. Este artigo é o primeiro em uma série de três na tentativa de reformar o posicionamento padrão do libertarianismo a respeito do aborto.

Palavras-chave: aborto; eviccionismo; libertarianismo; proporcionalidade; gentileza.

CONTENTS

1. Introduction: The Problem of Indirectly Deadly Evictions; 2. Block's gentleness; 3. Rothbard's proportionality; 4. The underlying principle of crime; 5. How harmful can a bubble gum thief really be? 6. Positive Defense or Negative Offense? 7. Innocence: Relative or Absolute? 8. Proportional Retribution or Gentle deterrence? 9. The Positive Rights of Victims or The Negative Prohibition of Criminals? 10. Conclusion: Proportional Evictions or Gentle Abortions? 11. References.

1. INTRODUCTION: THE PROBLEM OF INDIRECTLY DEADLY EVICTIONS

The traditional libertarian stance on abortion has been based on Rothbard's insight of interpreting this issue as a matter of trespassing. Since the mother is the legitimate owner of her own body, if she considers her progeny¹ unwanted, then her progeny is a trespasser, and therefore may be aborted. Why? Because by removing the invader from her 'premisses', she would be acting in self-defense against a criminal trespasser².

Block builds Evictionism upon this original libertarian insight. He elaborates on it by making a logical distinction between the *act of evicting a progeny* and the *act of killing a progeny*. Under libertarian law, he argues, the first would be legitimate while the second would not. This is, in a nutshell, what he calls Evictionism.

¹ I use the term *progeny* because I believe it to be more neutral. It has several advantages: it can be used for every stage of both pre- and post-natal development; besides, although some may disagree on when human rights begin, by using this term they may still recognize the validity of my arguments regardless of their beliefs. To contextualize this discussion, Block himself argues from the point of view that human life, with the same rights as any other adult human, begins immediately at conception. Meanwhile, Rothbard thinks that a progeny is certainly not yet human before birth.

² As Rothbard states in *Ethics of Liberty*, "Abortion should be looked upon, not as 'murder' of a living person, but as the expulsion of an unwanted invader from the mother's body". He then adds that no humans "have the right to be coercive parasites within the body of an unwilling human host". ROTHBARD, Murray, **The Ethics of Liberty**, 2nd. ed. New York: NYU Press, 1998, p. 98. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>... Also in *For a New Liberty*, he makes it very clear that "What the mother is doing in an abortion is [just] causing an unwanted entity within her body to be ejected from it: If the fetus dies, this does not rebut the point that no being has a right to live, unbidden, as a parasite within or upon some person's body" ROTHBARD, Murray, **For a New Liberty: The Libertarian Manifesto**, 2nd. ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2006, p. 132. Available at: https://cdn.mises.org/For%20a%20New%20Liberty%20The%20Libertarian%20Manifesto_3.pdf.

As to *abortion*, Block defines it as *both* acts of evicting *and* killing (the order doesn't really matter). Thus, he argues that since abortion *necessarily* kills the progeny, it would be equivalent to murder, which makes it illegal under libertarian law.

I agree with Block's definitions and I believe that these evictionist distinctions should be standard in how the issue of abortion should be addressed. However, and this is my point of contention with Block, he claims that libertarian law should legitimize evictions that *indirectly* result in the death of a progeny. In other words, if a mother evicts her progeny using a normally non-deadly method, but the child dies anyway, then the mother wouldn't be guilty of 'murder'.

Block's salvo includes allowing a mother to evict her premature progeny *immediately* and according to her will. In his understanding, a mother's immediate Eviction rights stands even if she could save the progeny's life by waiting a few days or months until the progeny was a bit more mature. In other words, while a mother most certainly can't *kill* her progeny, she definitely doesn't have to *save* her progeny's life.

Therefore, I will try to argue against the legitimacy of deadly evictions in the course of three papers. Here, in the first, I will tackle Block's theoretical foundations. More specifically, his argument that there is a *sharp* division between two moments of crimes, thus making it necessary to have two different regulatory principles.

In order to dismantle this misconception on Block's part, I'll take three steps. First, I will explain Block's principle of gentleness and Rothbard's principle of proportionality. Second, I will compare them in order to show that the principle of proportionality actually applies to *every* moment of crime, not just punishment. Third, I will explain how 'gentleness', understood as a principle, is actually incompatible with libertarian law.

In my second paper, I will try to find a place for Block's 'gentleness' within libertarianism, although not as a principle, but as a tool of *epistemological appraisal*. In my third paper, I'll argue that the relationship between a mother and her progeny entails in trustee-guardianship duties. This point should make libertarians review the whole 'trespassing' analogy altogether.

As such, the issues regarding proportionality and epistemological appraisal have substantial implications within libertarian legal theory and beyond, since they are a part of *all* legal systems³. Meanwhile, the issue of abortion, being more specific, can only be properly addressed after those general aspects have been sufficiently settled. Thus, first we must settle on the libertarian stance regarding abortion, and only then we'll be able to compare it with other proposals, as to which best solves this important social issue.

³ ROTHBARD, Murray N., **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85 n. 2. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

I agree with Block when he says that if we can't settle the issue of Evictionism within the libertarian tradition, then this position has little hope of attaining any relevance in the larger public forum⁴. Having that in mind, throughout this and the subsequent papers, my arguments will begin with the theoretical fundamentals of Libertarianism, then narrow it down to the issue of abortion as understood within Libertarian law and finally work toward a wider outreach.

2. BLOCK'S GENTLENESS

I believe that Block's Evictionism is correct in its initial premises⁵. What I contend is his conclusion that an *indirectly* deadly eviction should be legitimate. To that extent, I hope to engage on an ongoing debate, which has more recently resurfaced in 2010, on the *Libertarian Papers*, with Wisniewski⁶ and Parr⁷. These authors had used proportionality to challenge Block's views. Unfortunately, their challenges weren't properly addressed.

Take Wisniewski as an example. He uses Rothbard's principle of proportionality to claim that a deadly eviction of the fetus would be illegitimate because "the amount of physical harm done to the fetus [...] is grossly disproportionate to the amount of

⁴ BLOCK, Walter. Rejoinder to Wisniewski on Evictionism, Round four, **FBIM Transactions**, v. 2, p. 1–14, jul. 2014, p. 4. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_2_2014/R4_01.pdf>

⁵ These could be listed as follows: 1) The mother considers that the progeny is trespassing; 2) There is an analytical distinction between evicting and killing the progeny; 3) Eviction would be legitimate within libertarian tradition, but killing wouldn't.

⁶ Cf. WISNIEWSKI, Jakub. A Critique of Block on Abortion and Child Abandonment, **Libertarian Papers**, v. 2, mai. 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2010/lp-2-16.pdf>>; BLOCK, Walter. Rejoinder to Wisniewski on Abortion, **Libertarian Papers**, v. 2, p. 1–9, nov. 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2010/lp-2-32.pdf>>; WIŚNIEWSKI, Jakub Bożydar. Rejoinder to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 3. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>; WIŚNIEWSKI, Jakub Bożydar. Response to Block on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–6, mar. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>; BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011.; WISNIEWSKI, Jakub. Abortion, Libertarianism, and Evictionism: A Last Word, **Libertarian Papers**, v. 5, p. 1–10, jun. 2013. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2013/lp-5-1-6.pdf>>; BLOCK, Walter. Rejoinder to Wisniewski on Evictionism, Round four, **FBIM Transactions**, v. 2, p. 1–14, jul. 2014. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_2_2014/R4_01.pdf>

⁷ Cf. PARR, Sean. Departurism and the Libertarian Axiom of Gentleness, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–18, nov. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-34.pdf>>; BLOCK, Walter. Evictionism is Libertarian; Departurism is Not: Critical Comment o Parr, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–15, nov. 2012. <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-36.pdf>>; PARR, Sean. Departurism Redeemed - A Response to Walter Block's Evictionism Is Libertarian; Departurism Is Not: Critical Comment on Parr, **Journal of Peace, Prosperity and Freedom**, v. 2, p. 109–123, jan. 2013. <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-36.pdf>>

physical harm that the fetus can possibly do to the mother"⁸. He is excluding, of course, those rare situations in which the progeny threatens the mother's life. A fair point in my estimation.

However, Block hastily dismisses Wisniewski's contention by claiming that he is falling victim to a common "category mistake". Block claims that there is a *sharp* categorical distinction between legitimate defense (a) *while* and (b) *after* a crime happens. Thus, his view is that each single crime has two separate moments.

Given this separation, Block claims that each moment of a crime must be governed by a different principle of legitimacy. To that extent, he conjures up the 'principle of gentleness' which, he says, is "part and parcel of the ante punishment"⁹ stage" of a crime. Meanwhile, and "*in sharp contrast*"¹⁰, proportionality applies, only, to the punishment stage"¹¹. Thus, two distinct moments of a crime, each with its own distinct governing principle.

But that is not all. Block also adds that it's actually very common for people to commit Wisniewski's blunder of applying the principle of proportionality to the moment of self-defense. This happens, he argues, because both principles, although *sharply* contrasting, end up having one and the same goal: "To preclude the victim from acting so strongly against the perpetrator that the victim, too, violates the libertarian code"¹². In other words, both principles forbid a victim from making illegitimate aggressions during a defensive reaction. Thus, two moments, two principles; but one and the same purpose.

For example, in Block's view, to *punish* a rapist with the death penalty is a *disproportionate* form of defense, because punishments only apply *after* the crime has already been committed. Comparatively, *immediately killing* a trespasser, without any escalation, is an '*ungentle*' form of defense because defending oneself happens *during* the crime. Different principles, different moments; but both are illegitimate forms of defense for the exact same reason: the *excessive* use of force"¹³.

⁸ WIŚNIEWSKI, Jakub Bożydar. Rejoinder to Block's Defense of Evictionism, **Libertarian Papers**, v. 2, p. 1–7, nov. 2010, p. 2. Available at: < https://cdn.mises.org/-2-37_3.pdf>.

⁹ I believe that when he says "ante punishment" he means "during the crime" because later he gives this rendition: "confusion between proper punishment after the fact, and, proper defense, during the time the crime is being perpetrated" BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011, p. 4. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>

¹⁰ Except when stated otherwise, every emphasis in citations are mine.

¹¹ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 3. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

¹² BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 3. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

¹³ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 3. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

But what is this so-called ‘principle of gentleness’? It functions as an ‘algorithm’ of gradual escalation in the defensive use of force. According to Block, a defensive party may ultimately do whatever is necessary to stop a crime. But first, it must all begin with the ‘gentlest’ method of self-defense. Therefore, a victim may only *gradually* increase the level of defensive ‘roughness’ and only if gentler methods have been proven to be futile.

So far, so good. Unfortunately, this is not Block’s final word on ‘gentleness’. According to him, if there is “no guarantee that [a] rubber bullet (or a net) will halt the perpetrator in his tracks”¹⁴, then a deadly gun could be used *immediately* against a trespasser, without the requirement of any other intermediate steps of gentle escalation. This far, not so good anymore. For this last point muddles the waters quite a bit.

Yes, it’s true that crimes can be quite complex. But a simple scenario such as the one above is already enough to show serious cracks on Block’s process of gentle escalation. First of all, why should rubber bullets be considered the ‘gentlest manner possible’ to stop a crime¹⁵? Furthermore, even if rubber bullets are, indeed, the gentlest method available, why could the victim jump *straight* to normal bullets without trying out any other *intermediary* steps of escalation? Finally, how much *warranted* does one need to be regarding the (in)sufficiency of a given method of self-defense? Notice that none of these three questions are minor epistemological problems, but very difficult to settle.

So, what’s the real problem here? If I had to guess, I would say that Block was so much focused on dismissing proportionality’s imposition of a *maximum* limit of defensive force that he forgot to consider to address any *minimum* and *intermediary* limits. By the looks of it, even if we accept that there are no maximum limits for self-defense, it seems that gentleness still needs proportionality in order to establish the upper limits of the first and intermediary steps of escalation, until the criminal’s actions is finally interrupted.

Damning as this epistemological problem may be, what’s up next is even worse. Things start to get really trickier when Block claims that “not abiding by the ‘gentlest manner possible’ principle”¹⁶, is, in itself, a crime. Now, this is truly problematic. Here Block seems to turn gentleness into a *positive obligation* towards others, but Libertarian principles must be strictly *negative*. In fact, Libertarianism rejects any kind of gratuitously positive obligation, or rights, towards any non-contracting parties¹⁷.

¹⁴ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 4. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

¹⁵ Block uses the caveat ‘the gentlest way possible’ *consistent with stopping a crime*. Nonetheless, it is perfectly consistent to stop a crime with bare hands or even through dialogue and persuasive argumentation.

¹⁶ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 4. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

¹⁷ In case you are not familiarized with the libertarian distinction between *positive* or *negative* rights and obligations, here is a summary: “No man can therefore have a “right” to compel someone to do a positive act,

Besides all of these problems with the theoretical foundation of the gentleness principle, which are general, we still have to talk about the specific problems of *indirectly deadly evictions*. Block's critics frame it as akin to shooting a wandering, unintentional trespasser with a bazooka. Atrociously surreal, isn't it?

Still, you might be surprised to find out that Block ultimately agrees with his critics' description. And, yet, he holds that it would still "be justified for the property owner to kill the trespasser"¹⁸. Hardly any gentleness in that, wouldn't you say?

Curiously enough, Block meticulously claims that one can't just shoot trespassers with a bazooka immediately. That would actually incur in the crime of being way too 'ungentle' against criminals. First, a victim must follow his algorithm of gentle escalation. Then, and only then, may the trespasser be blown away. After all, if you *must* overkill because it's the only, or the gentlest, immediately effective method of self-defense against a minor crime, you might as well do it with style¹⁹!

Jokes aside, there are at least major two problems here in how Block justifies his views. The first is his claim regarding a *sharp contrast* between the moments of crime, such that each is governed by *sharply distinct* principles. The second is his claim that, ultimately, there isn't a fixed *maximum* limit to force in legitimate self-defense.

Therefore, I will now focus on the first, namely, Block's *sharp division* between self-defense and punishment and his confinement of proportionality to punishment²⁰. Against Block, I will argue that proportionality actually applies to *every* moment of a crime. But in order to expose my arguments, I'll first have to try to show how Rothbard himself understands the principle of proportionality.

3. ROTHBARD'S PROPORTIONALITY

Rothbard opens up the *Punishment and Proportionality* chapter of his *Ethics of Liberty* by talking about his 'theory of proportionality' already in the first paragraph.

for in that case the compulsion violates the right of person or property of the individual being coerced [...] in the free society, no man may be saddled with the legal obligation to do anything for another, since that would invade the former's rights; the only legal obligation one man has to another is to respect the other man's rights. ROTHBARD, *The Ethics of Liberty*, p. 100. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%20201911108.pdf>>.

¹⁸ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, *Libertarian Papers*, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 4. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

¹⁹ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two, *Libertarian Papers*, v. 3, p. 1–13, mar. 2011, p. 4. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>

²⁰ In his own words, "I draw a *sharp distinction* between what a target may properly do to defend himself from an imminent or ongoing attack (pretty much anything within reason necessary to safeguard himself assuming he confines his reactive violence to the attacker) and what punishment may be inflicted on the perpetrator afterwards. As to the latter, I maintain that proportional punishment is the only response compatible with the libertarian philosophy." BLOCK, Rejoinder to Wisniewski on Evictionism, Round four, p. 4. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_2_2014/R4_01.pdf>

There, we learn that this theory deals with the *criminal's actions* and not with the *victim's reactions*. In his own words, "the criminal loses his rights to the extent that [the criminal] deprives [the victim] of his rights"²¹. I believe that this is already a strong indication that proportionality is an active concern since the beginning of any criminal activity.

In fact, while it's true that he didn't name it as such, I will argue that Rothbard had already talked about this broader view of proportionality in his immediately preceding chapter on *Self-defense*. While analyzing the use of force in self-defense, Rothbard argued that it must be constrained within limits proportional to the aggressive force of a criminal.

Take, for instance, when Rothbard asks the rhetorical question regarding how "extensive is a man's right of self-defense" and his reply that it only goes "up to the point at which [the criminal] begins to infringe the property rights of someone else"²². Here we have 'proportional limits' being applied to self-defense. Furthermore, he adds that if a victim extrapolates these limits, then the victim's so-called 'defense' would actually "in itself constitute a criminal invasion of the property of some other man, [who, in turn,] could properly defend himself against"²³ victim's excessive 'defense'. Thus, the prohibition against an extrapolation of force beyond 'proportional limits' is the same, either during self-defense or punishment.

This is so because, in Rothbard's view, proportionality in self-defense and in punishment are actually just two specific instances of a more general rule: that of "proportionality *in crime*". This general rule follows from the fact that libertarian law is primarily about what a criminal has *negatively* given up through aggressive actions, not about what a victim may *positively* do as means of a defensive reaction. The rationale behind it is clearly stated in the following passage, where Rothbard explains that proportionality is to be seen as a *fundamental rule of crime*:

On what basis must we hold that a minuscule invasion of another's property lays one forfeit to the total loss of one's own? I propose another²⁴ fundamental rule regarding crime: the criminal, or invader, loses his own right to the extent that he has deprived another man of his. If a man deprives another man of some of his self-ownership or its extension in physical property, to that extent does he lose his own rights.²⁵

²¹ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

²² ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 77. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

²³ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 77. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

²⁴ The other fundamental rule of crime is the Non-Agreession Principle (NAP).

²⁵ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

Once again, and as we saw above, although Rothbard doesn't explicitly call it by its name, he is clearly describing proportionality. Moreover, by focusing on the criminal's actions, he levels proportionality with the Non-Aggression Principle, making them two complementary *fundamental rules of crime* in libertarianism.

This underlying aspect of proportionality, which underpins *every* moment of a crime, becomes clearer when Rothbard adds that "from this [fundamental] principle [of crime] immediately derives the proportionality theory of punishment — best summed up in the old adage: 'let the punishment fit the crime'²⁶". This means that the proportionality of *punishment* isn't just an *ad hoc* solution. Actually, it derives from a more fundamental and perennial rule. The only reason why punishment must be proportional is because the criminal had only lost his own rights *in proportion* to the severity of the aggressions.

So, with that in mind, we are now in a position to better understand why Rothbard began his chapter on *Punishment and Proportionality* as he did. In the very first paragraph Rothbard states that he had already advanced "the view that the criminal loses his rights to the extent that he deprives another of his rights"²⁷ and he expressively names it as "the theory of 'proportionality'"²⁸. Thus, the proportionality regarding a criminal's loss of rights connects both the proportionality of self-defense and of punishment. Therefore, Rothbard leave Block no wiggle room to confine proportionality strictly to punishment.

4. THE UNDERLYING PRINCIPLE OF CRIME

Now that I have presented Block's gentleness and Rothbard's proportionality, it is time to compare them so we can see how each principle deals with the unavoidable legal problem of legitimizing defensive force, both in self-defense and punishment.

Block had argued that while an inflexible maximum limit to *punishment* makes sense, there couldn't be an inflexible maximum limit of force in *self-defense*. Thus, and sidestepping proportionality, he sets up 'gentleness' to curb the absurd cases of *instantly* overkilling criminals. Even so, Block argues that a victim must *always* have the right to stop an ongoing crime. Thus, his algorithm of gradual escalation allows a victim to eventually use maximum force against a minimally invasive crime, if that's what it takes.

However, as it was established above, Rothbard's principle of proportionality actually regulates both self-defense *and* punishment. This is because both modes of

²⁶ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80-81. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

²⁷ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

²⁸ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

defense derive their legitimacy from a more general, and more fundamental, rule of crime. This fundamental rule states that a criminal gives up his own rights *proportionally* to that of his aggressions. This, as we see, puts Block's interpretation in an awkward position.

Aside from that, Block's view is also problematic on other accounts. But before we continue, I must first try to fully expose how closely tied together self-defense and punishment actually are. It is *not* that the proportionality of *crime* applies in parallel to both modes of defense, making them only *indirectly* connected to each other. In truth, they are *directly* connected in such a way that the subsequent moment of punishment is essentially subordinated to the previous moment of self-defense.

As Rothbard himself puts it, the relationship the moments of crime is such that "*all rights of punishment derive from the victim's right of self-defense*"²⁹. This means that the only reason why there is a maximum limit in the proportionality of punishment is because it is determined by a preexisting maximum limit in the proportionality of self-defense.

That being so, it is impossible to confine the principle of proportionality to punishment only. Actually, there is a transitional normative order regarding the application of proportionality which follows this hierarchy: (1) in crime; (2) in self-defense; (3) and, finally, in punishment.

Thus, since Block already recognizes proportionality as a fundamental principle of punishment³⁰, he is bound to also accept this hierarchical order. There is no other way around it as there is no *sharp contrast* between them.

To put it in more precise terms, the legitimacy of future punishment depends on the legitimacy of present self-defense. Which, in turn, depends on what rights has the criminal given up by his aggressive behavior. Consequently, 'punishment' is nothing more than the temporal extension of 'self-defense', but exercised by other means.

Anyhow, this temporal connection between moments still needs further clarification. Under libertarian law, 'self-defense' is a broader, more inclusive concept. It may also imply the defense of a third party (not just *yourself*) as well as of any property (not just *the self*). In other words, if we are to be strict in our word choice, in the composite expression 'self-defense', the term 'self' is merely accidental, while 'defense' is essential.

As such, there are at least two modes of 'defense'. One happens *during* the crime, in the form of an immediate thwarting of an aggression. The other happens *after* the

²⁹ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 90. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

³⁰ In his own words: "I reiterate: there is certainly "proportionality built into" libertarian punishment theory, but it is not at all "built into" the NAP. That is, the punishment must be proportional to the crime, but there is no such requirement that rests on the victim for his self-defense during the commission of the crime." BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011, p. 3. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>

crime, in the form of later restitution³¹ for the losses suffered. Nonetheless, both are just different types of defense and, as such, there is no need for different principles at different moments of a crime. Since proportionality governs defense, it is already enough to govern both modes. There is no need for 'gentleness' or any other competing principle.

The point is that, under libertarian law, it matters less *how* the defense is actually accomplished, but rather *that* justice is served³². Thus, it is up to the victim to choose whichever method of defense seems the most convenient. Obviously, depending on the crime being committed, each defensive method will have different costs, risks and yields. And this choice also includes *when* such defensive measures are to take place.

Ultimately, a victim may decide what's in his or hers own best interest at each specific situation. At least theoretically, I mean, for sometimes there may be not much of an option³³. In spite of that, to arbitrarily force one legitimate method of defense over another is to impose a *positive obligation*, and contrary to the spirit of the Libertarian code of law. As Rothbard explains it, no man has "a 'right' to compel someone to do a positive act, for in that case the compulsion violates the right of person or property of the individual being coerced"³⁴. Thus, positing an obligation for victims to use the 'gentlest' method of self-defense when other 'rougher-yet-still-proportional' methods available are just as legitimate, is the logically equivalent of establishing the 'positive rights' for criminals to be treated in the gentlest manner possible. This absurd consequence of Block's principle of gentleness makes it unacceptable to Libertarianism.

Since the purpose of punishments in Libertarian law is to fulfill the criminal's 'debt' to the victim³⁵, we can infer that every moment of a crime, is in a way, logically interconnected. After all, this 'debt' could be collected immediately, in the form of self-defense; or afterwards, through punishment³⁶. Thus, since the goal of a legitimate defense

³¹ As Rothbard explains: "for proportionate punishment to be levied we would also have to add more than double so as to compensate the victim in some way for the uncertain and fearful aspects of his particular ordeal" ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 89. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

³² As long as no other crimes are being committed in the process of self-defense, of course. But I'll address this point later in sections 6 and 8.

³³ For example: the victim may suffer a sneak attack or come home to find a burglary took place.

³⁴ ROTHBARD, **The Ethics of Liberty**, p. 100. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

³⁵ "Punishment must be not on paying one's debt to "society," whatever that may mean, but in paying one's "debt" to the victim. ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 86. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

³⁶ Perhaps you are unfamiliar with libertarian theory of law and this idea of 'debt' collection in self-defense sounds weird to you. I will briefly address this issue further ahead when I talk about the purely 'retributive' characteristic of libertarian law, but if you want to further explore, c.f. ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 86-89. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

is to non-aggressively collect debt, we may conclude the principle of proportionality must persist through any type of defense and at any moment of crime³⁷.

Now that we have a better understanding of the temporal connection between the moments of a crime, it will make sense to see that Rothbard used one and the same example to explore how proportionality works in both 'self-defense' and 'punishment'. The hypothetical dilemma is quite simple: Can a store clerk shoot and kill a child who steals bubble gum from his store as a legitimate form of self-defense?

Fortunately for us, Block also addresses the same kind of example throughout his discussion with his critics. However, you might be surprised to find out that Block's answer to this thought experiment is quite the opposite of Rothbard's. Thus, the 'bubble gum theft' is the best tool that we have to contrast Rothbard's proportionality and Block's gentleness in how they understand the legitimacy of self-defense.

5. HOW HARMFUL CAN A BUBBLE GUM THIEF REALLY BE?

The first time Rothbard mentions the bubble gum theft example is in his chapter on *Self-defense*. He uses it to argue against *maximalism* in self-defense, a position Rothbard deems to suffer "from a grotesque *lack of proportion*"³⁸. Notice that he is talking about proportion in self-defense, not 'gentleness' nor 'punishment'. Keep that in mind.

According to Rothbard, maximalism's mistake lies in prioritizing the victims right of self-defense at the cost of the criminals' rights. Under the bubble gum theft scenario, for example, this means that "by concentrating on the storekeeper's right to his bubble gum, [the maximalist] totally ignores another highly precious property-right: every man's — including the urchin's — right of self-ownership"³⁹. In other words, the defensive rights of the victim must also be kept in check and not allowed to transgress against the legitimate rights of a criminal. But what rights does a criminal have anyway? Well, one thing is for certain, these rights cannot be the same as those of an innocent person.

If it were up to the maximalists, "a minuscule invasion of another's property lays one forfeit to the total loss of one's own"⁴⁰. Imagine life under that rule: if you feel like killing someone legally, just put yourself in the way of harms way and hope that

³⁷ Perhaps Block would claim that 'debt collecting' is only a part of punishment, while self-defense only regards 'stopping crime'. We will address this point later when we talk about 'threats'.

³⁸ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

³⁹ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁴⁰ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

someone ends up causing any minor aggressions against you⁴¹. But Rothbard outright rejects maximalism. In his view, a criminal loses⁴² his rights only *proportionately* to the aggressions that he made against the rights of others. It's this loss of rights by the criminal what informs how much defensive force is legitimate. Thus, the proportionality of defense begins weighing down instantly, as soon as the criminal starts his aggression, and it doesn't have to wait for end of a crime and for beginning of a punishment⁴³.

The whole rationale behind this is neatly exposed in the following passage. Here, Rothbard concludes his take on the bubble gum scenario, shows the role of proportionality in the libertarian legal system and how it fits neatly with common sense:

*We conclude that the shopkeeper's shooting of the erring lad went beyond this proportionate loss of rights, to wounding or killing the criminal; this going beyond is in itself an invasion of the property right in his own person of the bubble gum thief. In fact, the storekeeper has become a far greater criminal than the thief, for he has killed or wounded his victim — a far graver invasion of another's rights than the original shoplifting.*⁴⁴

This conclusion, which was exposed in the chapter on *Self-defense*, undoubtedly shows that proportionality doesn't just spring out of nowhere, *ad hoc*, at the moment of punishment. As we have emphasized, proportionality is already at play since the beginning of the entire process. It begins with the criminal's *proportionate loss of rights*, then it passes to the issue of *proportionate self-defense* and, finally, to that of a *proportionate punishment*. To put it in an organized fashion, here is how proportionality works:

- a. First, an aggression harms a limited amount of property rights of an innocent person;
- b. Second, the criminal gives up his own rights in proportion to the amount of rights against which he has transgressed (taking into account both restitution and compensation);
- c. Thence, the legitimate limits of force in self-defense are proportionately established;

⁴¹ Here I have in mind South Park's episode 'World War Zimmerman', which makes the perfect satire against the maximalist position in regards to 'standing one's ground' as a form of self-defense against the crime of 'trespassing'.

⁴² If it seems weird to talk about 'losing' rights, you may prefer to read it as 'suspend'. After all, in most cases, it wouldn't be proportional for a criminal to actually 'lose' his right 'forever' just because he caused a temporary harm. Proportionality states that a temporary and partial harm calls for a temporary and partial loss, or suspension.

⁴³ Supposing it had to wait for the crime to 'finish' and that the moments of crimes are *strictly* distinct, how does one transition into the other? Furthermore, are there yet other moments of crime in-between that of *self-defense* and *punishment*? I will address these issues in my next paper, when I try to explain the *epistemological appraisal*.

⁴⁴ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 81. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

- d. Finally, based on the proportional rights of self-defense, it becomes possible to determine the proportional rights of legitimate punishment.

Actually, this fourth step only comes to play more clearly in the chapter on *Punishment and Proportionality*. There, Rothbard returns to the same bubble gum scenario, thus further cements through proportionality this connection between the moments of self-defense and punishment. So, to better understand this fourth step, we must first read the next passage attentively and see how proportionality plays the exactly same role in the moment of punishment as it had played in the moment of self-defense:

*a criminal would only lose his right to life if he had first deprived some victim of that same right. it would not be permissible, then, for a merchant whose bubble gum had been stolen, to execute the convicted bubble gum thief. If he did so, then he, the merchant, would be an unjustifiable murderer, who could be brought to the bar of justice by the heirs or assigns of the bubble gum thief.*⁴⁵

This passage is immensely important because it presupposes the idea that all rights of punishment derive from the rights of self-defense⁴⁶. Perhaps reverse-engineering the rationale will help us leave no stones unturned. Since it is not legitimate to kill a petty thief *during* the crime as a form of self-defense⁴⁷, then, evidently, it is also not legitimate to kill him *after* the crime as a form of punishment. However, in both cases, the ultimate justification of this lack of proportionality is based on the criminal's actions, for such a small theft doesn't entail in the loss of one's own life. Thus, if a clerk tries to kill a kid to save his gum from being stolen, this is an *aggression* and that kid could kill the murderous clerk in *legitimate self-defense*. Consequently, if the kid had the right to kill the clerk in self-defense, then the 'bar of justice' could also do it as legitimate punishment.

6. POSITIVE DEFENSE OR NEGATIVE OFFENSE?

Notwithstanding Rothbard's arguments, Block subverts this fundamental order of proportionality. This subversion ultimately leads to an attenuates 'maximalism' in self-defense. Block's gentleness imposes on the victim the *positive obligation* of following an algorithm of escalation. Which means, in other words, that the criminal has the

⁴⁵ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁴⁶ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 90. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁴⁷ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

positive right of being treated in the gentlest way possible⁴⁸. Even so, this positive prescription is nothing more than a utilitarian attenuation of 'maximalism', not a rejection. Yes, it's true that the victim is *forced* to undergo a process of gradual escalation, but still, in the end of the process, a victim is allowed to unleash maximum force even against a minimal crime⁴⁹.

Since Block addresses the same type of 'petty theft' examples as the one discussed by Rothbard, I'll show Block's rendition in its entirety. Thus, we'll be able to compare how both proposals, gentleness and proportionality, address to the same scenario:

I speak only for myself when I say that the only time this would be justified is if the only way the shopkeeper could stop the theft is by shooting. For example, he might be a paraplegic with only the trigger finger functioning. For the libertarian, property rights are sacrosanct. We cannot support children stealing candy bars; if we do, utilitarian point coming up, the practice will become widespread. Assuming the child is young enough not to constitute a threat, the mighty presumption is that the able-bodied property owner will be able to stop the theft with far less violence than the proverbial shot in the back; certainly, such a baby constitutes no threat of bodily harm. The reason he may do so to an adult, or, even, an armed child⁵⁰, is that, then, there is a threat of dire consequences, and if property rights are to be upheld, then force, yes, deadly force, is justified.⁵¹

Indeed, we all rejoice that Block speaks only for himself! While he is correct in stating that *property rights* are sacrosanct for libertarianism, he is wrong in extending this characteristic to the *rights of defense*. Actually, these two types or rights are different aspects of Libertarianism. While property rights are absolute, the rights of defense must always be proportionally relative to the crime against which it is reacting. Therefore, an absolute defensive reaction would only be legitimate against an absolute criminal action.

⁴⁸ Here it might be opportune to remember that "one vital distinction between a genuine and a spurious 'right' is that the former requires no positive action by anyone except noninterference" ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 249. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.. But I will further elaborate this point in my next paper, when I talk about *epistemological appraisal*.

⁴⁹ We'll examine this point in the next section.

⁵⁰ I certainly don't know why Block armed this hypothetical child. As we will explore in my next paper when I address the issue of *threats*, libertarian theory is clear in assuming that an overt threat is akin to the crime itself. As Rothbard puts it: "suppose someone approaches you on the street, whips out a gun, and demands your wallet. He might not have molested you physically during this encounter, but he has extracted money from you on the basis of a direct, overt threat that he would shoot you if you disobeyed his commands. *He has used the threat of invasion to obtain your obedience to his commands, and this is equivalent to the invasion itself.*" ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 78. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>..

⁵¹ BLOCK, Walter. Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 11–41, jan. 2017, p. 20. Available at: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50328>>

In order to expose the mistake in Block's deduction, I will use as a counter-example an analogous 'petty theft' scenario which he used elsewhere. This time, Block claims that the (in)justice of a punishment is not affected by the eventual consequences of actually applying that punishment, whatever it may be.

He asks us to suppose that a \$100 fine is to be deemed a just and proportionate punishment against the crime of stealing a candy bar. If that's so, "justice thought the heavens fall" — says Block. According to him, it wouldn't matter if fifty 'proverbial' people simply "perish" as a consequence of actually punishing the criminal because "proportionality applies to *ex post* punishment, but not at all to *ex ante* violations of the NAP. QED"⁵². Unfortunately for him, that's not a 'demonstration' at all!

Abstract hypotheticals oftentimes lack the concreteness needed for making valid analogies. In this specific case, what exactly does Block mean when he says that fifty people will "perish"⁵³? This omitted information is pivotal for us to judge his hypothetical example. After all, people don't magically vanish all of a sudden.

If Block means to say that collecting \$100 dollars requires a method of punishment (or even self-defense) which involve an *aggression* against fifty *innocent* people, then this punishment is actually *unjust*. Rothbard himself argues that it is absolutely illegitimate "to commit aggressive violence against innocent third parties *in the course of his legitimate defense*"⁵⁴. Thus, justice must hold heavens from falling down, if the fall of heavens implies in committing aggressions against an innocent third party.

I believe that Block's greatest mistake lies in his emphasis on the *positive rights* of self-defense. Whereas, in truth, the aspect of property rights which libertarian law declares as sacrosanct is actually the *negative prohibition* of aggressive offenses against the innocent. In other words, libertarianism is above all 'against crime', not 'for defense'.

Indeed, negative prohibition is the hallmark of libertarian law. Rothbard is crystal clear when it comes to the 'negative limits' of defensive force in the following passage: "the rule *prohibiting violence against the persons or property of innocent men is absolute*; it holds regardless of the subjective motives for the aggression."⁵⁵. This rule is nothing more than the NAP. Thus, it holds even if the subjective motive for using *aggressive* violence is the that of preserving one's own property rights in the course of self-defense.

Moreover, just in case Block tries to dismiss this point by appealing once again to his arbitrary distinction between self-defense and punishment, I'll showcase here a

⁵² BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011, p. 3. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>

⁵³ BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three, **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011, p. 3. Available at: < <http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>

⁵⁴ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 189. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁵⁵ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 189. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

passage in which Rothbard unambiguously applies the same prohibition against aggressions to the moment of self-defense: “no man, in an attempt to exercise his right of self-defense, may coerce anyone else into defending him. For that would mean that the defender himself would be a criminal invader of the rights of others”⁵⁶. In other words, any *aggressive* attack against an innocent person — even for defensive reasons and even to uphold property rights — is illegitimate. Thus, there is no such a thing as a *positive right of defense*. Actually, the Libertarian legal prohibition against aggressions holds no matter when, why and how.

One might protest that these passages only forbid aggressions and coercions against an *innocent* third party. Meanwhile, this discussion with Block regards criminals who, by definition, aren't innocent. Does it mean that the libertarian *negative prohibition* against aggressions doesn't apply to criminals? Are we allowed treat criminals as we wish in order to benefit a victim's defensive effort? Let us examine it further.

7. INNOCENCE: RELATIVE OR ABSOLUTE?

The truth is that, in libertarian law, no one could ever be an *absolute* criminal. Guilt is necessarily related to a *specific crime* against a *specific victim*. Therefore, the criminal only loses his rights *in proportion* to his *specific aggressions*. No criminal ever “loses all of his rights”⁵⁷ just because he committed a single offense against a single victim. And this, my dear reader, is the ultimate reason of why in libertarianism *any* maximalism is wrong regardless if it is ‘gentle’ or not.

Think about it, after all, this point of libertarianism is very much in tone with common sense. No one is ever guilty of *every* conceivable crime against *every* conceivable victim. As a matter of fact, person ‘A’ might be *guilty* of committing crime ‘X’ against victim ‘B’ while simultaneously being *innocent* of crime ‘Y’ against victim ‘C’.

Let's use the same bubble gum theft example in order to illustrate it. We could say that, indeed, that ‘damned’ kid is guilty of the crime of *shoplifting* against the *store clerk*. However, the same kid is also innocent of killing (or raping, defrauding, kidnapping, etc.) the same clerk (and also completely innocent in relation to everyone else).

The corollary of the relativity of guilt is twofold. First, a petty thief is innocent *in relation* to the crime of murder; therefore, killing the kid is illegitimate regardless if it is in self-defense or punishment. Second, the crime was only against the clerk's property rights and nobody else's; therefore, if the clerk doesn't wish to pursue defense, no one else could override his wishes and *impose* a violent reprimand (or punishment) on the kid.

⁵⁶ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 83. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁵⁷ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 80. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

This relativity of guilt is actually derived from two important fundamental characteristics of libertarian law. The first is *methodological individualism*, which is permeates every aspect of libertarian theory, not being restricted to its legal issues⁵⁸. The second is Libertarianism's *strictly retributionist* theory of justice. Let's see them.

Methodological individualism makes Libertarianism rejects crimes against 'society'. From the fact that only individuals act⁵⁹, it follows that only individuals commit crimes and that only individuals are victims. As such, it is up to the victim (or the victim's heirs) to choose whether or not to press charges against a crime. Additionally, restitution and retribution are owed to the victim only (or the victim's heirs). In sum, there are no such things as collective guilt, collective crimes or collective victims. Thus, society can't override one's decision regarding how one chooses to pursue his own rights of defense⁶⁰.

Meanwhile, the *strictly retributionist* aspect of libertarian law makes this theory outright reject any reasons regarding rehabilitation or deterrence in an analysis to determine the legitimate use of defensive force in a situation. Since Block uses deterrence to justify his gentleness 'principle', I will further elaborate this point in the next section.

8. PROPORTIONAL RETRIBUTION OR GENTLE DETERRENCE?

I have already gone over on how the principle of proportionality is a legal constant, such that it applies to every type of defense and to every moment of crime. Furthermore, I have just talked about how proportionality in defense is, first and foremost, *negatively* determined by taking in consideration what rights a criminal has given up for his aggressive behavior. Therefore, defense cannot be understood as the victim's *positive* right of self-preservation but as a *negative* prohibition against aggressions.

This means that, if defense is not a positive right, then it is illegal to aggress against someone else's legitimate property rights, even if the goal is to stop a crime. Such prohibition protects the remaining property rights of a criminal which are still legitimate.

⁵⁸ Cf. VON MISES, Ludwig. **Human action: a treatise on economics**, Scholar's ed. Auburn, Ala: Ludwig Von Mises Institute, 1998, p. 21.

⁵⁹ One could also say 'groups' of individuals. But, nonetheless, groups must be understood as are reducible to individuals. Cf. ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 55. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁶⁰ C.f.: "The legal concept of "crime" is confined to offenses against the State or Community. It will be seen below that we deny the latter concept altogether, with all legally punishable offenses confined to invasions of the person or property of other individuals. In short, in the libertarian conception, its "crimes" correspond to legally designated "torts," although there is no particular reason for redress or punishment to be confined to monetary payment, as was the case in ancient tort law." ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 51, n.2. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

To continue my argument, I must now show how the justification for defensive reaction in Libertarianism is its *strictly retributivist* objective. This means that deterrence or rehabilitation may *not* be used as reasons to legally estipulate the proportionality of force at any level, be it of a crime, of defense, or of punishment.

For example, in Block's rendition of the bubble gum theft there is the consequentialist claim that "we cannot support children stealing candy bars; if we do, utilitarian point coming up, the practice will become widespread"⁶¹. Yes, Block seriously brings this 'ominous' scenario of widespread candy theft as a justification for allowing clerks to 'gently' shoot children in the back⁶².

First of all, there is no doubt that in Libertarianism *any* theft is illegitimate. But, since Block brought up the issue of consequentialist claims, allow me to address it briefly. To be frank, realistically speaking, so what if juvenile candy theft becomes 'rampant'? In the worst-case scenario, shops would simply stop selling candy in places that are accessible to children. There we go, the problem is solved and society is saved. The truth is that, contrarily to Block's beliefs, we certainly could support *some* juvenile theft without *having* to kill any children in order to prevent the fall of all civil society.

In either case, Libertarianism is beyond utilitarian points. What is really important here, what I wish to highlight, is that 'defense' is not limited to the *immediate* moment of crime. Actually, defensive reaction extends to both before *and* after the criminal's action. Therefore, even if there is a situation in which it is indeed impossible for a victim to use proportional methods of self-defense *during* a crime, the victim must still abnegate to using proportional methods of defense either *before* or *after* a crime happens.

Before the infamous candy heist takes place, the owner could take preemptive defensive precautions against such 'barbaric' children. For example, he could bar their entrance or maybe even inspect children's pockets before allowing them to leave the store. Subsequently, after the crime has taken place, it's possible to catch and punish those brats. So, once again, the problem is solved and society is saved all within proportionality.

The point is that no social chaos would emerge just because clerks were forbidden to shoot kids in the back, while they were still at range, in order to save their precious bubble gum. Here Block is making the classic interventionist mistake of using

⁶¹ BLOCK, Walter. Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins, *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, n. 1, p. 11–41, jan. 2017, p. 20. Available at: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50328>>

⁶² That is to say only if the clerk had 'gently' escalated up to the point when shooting becomes the only effective way to defend his precious bubble gum, of course. After all, Block is quite moderate with his *gentle* maximalism, unlike the '*pure* maximalism' of those extremists who allows people to *immediately* shoot children in the back without even giving a fair warning. But then again, even Draco seems gentle when compared to those full-blown Maximalists.

aggressive force in order to fix problems up expediently. However, Libertarianism holds that there is no right to use aggressive force in order to reach goals of your own interest just because you can't figure out a 'non-aggressive' way of doing so. And this, of course, also includes the goal of defending and preserving one's property rights⁶³.

However, just for the sake of argumentation, let us grant Block's point. Now, imagine yourself in a world where the downfall of all civil society is being caused by rampant juvenile candy theft and that these Machiavellian 'ruggats' always get away scot-free. Well, even if the respecting proportionality led to such a silly apocalyptic scenario, it wouldn't matter at all. After all, Libertarianism grounds defensive reaction strictly on retributive reasons and any arguments based on crime deterrence must be rejected⁶⁴.

Strictly speaking, in a retributionist penology, the defensive reaction is strictly based on the aggression itself. Meanwhile, in a deterrence penology, defense is not really answering to an aggression, but preventing the possible consequences of that aggression.

To that regard, Rothbard quotes Robert Gahringer: "An absolute offense requires an absolute negation [...] a lesser penalty would indicate a less significant crime"⁶⁵. In other words, legitimate defensive force must be proportionally connected to *the crime itself*, not to its eventual consequences.

We must have in mind that methodological individualism in Libertarianism holds that guilt is non-transferrable. However, using deterrence as a justification for defense is equivalent to gathering the *potential* guilt of multiple criminals from a hypothetical future, transferring it to a single present criminal and making him *actually* pay for it. To use our bubble gum example, since Libertarian law is strictly retributive, no child shall be actually sacrificed in the now for the potential sins of future others.

This proportionately *retributive* relationship between the intensity of crime and the intensity of defense is precisely what leads Rothbard to state that: "under libertarian law, capital punishment would have to be confined strictly to the crime of murder"⁶⁶.

⁶³ Think of those in the 19th century who used to argue against the end of slavery while relying on utilitarian claim that, supposedly, without slaves it would be impossible to produce enough food for everybody. Libertarianism would answer that "there was only one possible moral solution for the slave question: immediate and unconditional abolition, with no compensation to the slavemasters. Indeed, any compensation should have been the other way" ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 75. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁶⁴ I will further elaborate on the issue of threats in my next paper. However, we have already mentioned that in Libertarianism the threat of a crime is on parity with the crime itself. Thus, defense is *always* reactive because to stop an attempt of a murder is getting on parity of getting retribution of the murder itself. It was not prevention of a future crime, but reaction to a crime that has already happened (namely, the threat of murdering).

⁶⁵ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 91 n.12. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁶⁶ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

Consequently, since the legitimacy of punishment is *derived* from the legitimacy of self-defense, we could also infer that the act of killing in self-defense must also be confined to stopping the crime of murder. Well, at least certainly not to stopping a bubble gum theft⁶⁷.

Fortunately for us, Rothbard addresses this issue of proportional *retributive* defense and even shows how it applies to a petty theft scenario. This passage, for example, seems to be a direct rebuttal of Block's gentle-yet-maximalist *deterrent* defense:

*If there were no punishment for crime at all, a great number of people would commit petty theft, such as stealing fruit from a fruit-stand. On the other hand, most people have a far greater built-in inner objection to themselves committing murder than they have to petty shoplifting, and would be far less apt to commit the grosser crime. Therefore, if the object of punishment is to deter from crime, then a far greater punishment would be required for preventing shoplifting than for preventing murder, a system that goes against most people's ethical standards. As a result, with deterrence as the criterion there would have to be stringent capital punishment for petty thievery — for the theft of bubble gum — while murderers might only incur the penalty of a few months in jail.*⁶⁸

Rothbard's argument means that the consequentialist benefit of *stopping* a crime can't ever be used as a legitimate justification for the excessive use of defensive force. Therefore, any 'maximalist' conception of defense (gentle or not) is a complete subversion of the libertarian theory of crime. How so, you might ask?

According to Rothbard, it is because "instead of the punishment 'fitting the crime' [this relationship between crime and punishment] is now graded in inverse proportion to [the crime's] severity or [punishment] is meted out to the innocent rather than the guilty"⁶⁹. There we have it, Block's gentleness commits *both* of these sins against Libertarianism. In order to justify the *deterrence* of a present crime, gentleness (1) inverts the proportions of criminal action and defensive reaction; and (2) metes out defensive force against the (relatively) innocent, rather than against the actually guilty.

I believe that what ultimately led Block to this subversion was his emphasis on the *positive rights* of defense rather than on the *negative prohibition* of aggressions is. Therefore, we will return this point in the next section in hopes that we can interweave everything that we have discussed and finally unwind the whole confusion at its source.

⁶⁷ Perhaps there are crimes so dreadful that, for defensive matters, they may be treated as equivalent to murder.

⁶⁸ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 93. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁶⁹ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 94. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

9. THE POSITIVE RIGHTS OF VICTIMS OR THE NEGATIVE PROHIBITION OF CRIMINALS?

Superficially, this distinction between the *positive rights of defense* and the *negative prohibition of aggressions* might seem like academic nit picking on my part. But, as a matter of fact, this distinction is crucial to the libertarian theory of law as a whole. Furthermore, understanding it clearly will be essential to understand the debate regarding Evictionism and abortion. Therefore, we must contrast these two positions side by side.

On the one hand, if we absolutize the *positive right of self-defense*, we end up with a ‘maximalist’ position. Maximalism — gentle or full-blown — *allows* the use of *any* amount of force in order to stop *any* crime while it’s still happening⁷⁰. On the other hand, if we absolutize the *negative prohibition of aggressions* against the innocent, we end up with Rothbard’s ‘proportional’ position. Proportionality *prohibits* any defensive force which is *disproportionately more aggressive* than the crime itself⁷¹. This prohibition holds even if, tragically, a victim can’t proportionately stop a crime or punish a criminal.

I hope that by this brief summary of both positions, side by side, was enough to ascertain to their mutual incompatibility. That said, I believe that perhaps Block mistakenly focused on the victim’s right of self-defense due to a crass confusion between what Rothbard calls the ‘theory of the rights of property’ and ‘the theory of criminality’.

First, we have the ‘theory of rights of property’, which establishes that “every man has an *absolute right to the control and ownership* of his own body, and to the unused land resources that he finds and transforms”⁷². So, indeed, here we have an ‘absolute right’ when it comes to the control and the use of *legitimate* ownership. Notice, however, that there is nothing being said about ‘defense’. Like I have argued, property rights does not entail in the *positive* rights of defense or maintenance of said property. After all, the *positive* aspect implies in an aggression against the property of others.

Consequently, it is precisely to address the issue of aggressions that a ‘theory of criminality’ becomes necessary. As Rothbard explains, the libertarian theory of criminality holds that “a criminal is someone who aggresses against such property. Any criminal titles to property should be invalidated and turned over to the victim or his heirs”⁷³. This passage is important because here we have both principles which compose the fundamental rules of crime in Libertarianism. In the first sentence we have the NAP, establishing that any aggressor is a criminal. In the second sentence we have the Principle

⁷⁰ Either immediately, as in full-blown maximalism, or after a process of escalation, as in Block’s gentle rendition.

⁷¹ Because that would incur in an aggression against rights that weren’t given up by the criminal.

⁷² ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 60. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁷³ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 60. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

of Proportionality, which states that only *criminal titles* to property should be invalidated⁷⁴. In sum, proportionality and the NAP are inexorable partners of crime.

In case there remains any doubt in regards to the relationship of these principles, perhaps a last analogy will help me illustrate it more clearly. On the one hand, the 'theory of rights of property' establishes legitimate borders in a map. On the other hand, the 'theory of criminality' refers to the conditions and criteria which determines if a border-crossing legitimate or not. Thus, border-crossing is necessarily relative to preexisting borders, which are themselves absolute.

Furthermore, within the 'theory of criminality' we have two principles. While the NAP says that 'invading' borders is *always* wrong, the principle of proportionality states that suffering a minor incursion doesn't justify total war against the whole world. The reason being that the 'property', to which we have rights, is not a single, monolithic and all-encompassing entity, but to relative to multiple, distinct and scarce objects. Thus, a defensive reaction must be compatible to the aggression in relation to what was actually invaded and to whom actually invaded.

10. CONCLUSION: PROPORTIONAL EVICTIONISM OR GENTLE ABORTION?

The 'Maximalist' position claims that it is legitimate to immediately shoot children in the back for the crime of stealing a simple bubble gum. In this view, if a person criminally takes possession of a single title of property, then, as result, this person loses *every* title of property it currently has, legitimate or not. This loss includes even the criminal's right to life. To put it bluntly, in a Maximalist world, only voluntary mercy could prevent society from laying out death on every criminal.

Block's self-proclaimed 'moderation'⁷⁵ makes him restrain this 'maximalism' with his so-called 'principle' of gentleness. His solution is to *positively* force a process of gradual escalation in order to avoid the tragedy of defensive overkill from becoming a far too common occurrence. This means that every criminal⁷⁶ has the right to force their victims to use the strictly gentlest-yet-efficient method of self-defense. As such, Block understands that a noncompliant victim who doesn't fulfill their positive obligation and who uses 'unnecessary roughness' against a criminal is himself committing a crime. However, Libertarianism outright rejects positive rights or positive obligations, which makes gentleness incompatible with a libertarian legal theory.

⁷⁴ Notice that this is general to crime, it doesn't matter if it is during self-defense or punishment.

⁷⁵ In his own words: "I regard myself as a moderate on this question." BLOCK, Walter E; CEKEREVAC, Zoran. Should abortions be criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on abortion, **FBIM Transactions**, v. 2, p. 33–44, jan. 2014, p. 4. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_1_2014/_04.pdf>

⁷⁶ Or non-criminal, he is a bit ambiguous about this point, but I will return to this point in my next paper about the *epistemological appraisal*.

Another problem with Block's gentleness is that it can be seen as a *consequentialist* compromise in order to salvage 'maximalism' from the fierce criticism of good old-fashioned common sense. After all, following the algorithm of gentle escalation would indeed decrease the number of time that a symbolic child ends up proverbially shot in the back. However, this means that gentleness is just a *method of crime deterrence*, thus making it once again incompatible with the libertarian theory of crime, which sees defense as strictly *retributive*.

Against Block's 'gentle maximalism', we have explored Rothbard's proportionality. As I have argued, proportionality is not limited to punishment, as Block had claimed, but it is actually a principle of the general Libertarian 'theory of crime'. As such, proportionality is a structural aspect of criminal law and thus applies to *every moment* of crime and to *every type* of defense. Therefore, Block's gentleness is not only incompatible with Libertarianism, but also redundant to proportionality.

During his debates with his critics on the matter of Evictionism, Block extensively used this arbitrary *sharp division* between the moments of crime to restrict proportionality only to moment of punishment. This was his ultimate theoretical fallback against many critiques against his thesis that *indirectly* killing a progeny should be legitimate under Evictionism. Unfortunately, none of his critics called him out on that, which ultimately left this debate without any satisfactory resolution.

I hope that I have done enough to demonstrate that gentleness *cannot* be a libertarian principle for the following reasons: it arbitrarily separates logically connected moments of a crime; it disregards proportionality; it entails positive rights; and it uses deterrence as a justification for self-defense. If I have succeeded in my goal, then we have advanced in the purpose of addressing the issue of *indirectly deadly evictions*.

However, you may notice that I have not yet proven anything regarding whether or not these *indirectly deadly evictions* are legitimate or not. This paper only intended to refute Block's fundamental premises. Since gentleness is not a principle, the legitimacy of a defensive reaction against any crime must be settled by proportionality alone. This includes, of course, the crimes of trespassing, which, in turn, include the issue of abortion and Evictionism. As such, although this paper plays an important and necessary role in this discussion, it's also true that I have not as of yet addressed the issue of Evictionism *per se* nor have I argued in against indirectly deadly evictions.

After all, Block might still argue that "there is all the world of difference between trespassing into an airplane, and into the body of a person"⁷⁷. If he is correct in his statement, and that trespassing a body is indeed such a horrendous crime, maybe even akin

⁷⁷ BLOCK, Walter. Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins, *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, n. 1, p. 11–41, jan. 2017, p. 29. Available at: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50328>>

to murder, then perhaps eviction method which is *indirectly deadly* could be reasonably understood as a proportionate method of self-defense against trespassers of a body⁷⁸.

If that comes to be Block's actual position, then it seems that he would be following Rothbard's take on the subject. Rothbard actually predicates himself only on the principle of proportionality and concludes that "a woman should have the right to eject an unwanted parasite within her body *as rapidly as possible* — whether or not the parasite is considered 'human'⁷⁹". At first sight, this might seem like a contradiction of Rothbard's previous claim that the death penalty would be strictly restricted to the crime of murder⁸⁰. But then again, some crimes might be so horrendous that it is reasonable to think that the principle 'two teeth for a tooth' would allow capital punishment, even though there was no actual murder involved in that criminal activity.

However, the truth is that Rothbard is actually *pro-abortion*. Furthermore, He doesn't even believe that a progeny is a full human being, endowed with natural rights. Well, at least not until very far in development and most certainly not before birth⁸¹. Thus, Rothbard can coherently defend the proportionality of killing a body trespasser. After all, he is already in favor of unrestricted abortion at any time during the pregnancy⁸².

Contrariwise, Block is actually *against abortion*. Furthermore, he believes that a progeny is already a human being since the moment of conception and thus has the same rights as any other human being. Perhaps Block simply didn't think Rothbard's arguments through when he used it to dismiss his critic's arguments.

Without gentleness, then, if Block wishes to maintain any semblance of coherence, he must choose one of two options: (1) in order to save Evictionism he must give up the legitimacy of *indirectly deadly evictions*; or (2) he may abandon Evictionism altogether in favor of abortions and, with that, save the legitimacy of *indirectly deadly evictions*. One way or the other, proportionality makes it that *indirectly deadly evictions* are incompatible with Evictionism.

Independently of his choice, I believe that there is an important aspect of Block's gentleness which may be partially salvaged within the Libertarian theory. My view is that Block's algorithm of gentle escalation, although not a principle, is actually a

⁷⁸ ROTHBARD, Murray N. **The complete Libertarian Forum: 1969-1984**, 1. ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2012, p. 847. Available at: <<https://mises.org/library/complete-libertarian-forum-1969-1984>>.

⁷⁹ ROTHBARD, Murray N. **The complete Libertarian Forum: 1969-1984**, 1. ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2012, p. 832. Available at: <<https://mises.org/library/complete-libertarian-forum-1969-1984>>.

⁸⁰ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁸¹ ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**, New York: New York University Press, 1998, p. 97-98. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

⁸² This idea is not without its problems, of course. But we will address this argument on another paper of this series.

method of *epistemological appraisal*. But this no longer concerns us here. I'll tackle that on a following paper, on which I will be able to propose positive arguments in favor of the *illegitimacy of indirectly deadly evictions*. As I continue my revision of Evictionism, I shall explore other important issues to Libertarianism as a whole, such as the problems of 'threats' and 'procedural justice'.

11. REFERENCES

BLOCK, Walter E; CEKEREVAC, Zoran. Should abortions be criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on abortion. **FBIM Transactions**, v. 2, p. 33–44, jan. 2014. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_1_2014/_04.pdf>.

BLOCK, Walter. Abortion Once Again: a response to Feser, Goodwin, Mosquito, Sadowsky, Vance and Watkins. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 11–41, jan. 2017. Available at: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50328>>.

BLOCK, Walter. Evictionism is Libertarian; Departurism is Not: Critical Comment o Parr. **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–15, nov. 2012. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-36.pdf>>.

BLOCK, Walter. Rejoinder to Wisniewski on Abortion. **Libertarian Papers**, v. 2, p. 1–9, nov. 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2010/lp-2-32.pdf>>.

BLOCK, Walter. Rejoinder to Wisniewski on Evictionism, Round four. **FBIM Transactions**, v. 2, p. 1–14, jul. 2014. Available at: <https://fbim.meste.org/FBIM_2_2014/R4_01.pdf>.

BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Three. **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–21, dez. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>.

BLOCK, Walter. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two. **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–13, mar. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-4.pdf>>.

PARR, Sean. Departurism and the Libertarian Axiom of Gentleness. **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–18, nov. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-34.pdf>>.

PARR, Sean. Departurism Redeemed - A Response to Walter Block's Evictionism Is Libertarian; Departurism Is Not: Critical Comment on Parr. **Journal of Peace, Prosperity and Freedom**, v. 2, p. 109–123, jan. 2013. Available at: <https://jppfaustralia.weebly.com/uploads/1/4/5/5/14558572/sean_parr.pdf>.

ROTHBARD, Murray N. **For a new liberty: the libertarian manifesto**. 2nd. ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2006. Available at: <https://cdn.mises.org/For%20a%20New%20Liberty%20The%20Libertarian%20Manifesto_3.pdf>

ROTHBARD, Murray N. **The Complete Libertarian Forum: 1969-1984**. 1. ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2012. 2v. Available at: <<https://mises.org/library/complete-libertarian-forum-1969-1984>>.

ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

WISNIEWSKI, Jakub. A Critique of Block on Abortion and Child Abandonment. **Libertarian Papers**, v. 2, maio 2010. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2010/lp-2-16.pdf>>.

WISNIEWSKI, Jakub. Abortion, Libertarianism, and Evictionism: A Last Word. **Libertarian Papers**, v. 5, p. 1–10, jun. 2013. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2013/lp-5-1-6.pdf>>.

WIŚNIEWSKI, Jakub Bożydar. Rejoinder to Block's Defense of Evictionism. **Libertarian Papers**, v. 2, p. 1–7, nov. 2010. Available at: <https://cdn.mises.org/-2-37_3.pdf>.

WIŚNIEWSKI, Jakub Bożydar. Response to Block on Abortion, Round Three. **Libertarian Papers**, v. 3, p. 1–6, mar. 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/wp-content/uploads/article/2011/lp-3-37.pdf>>.



O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões *interna corporis*

Brazilian Supreme Court and the parameters for the control of the acts of the legislative power: limitations of the argument of corporis internal issues

ANA PAULA DE BARCELLOS^{1,*}

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

anapauladebarcellos@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2784-3406>

Recebido/Received: 21.04.2021 / April 21st, 2021

Aprovado/Approved: 28.07.2021 / July 28th, 2021

Resumo

O controle judicial de atos praticados pelo Poder Legislativo é um tema especialmente sensível das relações entre a Constituição, jurisdição constitucional e democracia. O STF invoca com frequência a figura das questões “interna corporis” para concluir pela eventual impossibilidade de revisão judicial de atos do Legislativo. O objetivo deste texto é contribuir para identificar o que são – e o que não são – questões “interna corporis” por meio do exame da seguinte pergunta. A qualidade de “interna corporis” de uma questão decorreria de ela envolver a interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, como sugerido pelo Ministro Relator no Tema 1.120 de Repercussão Geral? A jurisprudência do STF examinada revela que

Abstract

Judicial review of Legislative acts is a sensitive issue in the intersection between Constitution, judicial review, and Democracy. The Brazilian Supreme Court (STF) often resources to the “interna corporis” question when deciding it cannot review a Legislative act. The purpose of this paper is to help identify what “interna corporis” questions are and are not via the answer to the following question. Are “interna corporis” questions those involving the construe of Legislative internal rules, as suggested by the Reporting Justice in General Repercussion Theme 1,120? The exam of the STF case law answers no to this question. Despite the frequent repetition of the idea conveyed by the Reporting Justice in Theme 1,120, in many cases, the Brazilian Supreme Court decided

Como citar esse artigo/How to cite this article: BARCELLOS, Ana Paula de. O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 435-456, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.80693.

* Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-doutorado pela Universidade de Harvard (2012/2013). E-mail: anapauladebarcellos@gmail.com.

a resposta a essa pergunta é negativa. A despeito de afirmações genéricas contidas em decisões reproduzindo essa assertiva, em diversos casos o STF decidiu controlar atos do Legislativo a despeito de a hipótese envolver a interpretação de normas regimentais. A jurisprudência examinada sugere que o critério utilizado pelo STF para definir sua intervenção é a presença de elementos constitucionais que a Corte entendeu relevantes e que deviam ser protegidos, independentemente da necessidade de interpretação de normas regimentais.

Palavras-chave: Poder Legislativo; questões “interna corporis”; controle judicial; jurisprudência; STF.

to review Legislative acts despite the need to construe Legislative internal rules. The Court did so to protect Constitutional elements identified as relevant.

Keywords: Legislative branch; judicial review; “interna corporis” questions; Brazilian Supreme Court case law.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Interpretação das normas regimentais: é esse o critério que o STF utilizada para definir questões interna corporis? 2.1. O tema de Repercussão Geral 1.120 e as diferentes atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo; 2.2. Jurisprudência do STF: a interpretação de normas regimentais não é um critério que corresponda ao entendimento consolidado da Corte na definição das questões “interna corporis”; 3. Com base em quais fundamentos afinal o STF controla atos do Poder Legislativo? Uma tentativa preliminar de sistematização e crítica; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há muitas décadas o STF utiliza a cláusula das questões “interna corporis” quando entende que não lhe cabe controlar atos do Legislativo. Mas o que são afinal questões “interna corporis”? Não há resposta simples para essa pergunta e a pouca consistência da jurisprudência em delinear o sentido da expressão levou pesquisadores à conclusão de que a Corte usa o argumento estrategicamente¹.

No âmbito do Tema 1.120 de Repercussão Geral, o Ministro Dias Toffoli, Relator do recurso extraordinário vinculado, propôs que a seguinte tese fosse fixada a fim de refletir a jurisprudência consolidada da Corte no particular: “*Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis.*”. Embora os demais Ministros tenham concordado, de forma unânime, que a questão era constitucional e deveria ser apreciada em sede de repercussão geral, rejeitaram a tese sugerida pelo Relator². Em algum momento a questão será apreciada pelo Plenário.

¹ Sobre o tema, v. 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.

² A deliberação foi feita via plenário virtual e encerrou-se em 17 dez. 2020.

O presente estudo quer apurar se a “interpretação das normas regimentais das Casas Legislativas”, como pareceu entender o Ministro Relator do Tema 1.120 – RG, é realmente o critério utilizado pelo STF para identificar questões “*interna corporis*”, e assim limitar sua atuação no controle dos atos do Legislativo. O exame da jurisprudência do próprio STF é o método principal para alcançar esses objetivos. O texto não faz um exame exaustivo da jurisprudência, porque tal esforço não seria necessário do ponto de vista metodológico para os objetivos aqui pretendidos. Como se verá, a resposta a tal pergunta é negativa: a Corte não utiliza de forma consistente esse critério, apesar de enunciá-lo com frequência³, controlando atos do Poder Legislativo mesmo diante da presença de normas regimentais a serem interpretadas, invocando para tanto o impacto da questão sobre elementos constitucionais considerados relevantes em cada caso.

Identificar que parâmetros o STF adota, ou não, para definir os limites e possibilidades do controle judicial dos atos do Poder Legislativo é um tema importante por três razões que se interligam. Em primeiro lugar, a atuação do Judiciário controlando a atividade do Poder Legislativo tensiona a separação de poderes. Assim, os critérios que orientam essa atuação devem ser, em primeiro lugar, claros, comunicando um conteúdo que possa ser compreendido pelo restante da sociedade; em segundo lugar, consistentes, isto é: capazes de justificar-se lógica e juridicamente à luz do sistema constitucional; e, por fim, previsíveis, a saber: específicos o suficiente para serem reproduzíveis e, portanto, gerar previsibilidade.

Como se verá, a cláusula das “questões *interna corporis*” utilizada pelo STF sem maiores desenvolvimentos acerca do seu real conteúdo não atende essas exigências, sobretudo em casos em que a questão seja politicamente relevante e parlamentares ou partidos, frequentemente de oposição, solicitam à Corte que intervenha no que tenha ocorrido no âmbito da Casa Legislativa. Naturalmente que critérios, mesmo específicos, jamais serão capazes de dar conta de toda a realidade ou antecipar todos os questionamentos que possam vir a surgir, mas a perfeição inatingível não deve inviabilizar o avanço possível.

Em segundo lugar, a adoção pelo STF de critérios mais claros, consistentes e previsíveis que orientem sua atuação no controle de atos do Poder Legislativo é fundamental para orientar as decisões monocráticas dos próprios Ministros da Corte e do restante do Poder Judiciário. Para além do Congresso Nacional, cada Estado, cada Município e o Distrito Federal têm seus próprios Legislativos e cabe ao Judiciário local apreciar originariamente questionamentos acerca de seus atos. Se a questão decorre

³ Para diversos exemplos, v. SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo. Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **RIL**, Brasília, a. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019.

da separação de poderes, salvo normas locais que criem previsões específicas eventualmente aplicáveis, parece natural que os critérios fixados pelo STF deverão ser igualmente empregados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e igualmente pelos Ministros da própria Corte ao produzirem decisões monocráticas⁴.

Por fim, e em terceiro lugar, assumindo que o controle judicial dos atos do Legislativo se justifica a fim de garantir a observância de elementos constitucionais considerados da maior relevância, será potencialmente melhor para promovê-los que os Legislativos, de todas as esferas federativas, tenham clareza acerca de quais são esses elementos e possam prever o comportamento do Judiciário no caso de questionamentos. Existe já alguma evidência acerca do Congresso Nacional no sentido de que o Legislativo tende a adequar seu comportamento a decisões claras e previsíveis do STF para evitar a eventual invalidação de seus futuros atos. É o que tem acontecido, por exemplo, no caso da exigência de comissões mistas para exame das medidas provisórias⁵ e da vedação a emendas que constituam “contrabandos legislativos” também no âmbito de MPs⁶. É razoável imaginar, portanto, que decisões claras, consistentes e previsíveis do STF no particular terão o potencial de prevenir futuras violações aos entendimentos já firmados pela Corte na rotina das atividades dos Poderes Legislativos dos vários níveis federativos.

⁴ V. Sobre a importância das decisões monocráticas na dinâmica do STF, v. PEREIRA, Thomas, ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de, e ARGUELHES, Diego Werneck. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo**. Rio de Janeiro: Editora FGV Rio, 2020.

⁵ V. BEDRITCHUK, R. R. **Medida Provisória, uma moeda inflacionada**: A inclusão das comissões no rito de tramitação das medidas provisórias e o aumento dos custos de aprovação. Brasília, 2015. 59 f. Monografia (especialização). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516859/TCC_Rodrigo%20Ribeiro%20Bedritchuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁶ V. LAAN, Cesar Rodrigues Van Der. **Um panorama recente da apresentação de emendas sem pertinência temática a medidas provisórias pós-ADI 5.127**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, Fevereiro/2018 (Texto para Discussão nº 244). Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td244>>: “Resumo. Houve mudança significativa no comportamento dos parlamentares após a decisão do STF na ADI nº 5.127/DF, quando considerou ser incompatível com a Constituição a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória (MP) submetida a sua apreciação? O presente trabalho faz uma análise no âmbito do Direito empírico para avaliar os efeitos concretos da decisão do STF de outubro de 2015, objetivando identificar a mudança esperada sobre o nível de pertinência temática das emendas parlamentares oferecidas a MPs em relação ao padrão anterior, objeto de questionamento judicial. Mapeando as MPs e emendas parlamentares apresentadas nas comissões mistas entre jan./14 e out./16, identificou-se uma redução na quantidade geral de emendas parlamentares apresentadas, simultânea à redução no percentual de “jabutis”. Como principal constatação, observa-se menor quantidade de emendas dispostas sobre matérias “totalmente” estranhas, mas também a permanência de oferecimento de emendas consideradas conexas com a matéria veiculada originalmente na MP”.

2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS REGIMENTAIS: É ESSE O CRITÉRIO QUE O STF UTILIZADA PARA DEFINIR QUESTÕES *INTERNA CORPORIS*?

2.1. O tema de Repercussão Geral 1.120 e as diferentes atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo

O Ministro Dias Toffoli no Tema 1.120 de Repercussão Geral entendeu, nos termos de sua proposta, que a jurisprudência consolidada da Corte poderia ser expressa por meio do seguinte enunciado: *“Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis.”* Os demais Ministros, embora concordando com a necessidade de o STF examinar e decidir o tema, ou bem não concordaram que tal enunciado refletia a jurisprudência da Corte, ou bem entenderam que a Corte não tem uma jurisprudência consolidada na matéria ou que, se o tem, ela deveria ser alterada. Os votos lançados no Plenário virtual não precisam ser fundamentados – e efetivamente não foram – de modo que não é possível saber as razões pelas quais cada Ministro rejeitou a tese proposta pelo Relator.

A tese foi proposta pelo Ministro Relator em termos gerais com a pretensão aparente de solucionar a questão do controle jurisdicional de atos do Poder Legislativo de forma ampla. O recurso extraordinário vinculado, porém, trata de situação bastante particular no âmbito do processo legislativo que resultou na Lei 13.654/18, e que, de fato, já foi diversas vezes examinada pelo STF. O acórdão objeto do recurso extraordinário dirigido ao STF entendeu que o art. 4º da Lei 13.654/18 seria formalmente inconstitucional pois houve um erro na publicação no Diário Oficial do Senado Federal após decisão da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado que incluiu o dispositivo no projeto de lei. O acórdão recorrido entendeu que tal erro corresponderia a um vício insanável do processo legislativo, e teria prejudicado a ciência do restante dos Senadores acerca do que havia sido decidido pela CCJC, bem como sua possibilidade de apresentar recurso contra a decisão terminativa da Comissão para o Plenário.

De forma mais específica, o que se passou foi o seguinte. A CCJC do Senado alterou o projeto de lei em caráter terminativo para incluir artigo prevendo a revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, que previa aumento de pena para o crime de roubo se a violência ou ameaça fosse “exercida com emprego de arma”. Entretanto, o texto publicado no Diário Oficial do Senado Federal não incluiu esse artigo aprovado no âmbito da CCJC. Não houve recurso da decisão da Comissão para o Plenário do Senado. Antes da remessa do PL à Câmara dos Deputados, verificou-se o erro que foi

corrigido pela CORELE – Coordenação de Redação Legislativa. A Câmara manteve a previsão de revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal aprovada pela CCJC do Senado, mas aprovou um substitutivo ao PL. Esse substitutivo – que continha em seu art. 4º a revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal – foi novamente submetido ao Senado Federal, aprovado e sancionado dando origem à Lei 13.654/18.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli lista várias decisões, de diferentes Ministros, no sentido de não visualizar inconstitucionalidade formal na hipótese, sob o argumento de para isso seria necessário interpretar disposições regimentais, o que restaria vedado pois se trataria de questão *“interna corporis”*. Embora tenha sido selecionado para fins de repercussão geral, o caso parece bastante particular e é sintomático que o tema tenha chegado ao STF no contexto de processos penais nos quais a norma está sendo aplicada, e não por meio de demandas ajuizadas por parlamentares derrotados na disputa político-parlamentar. Seja como for, a tese proposta pelo Ministro Relator, como se viu, não faz qualquer referência específica às circunstâncias do caso que deu origem ao recurso e, a rigor, sequer limita sua aplicação ao universo do processo legislativo.

Pois bem. A pergunta então a ser examinada pode ser enunciada da seguinte forma. Seria consistente afirmar, como sugeriu o Ministro Dias Toffoli nos termos acima descritos, que o critério adotado pela jurisprudência do STF acerca da possibilidade ou não de controle judicial dos atos do Poder Legislativo é a circunstância de os casos envolverem ou não interpretação de normas regimentais? Ou ao menos esse seria o caso no contexto do processo legislativo (que é do que trata afinal o recurso extraordinário vinculado)? E resposta é negativa.

Sem pretender propor uma teoria geral dos atos do Poder Legislativo, é possível visualizar no sistema organizado pela Constituição de 1988 ao menos 3 (três) outras atividades especialmente relevantes levadas a cabo pelo Legislativo para além da elaboração normativa. Cabe às Casas (i) sua organização interna e de seus serviços; (ii) os Legislativos desenvolvem importantes atividades de fiscalização, que podem incluir a restrição a direitos de terceiros; e (iii) há ainda as atividades decorrentes das competências sancionatórias, que podem atingir tanto os próprios parlamentares quanto terceiros. Como se verá, ao examinar atos praticados pelo Legislativo no âmbito das atividades (i), (ii) e (iii), o tema da interpretação de normas regimentais sequer é especialmente relevante na jurisprudência do STF. E mesmo em relação ao processo legislativo (iv), também não é correta a afirmação de que o critério usado pela Corte para decidir o que seria ou não questão *“interna corporis”* é a necessidade de interpretação de normas regimentais.

A demonstração da afirmação acima não exige, do ponto de vista metodológico, uma pesquisa exaustiva da jurisprudência da Corte. Basta verificar que há diversas decisões, que sequer são sinalizadas como casos excepcionais, nas quais o STF não

utiliza o critério da interpretação das normas regimentais para balizar sua atividade de controle de atos do Poder Legislativo. É disso que trata o próximo tópico.

2.2. Jurisprudência do STF: a interpretação de normas regimentais não é um critério que corresponda ao entendimento consolidado da Corte na definição das questões “*interna corporis*”

Inicie-se pelo tema da organização interna do próprio legislativo. O STF tem uma tradicional jurisprudência – o HC 129.129, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 25.11.2019, é apenas um exemplo – no sentido de invalidar atos de Presidentes das Casas Legislativas que tornem fechadas as sessões de modo a impedir o ingresso do público. No HC 129.129, os impetrantes pretendiam a invalidade de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que havia decidido que a sessão de votação da PEC 171/93, que tratava da redução da maioria penal, não seria aberta ao público, de modo que lhes fosse garantida a entrada nas galerias do plenário onde a sessão ocorreria. A ordem foi concedida em parte para assegurar os impetrantes tal direito, sem prejuízo da devida observância das medidas de policiamento da Casa.

Ao examinar o argumento da autoridade coatora de que se trataria de norma interna e, portanto, de questão “*interna corporis*”, a Ministra Relatora afirmou apenas que “o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de ser viável o controle jurisdicional para salvaguardar os preceitos constitucionais”, transcrevendo na sequência trecho do MS 24.849, no qual a Corte reconheceu o direito da minoria parlamentar de ver instaurada comissão parlamentar de inquérito, tema sobre o que se tratará adiante.

Embora o ato discutido no *habeas corpus* fosse de fato um ato interno relacionado com a organização e funcionamento das sessões da Casa, e inexistia qualquer norma constitucional específica dispondo sobre a necessidade de as sessões das casas legislativas serem abertas ao público, o entendimento da Corte foi o de que a proibição prévia do acesso do público afetava elementos relevantes da Constituição: não apenas o direito de ir e vir, como também a cidadania e a participação democrática. O STF, portanto, considerou possível rever e invalidar ato interno da Casa Legislativa – do seu Presidente – e afastou o argumento de que se trataria de questão “*interna corporis*” pelo impacto do ato em questão sobre elementos constitucionais, ainda que não se tratasse de norma constitucional específica que estivesse sendo violada.

Talvez a jurisprudência mais conhecida do STF sobre o controle de atos legislativos seja aquela que se dirige ao exercício de suas competências de fiscalização, em particular no que diz respeito às comissões parlamentares de inquérito. Na realidade, há dois corpos distintos de decisões relevantes nesse tema. O primeiro envolve o entendimento, citado inclusive pela Ministra Carmen Lúcia no caso referido acima, de que a minoria parlamentar tem o direito de ver constituída a comissão parlamentar de

inquérito a despeito da omissão dos partidos do bloco majoritário em indicar membros para referida comissão. Para garantir tal direito o STF não apenas interpretou normas regimentais, como determinou ao Presidente da Casa Legislativa a indicação compulsória dos membros para a composição da CPI tendo em conta a interpretação analógica de normas regimentais que preveem tal solução para outras hipóteses.

Esse tema foi enfrentado pelo STF em vários mandados de segurança (*e.g.*, MS 24.831, MS 24.847, MS 24.849) com fundamentação similar: aqui se vai utilizar como paradigma o MS 24.831. A hipótese envolvia requerimento de instauração de CPI para investigação de casas de bingo, jogos de azar e lavagem de dinheiro, subscrita por mais de um terço dos Senadores, como exigido pela Constituição (CF/88, art. 58, § 3º). O Presidente do Senado solicitou aos líderes partidários a indicação dos Senadores que integrariam a CPI, a fim de garantir a proporcionalidade na composição das comissões legislativas prevista constitucionalmente (CF/88, art. 58, § 1º). Os líderes dos partidos majoritários, porém, permaneceram inertes, inviabilizando na prática a criação da CPI. O Senador Arthur Virgílio solicitou ao Presidente do Senado que suprisse tal omissão, mas ele se negou sob o fundamento de que as normas regimentais reservam tal poder aos líderes dos partidos. Da decisão do Presidente houve recurso para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, desprovido.

Diante do impasse no Senado, um grupo de Senadores impetrou então o MS 24.831 perante o STF, Relator o Ministro Celso de Mello, que veio a ser julgado em 22.06.2005. Por maioria a Corte reconheceu o direito da minoria parlamentar à efetiva criação da CPI e expediu uma ordem ao Presidente do Senado nos seguintes termos: *"Devendo, o Senhor Presidente do Senado, mediante aplicação analógica do art. 28, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, c/c o art. 85, caput, do Regimento Interno do Senado Federal, proceder, ele próprio, à designação dos nomes faltantes dos Senadores que irão compor esse órgão de investigação legislativas, observado, ainda, o disposto no § 1º do art. 58 da Constituição da República."*

A autoridade impetrada pretendeu impedir o conhecimento do *writ* sob o argumento de que o tema envolvia questão *"interna corporis"* e a interpretação de normas regimentais. Ao examinar tal argumento, porém, o STF esclareceu que é legítima a intervenção judicial na esfera orgânica dos Poderes Legislativos uma vez que eles *"ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional!"*⁷. No caso, o direito da minoria de fiscalizar o exercício do poder – o direito de fazer oposição – por meio da criação de

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.831**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 04 ago. 2006.

CPIs foi caracterizado como um direito público subjetivo de estatura constitucional, cujo exercício a manobra levada a cabo pelos líderes da maioria tentava inviabilizar.

O STF desenvolveu ainda um segundo corpo de decisões relacionado com as comissões parlamentares de inquérito, agora voltado a estabelecer limites aos atos praticados por essas comissões visando a proteger direitos constitucionais de terceiros. Assim, o STF reconheceu às pessoas convocadas para depor perante CPIs o direito ao silêncio como garantia contra a não-autoincriminação, independente do conteúdo de normas regimentais⁸. O STF exige igualmente que as deliberações que pretendam impor medidas restritivas de direitos sejam fundamentadas⁹ e decididas pelo colegiado¹⁰, além de ter decidido que a competências “próprias das autoridades judiciais” de que trata a Constituição não incluem providências submetidas a reserva de jurisdição¹¹.

Na construção dessa jurisprudência, embora normas internas – regimentais ou editadas pelas próprias Comissões – tenham sido interpretadas pela Corte e o argumento da inviabilidade de controle judicial suscitado, ele não foi considerado um ponto relevante. O Tribunal entendeu que os atos do Legislativo, no caso das CPIs, afetavam direitos constitucionais de terceiros de modo que o controle era possível, sem se

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., **Habeas Corpus nº 100.200**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 27 ago. 2010: “É jurisprudência pacífica desta Corte a possibilidade de o investigado, convocado para depor perante CPI, permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação, além de ter assegurado o direito de ser assistido por advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição. (...) Considerando a qualidade de investigado convocado por CPI para prestar depoimento, é imperiosa a dispensa do compromisso legal inerente às testemunhas. Direitos e garantias inerentes ao privilégio contra a autoincriminação podem ser previamente assegurados para exercício em eventuais reconvocações.”

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.663**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 18 ago.2015: “Deliberação da CPI/Petrobras que, embora não abrangente do domicílio dos impetrantes, ressentir-se-ia da falta da necessária fundamentação substancial. Ausência de indicação, na espécie, de causa provável e de fatos concretos que, se presentes, autorizariam a medida excepcional da busca e apreensão, mesmo a de caráter não domiciliar.”

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.817**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 6 nov. 2009: “O princípio da colegialidade traduz diretriz de fundamental importância na regência das deliberações tomadas por qualquer CPI, notadamente quando esta, no desempenho de sua competência investigatória, ordena a adoção de medidas restritivas de direitos, como aquelas que importam na revelação (*disclosure*) das operações financeiras ativas e passivas de qualquer pessoa. A legitimidade do ato de quebra do sigilo bancário, além de supor a plena adequação de tal medida ao que prescreve a Constituição, deriva da necessidade de a providência em causa respeitar, quanto à sua adoção e efetivação, o princípio da colegialidade, sob pena de essa deliberação reputar-se nula.”

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.663**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 18 ago.2015: “Impossibilidade jurídica de CPI praticar atos sobre os quais incida a cláusula constitucional da reserva de jurisdição, como a busca e apreensão domiciliar (...). Possibilidade, contudo, de a CPI ordenar busca e apreensão de bens, objetos e computadores, desde que essa diligência não se efetive em local inviolável, como os espaços domiciliares, sob pena, em tal hipótese, de invalidade da diligência e de ineficácia probatória dos elementos informativos dela resultantes. Deliberação da CPI/Petrobras que, embora não abrangente do domicílio dos impetrantes, ressentir-se-ia da falta da necessária fundamentação substancial. Ausência de indicação, na espécie, de causa provável e de fatos concretos que, se presentes, autorizariam a medida excepcional da busca e apreensão, mesmo a de caráter não domiciliar.”

cogitar de que o argumento das questões “*interna corporis*” funcionaria como um óbice no particular, independentemente da interpretação de normas regimentais.

Como se vê, ao examinar questões relacionadas com o funcionamento interno das Casas Legislativas e com suas competências fiscalizatórias – particularmente envolvendo a atuação de CPIs –, o STF não considera a eventual interpretação de normas regimentais como o critério que define se lhe cabe ou não controlar o ato do Poder Legislativo. O mesmo acontece em relação às competências sancionadoras a cargo do Legislativo, seja quando elas se dirigem aos próprios parlamentares ou ao Chefe do Executivo em procedimentos por crime de responsabilidade. Com efeito, o STF em várias oportunidades tem considerado que lhe cabe examinar atos do Legislativo nesse contexto, embora eles envolvam a interpretação de normas regimentais. O argumento central é que, a despeito do espaço próprio das normas regimentais para regular tais procedimentos sancionadores, elas não podem violar determinados conteúdos que decorrem das garantias constitucionais do direito de defesa e do devido processo legal¹².

Assim, por exemplo, o STF considerou inválida, por violar o devido processo legal, a reinquirição de testemunhas de acusação ouvidas após as da defesa em processo por quebra de decoro parlamentar¹³. Também no âmbito de processos por crime de

¹² V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.327**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado em 01 ago. 2017: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE MANDATO DE DEPUTADO FEDERAL. QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. ALEGADAS NULIDADES. 1. O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias. Nenhuma das hipóteses ocorre no presente caso. 2. A suspensão do exercício do mandato do impetrante, por decisão desta Corte em sede cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato: ninguém pode se beneficiar da própria conduta reprovável. Inexistência de violação à ampla defesa ou de direito subjetivo a dilações indevidas. O precedente formado no MS 25.579 MC, Rel. p./ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, se referia a parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo e responsabilizado por atos lá praticados. Naquele caso, aliás, a medida liminar foi indeferida, pois se reputou a infração enquadrada no Código de Ética e Decoro Parlamentar. 3. A alegação de que o relator do processo no Conselho de Ética estaria impedido por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante, por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos, não configura hipótese justificadora de intervenção judicial. Precedente: MS 33.729 MC, de minha relatoria. 4. Não há que se falar em violação ao contraditório decorrente do aditamento da denúncia, providência admitida até em sede de processo penal, uma vez que o impetrante teve todas as possibilidades de se defender, o que foi feito de forma ampla e tecnicamente competente. 5. Ausência de ilicitude na adoção da votação nominal do parecer no Conselho de Ética, forma que mais privilegia a transparência e o debate parlamentar, e adotada até em hipóteses mais graves do que a ora em discussão. Deferência para com a interpretação regimental acolhida pelo órgão parlamentar, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do RI/CD fora do Plenário da Câmara dos Deputados. Inexistência de vedação expressa e inocorrência de “efeito manada”. 6. Validade do quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça. Não há nas Comissões suplentes vinculados.”

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.647**, Rel. Min. Carlos Britto, publicado em 15 dez. 2006: “EMENTA: PARLAMENTAR. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade consequente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (due process of law). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em

responsabilidade contra o Chefe do Executivo, e por fundamentos similares, o STF fixou que o acusado tem o direito de se manifestar após a acusação¹⁴. Mas não são apenas direitos fundamentais vinculados ao direito de defesa e ao devido processo legal que fundamentam a atuação do STF no particular. A Corte invocou os princípios democrático, representativo e republicano, e as exigências de transparência e prestação de contas que deles decorre, para impor que todas as votações nos processos de *impeachment* sejam abertas, a despeito da interpretação interna das Casas acerca das normas regimentais aplicáveis¹⁵.

Por fim, cabe retornar ao processo legislativo, tema em torno do qual gira o recurso extraordinário que deu origem ao Tema 1.120 de repercussão geral. Será que nesse ambiente específico, ao contrário do que acontece nos outros contextos identificados acima, o critério da “interpretação de normas regimentais” seria efetivamente adotado pelo STF para decidir quando lhe cabe ou não examinar atos do Poder Legislativo? A resposta também aqui é negativa, embora em algumas hipóteses o critério até possa ser utilizado pela Corte para bloquear o conhecimento de postulações que lhe são submetidas. Nada obstante, não se trata de um entendimento consolidado, ao contrário. Em diversos casos – e sobretudo quando a questão é levada à Corte por parlamentares – a circunstância de a hipótese envolver a interpretação de normas regimentais não impede que o STF conheça da questão. Alguns exemplos são capazes de demonstrar o ponto.

processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contradição real.”

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/MC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado em 8 mar. 2016: “A DEFESA TEM DIREITO DE SE MANIFESTAR APÓS A ACUSAÇÃO (ITEM E DO PEDIDO CAUTELAR): No curso do procedimento de impeachment, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de um modo geral, após a acusação. Concretização da garantia constitucional do devido processo legal (due process of law). Precedente: MS 25.647-MC, Redator p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Plenário. Procedência do pedido.”

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/MC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado em 8 mar. 2016: “5. A VOTAÇÃO PARA FORMAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL SOMENTE PODE SE DAR POR VOTO ABERTO (CAUTELAR INCIDENTAL): No impeachment, todas as votações devem ser abertas, de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e legitimação do processo. No silêncio da Constituição, da Lei nº 1.079/1950 e do Regimento Interno sobre a forma de votação, não é admissível que o Presidente da Câmara dos Deputados possa, por decisão unipessoal e discricionária, estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RI/CD, por analogia, à eleição para a Comissão Especial de impeachment. Em uma democracia, a regra é a publicidade das votações. O escrutínio secreto somente pode ter lugar em hipóteses excepcionais e especificamente previstas. Além disso, o sigilo do escrutínio é incompatível com a natureza e a gravidade do processo por crime de responsabilidade. Em processo de tamanha magnitude, que pode levar o Presidente a ser afastado e perder o mandato, é preciso garantir o maior grau de transparência e publicidade possível. Nesse caso, não se pode invocar como justificativa para o voto secreto a necessidade de garantir a liberdade e independência dos congressistas, afastando a possibilidade de ingerências indevidas. Se a votação secreta pode ser capaz de afastar determinadas pressões, ao mesmo tempo, ela enfraquece o controle popular sobre os representantes, em violação aos princípios democrático, representativo e republicano. Por fim, a votação aberta (simbólica) foi adotada para a composição da Comissão Especial no processo de impeachment de Collor, de modo que a manutenção do mesmo rito seguido em 1992 contribui para a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento. Procedência do pedido.”

Inicie-se com o MS 22.503, julgado em maio de 1996¹⁶. Alguns trabalhos doutrinários criticaram essa decisão do STF de forma específica exatamente por consagrar a doutrina das questões *interna corporis*¹⁷. De fato, isso foi afirmado pela Corte, mas a assertiva não corresponde ao que foi efetivamente decidido. O mandado de segurança foi impetrado por parlamentares contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação da Casa emenda aglutinativa de emenda constitucional que, segundo os impetrantes, já havia sido rejeitada na mesma sessão legislativa. A impetração invoca como violados uma série de dispositivos regimentais, não fazendo menção, curiosamente, ao art. 60, § 5º da Constituição que traz previsão nesse mesmo sentido.

A Corte não conheceu do mandado de segurança relativamente aos fundamentos regimentais, entendendo que se trataria de matéria *interna corporis*. Reconhecendo, porém, que a mesma regra consta do art. 60, § 5º da Constituição, conheceu do *writ* sob esse fundamento, ainda que não tivesse sido invocado. Para decidir a questão, porém, a Corte não pode evitar de ocupar-se do exame das normas regimentais que definem o que deve ser considerado como proposta original, em que consistem substitutivos e

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503**, Rel. para o acórdão Min. Mauricio Correa publicado em 6 jun. 2017: “I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há insita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II - Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido.”

¹⁷ V., por exemplo, SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, pp. 146-163, ago. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfaccdir/article/view/73148>>. Acesso em 1 abr. 2021; BUSTAMANTE, Thomas e BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substantialista do STF. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 13, pp. 346-388, 2016. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>>. Acesso em 1 abr. 2021.

emendas aglutinativas, bem como o que se considera como matérias rejeitadas ou prejudicadas. A conclusão do STF – em clara interpretação das normas regimentais (correta ou incorreta, não se ingressa aqui na discussão de fundo) – foi a de que o Presidente do Senado havia aplicado adequadamente as normas regimentais na hipótese já que apenas o substitutivo à PEC havia sido rejeitado, e não a proposta original encaminhada pelo Executivo, de modo que o dispositivo constitucional não se aplicaria. O MS foi afinal conhecido, em parte, e indeferido.

Saltando para maio de 2006, vale examinar agora a ADI 3.146, na qual se questionava a inconstitucionalidade formal de dispositivo da Lei nº 10.828/03¹⁸. A hipótese era basicamente a seguinte. A secretaria do Senado Federal havia recebido, vindas da Câmara, duas medidas provisórias dois dias antes da deliberação do projeto de lei (PL) que deu origem à lei impugnada. As MPs, entretanto, ainda não tinham sido lidas no Plenário, de modo que o Presidente do Senado entendeu que, ausente a leitura, não se produzia o efeito de sobrestamento das demais proposições legislativas previsto pela Constituição, e o PL foi alvo de deliberação. As MPs acabaram sendo lidas e votadas na mesma sessão, apenas que após o PL. O partido requerente da ADI considerava que o fundamento da decisão do Presidente do Senado – de que a “ausência de leitura” da MP impedia o efeito de bloqueio da pauta – autorizaria uma fraude à Constituição, já que bastaria ao Senado “reter” as MPs e não proceder à sua leitura para impedir a incidência do dispositivo constitucional.

Quando do julgamento da ADI 3.146, vários Ministros registraram que a questão envolvia a interpretação de normas regimentais, apesar do possível impacto que eventual abuso por parte do Legislativo no uso do argumento da “ausência de leitura” das MPs poderia gerar sobre o art. 62, § 6º da Constituição, abuso que a Corte entendeu, entretanto, não ter ocorrido no caso examinado. O Ministro Carlos Britto chegou a afirmar: *“Entendo que nesse momento, não devemos caracterizar o tema, se é matéria, ou não, interna corporis. Essa linha divisória, aqui, está muito imprecisa, muito tênue.”* Ao fim, o STF, por maioria, conheceu da ação e a julgou improcedente, por não visualizar abuso ou fraude na hipótese. A maioria dos Ministros sinalizou, porém, que diante de outras circunstâncias, em que observado abuso, o entendimento seria diverso, no sentido da inconstitucionalidade formal.

Mais um salto no tempo, agora para outubro de 2015. Ao julgar a ADI 5.127¹⁹, o STF, por maioria, firmou o entendimento no sentido da inconstitucionalidade formal de emendas a projetos de conversão de medidas provisórias que não guardem pertinência temática com o conteúdo original da MP, os chamados “contrabandos legislativos”,

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.146**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 19 dez. 2006.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127**, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin, publicado em 11 mai. 2016.

a ser aplicado apenas para o futuro. Não há norma específica na Constituição que trate do assunto, e o ponto foi expressamente reconhecido inclusive pelos Ministros que formaram a maioria. Interessantemente, um dos argumentos suscitados, tanto pela corrente vencedora, quanto pela vencida, foi a existência de norma regimental sobre o ponto: a Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, que integra o Regimento Comum. A norma expressamente veda o “contrabando legislativo”, atribuindo ao Presidente da Comissão Mista a competência para o indeferimento liminar de emendas que versem sobre matéria estranha ao tratado na medida provisória e regulando a possibilidade de recurso dessa decisão a ser decidido pelo plenário da Comissão²⁰.

Para o Ministro Dias Toffoli, que restou vencido, exatamente por não haver norma constitucional expressa e a questão ser tratada em norma regimental *“não cabe a este Supremo Tribunal avaliar se determinado ato normativo, resultante de emenda a projeto de conversão de medida provisória, veicula matéria correlata ou não ao tema do ato normativo originário. Essa questão diz respeito a assunto interno do Poder Legislativo, não devendo ser sindicada pelo Poder Judiciário.”* Para o Ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, que integrou a maioria, de fato não há norma constitucional expressa sobre a matéria e desenvolveu-se ao longo do tempo, no âmbito do Legislativo, um costume constitucional que admitia o “contrabando legislativo”; mais recentemente, porém, passou-se a perceber que esse costume é incompatível com a Constituição²¹.

²⁰ Resolução 1/2020, do Congresso Nacional: “Art. 4º Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal. § 1º Somente poderão ser oferecidas emendas às Medidas Provisórias perante a Comissão Mista, na forma deste artigo. § 2º No prazo de oferecimento de emendas, o autor de projeto sob exame de qualquer das Casas do Congresso Nacional poderá solicitar à Comissão que ele tramite, sob a forma de emenda, em conjunto com a Medida Provisória. § 3º O projeto que, nos termos do § 2º, tramitar na forma de emenda à Medida Provisória, ao final da apreciação desta, será declarado prejudicado e arquivado, exceto se a Medida Provisória for rejeitada por ser inconstitucional, hipótese em que o projeto retornará ao seu curso normal. § 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar. § 5º O autor da emenda não aceita poderá recorrer, com o apoio de 3 (três) membros da Comissão, da decisão da Presidência para o Plenário desta, que decidirá, definitivamente, por maioria simples, sem discussão ou encaminhamento de votação. § 6º Os trabalhos da Comissão Mista serão iniciados com a presença, no mínimo, de 1/3 (um terço) dos membros de cada uma das Casas, aferida mediante assinatura no livro de presenças, e as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas.”

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127**, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin, publicado em 11 mai. 2016, trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “A questão, basicamente, é a seguinte: não existe uma regra na Constituição que proíba expressamente a apresentação de emendas parlamentares às medidas provisórias que não tenham pertinência temática. Simplesmente não existe essa regra, nem essa previsão. Diante da ausência de proibição, pelo menos explícita, o que se desenvolveu, Presidente e Ministro Celso de Mello, foi um costume que admitia essa prática. Um costume, como sabemos, é uma importante fonte subsidiária do Direito. O costume consiste, basicamente, numa prática reiterada que seja socialmente aceita. E, portanto, parece-me fora de dúvida que estamos falando de um costume constitucional que se criou e que se consolidou ao longo dos muitos anos de vigência da Constituição de 1988. (...) mais recentemente, adveio uma clara percepção de que esse costume é incompatível com a Constituição. Esse é um costume que produz efeitos colaterais graves e antagônicos à Constituição, como apontou a Ministra Rosa Weber no seu voto.”

Como se percebe, e salvo para o Ministro Dias Toffoli, a questão de a matéria envolver, como envolvia, normas regimentais não representou óbice a que a Corte conhecesse do assunto e decidisse acerca dele. Do ponto de vista constitucional, como os votos e a ementa apontam, a racionalidade adotada pelo STF para concluir pela inconstitucionalidade da prática decorre dos impactos negativos que o contrabando legislativo produz sobre os princípios democrático e o devido processo legislativo, tendo em conta, dentre outros argumentos, a enorme limitação para o debate parlamentar e social que esse artifício gera, fraudando a dinâmica natural do processo legislativo ordinário. Assim, não parece consistente afirmar, também em relação ao processo legislativo, que a circunstância de o tema envolver a interpretação de normas regimentais impediria seu conhecimento pelo Judiciário por atrair a cláusula das questões “*interna corporis*”.

Por fim, no MS 27.931, em julgamento realizado em junho de 2017, o Plenário do STF confirmou entendimento do Relator, Ministro Celso de Mello, proferido em 2009, que indeferiu mandado de segurança impetrado por parlamentares contra deliberação do Presidente da Câmara dos Deputados. A controvérsia no âmbito da Câmara envolvia a extensão do trancamento da pauta produzido por medidas provisórias não deliberadas no prazo constitucional e, nesse contexto, se discutia o sentido da expressão “todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”, contida no art. 62, § 6º da Constituição de 1988. O Presidente da Casa, em resposta a questão de ordem, decidiu que a expressão constitucional abarcaria apenas as deliberações que versassem sobre matérias que pudessem ser disciplinadas por meio de medida provisória. As demais deliberações, portanto, não sofreriam o efeito de trancamento da pauta. Inconformados com esse entendimento, a seu ver incompatível com o texto constitucional, parlamentares impetraram o referido mandado de segurança.

Curiosamente, tanto o Relator, quanto o colegiado, indeferiram o mandado de segurança – mantendo a validade da decisão do Presidente da Câmara dos Deputados – mas não por se tratar de questão *interna corporis*, já que envolveria a interpretação de normas internas. A Corte não se limitou a produzir o efeito prático de manter a decisão do Presidente da Casa Legislativa, o que seria alcançado pela denegação da ordem, sob o fundamento de autocontenção por conta da separação de poderes. Muito ao contrário, o STF indeferiu o mandado de segurança e deu interpretação conforme ao art. 62, § 6º da Constituição de 1988 para definir – com clara pretensão de que tal entendimento seja aplicado de forma geral – que o sentido do texto constitucional seja aquele definido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, e não qualquer outro. Ou seja: a norma interna da Casa Legislativa (de seu Presidente, a rigor) foi utilizada para dar interpretação conforme ao texto constitucional. Esse o dispositivo da decisão:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), indeferiu o mandado de segurança e deu, ao § 6º do art. 62 da Constituição, na redação resultante da EC 32/2001, interpretação conforme à Constituição, para, sem redução de texto, restringir-lhe a exegese, em ordem a que, afastada qualquer outra possibilidade interpretativa, seja fixado entendimento de que o regime de urgência previsto em tal dispositivo constitucional – que impõe o sobrestamento das deliberações legislativas das Casas do Congresso Nacional – refere-se, tão somente, àquelas matérias que se mostram passíveis de regramento por medida provisória, excluídos, em consequência, do bloqueio imposto pelo mencionado § 6º do art. 62 da Lei Fundamental, as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de lei ordinária, aqueles que veiculem temas pré-excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias (CF, art. 62, § 1º, I, II e IV).”²²

As razões que levaram a tal decisão por parte do STF se relacionam com o que a Corte percebia como um abuso no uso de medidas provisórias bloqueando a pauta do Legislativo e impedindo o desenvolvimento das funções institucionais do Congresso Nacional. A solução concebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados foi visualizada como uma forma de minimizar esse problema, devendo não só ser preservada, mas adotada como interpretação conforme da própria Constituição. Para a maioria, a despeito de se tratar de uma norma interna do Legislativo, a questão envolvia, na expressão do Relator, um “litígio constitucional”, afetando o equilíbrio e o controle recíproco entre os Poderes Legislativo e Executivo²³. A decisão menciona ainda um direito público subjetivo dos parlamentares à correta elaboração das leis e demais atos normativos, que estaria sendo prejudicado pelo bloqueio do funcionamento legislativo normal em função da quantidade de medidas provisórias. Também aqui, como se vê, a circunstância de a interpretação do caso envolver normas internas da Câmara dos Deputados não impediu, muito ao revés, que o STF conhecesse da controvérsia.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27.931**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 28 out.2020.

²³ Trecho do voto do Ministro Relator: “2. Possibilidade de controle jurisdicional da deliberação parlamentar ora questionada, por ocorrente, na espécie, situação configuradora de litígio constitucional. (...) Em uma palavra, Senhor Presidente: a índole política dos atos e procedimentos parlamentares não basta, só por si, para subtraí-los à esfera de controle jurisdicional, eis que sempre caberá, a esta Suprema Corte, mediante formal provocação da parte lesada, o exercício da jurisdição constitucional – que lhe é inerente –, nos casos em que se alegue ofensa, atual ou iminente, a direitos individuais ou a cláusulas constitucionais em geral, pois nenhum Poder da República tem legitimidade para desprezar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos ou de membros integrantes de qualquer dos Poderes do Estado. (...) 3. A competência extraordinária de editar medidas provisórias não pode legitimar práticas de cesarismo governamental nem inibir o exercício, pelo Congresso Nacional, de sua função primária de legislar.” (...) Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, considerada a “ratio” subjacente à decisão ora impugnada, que a solução interpretativa dada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados encerra uma resposta jurídica qualitativamente superior àquelas que buscam sustentar – e, mais grave, preservar – virtual interdição das funções legislativas do Congresso Nacional.

A seleção de casos apresentada acima, e sem prejuízo de uma pesquisa ainda mais abrangente, permite concluir com conforto que não é correta a afirmação de que a jurisprudência predominante do STF qualifica como questões *interna corporis* – para o fim de concluir que não lhe cabe conhecer da matéria – casos que envolvam a interpretação de normas regimentais ou, de forma mais geral, normas internas das Casas Legislativas. Embora alguns casos sejam solucionados dessa forma e a assertiva teórica seja utilizada pela Corte, diversos outros casos, de grande repercussão inclusive, não utilizam essa espécie de critério decisório.

3. COM BASE EM QUAIS FUNDAMENTOS AFINAL O STF CONTROLA ATOS DO PODER LEGISLATIVO? UMA TENTATIVA PRELIMINAR DE SISTEMATIZAÇÃO E CRÍTICA

Se o critério adotado pelo STF para definir o que são ou não questões “*interna corporis*” não é necessariamente, como se viu, a interpretação de norma regimental, que critérios o STF utiliza afinal? Que fundamentos definem ou ao menos delineiam as hipóteses em que o Judiciário pode ou não rever atos do Poder Legislativo? Já se discutiu inicialmente a importância de que tais fundamentos sejam claros, consistentes e previsíveis.

Uma primeira conclusão que se pode apurar da jurisprudência examinada revela que o STF tende a utilizar como critério para avaliar se lhe cabe ou não rever atos do Legislativo o impacto que tais atos tenham ou possam ter sobre alguma norma constitucional, explícita ou implícita; muito mais do que a necessidade ou não de que normas regimentais sejam interpretadas e aplicadas para solução do caso. Dito de outro modo, o possível impacto sobre normas constitucionais é um argumento capaz de derrotar com relativa facilidade aquele outro da interpretação das normas regimentais. Naturalmente que “possível impacto sobre normas constitucionais explícitas ou implícitas” não chega a ser um critério minimamente claro ou previsível, sobretudo tendo em conta a abrangência da Constituição de 1988. Mas é possível avançar.

A partir dos casos narrados acima, é possível identificar desde logo três grupos de normas constitucionais que desencadearam o controle do STF sobre atos do Poder Legislativo e, portanto, sinalizam parâmetros na matéria. Algumas dessas normas se apresentam de forma razoavelmente clara e previsível e, portanto, são capazes de comunicar aos Legislativos que essas são previsões que, se desrespeitadas, autorizarão controle judicial. O mesmo não se pode dizer em relação a outras, de modo que será da maior importância, para os fins discutidos inicialmente, que a doutrina e a própria jurisprudência do STF ao longo do tempo sejam capazes de conferir maior clareza, consistência e previsibilidade a esses parâmetros.

O *primeiro grupo* de normas constitucionais que mobilizam o controle judicial de atos do Legislativo são direitos individuais. O STF entende – com toda razão – que o Legislativo, como qualquer órgão estatal, deve respeito aos direitos individuais assegurados pela Constituição de 1988, como o direito de ir e vir, o direito ao contraditório e a ampla defesa, o direito à privacidade e a eventuais sigilos que ele autorize, bem como à proteção de dados e do domicílio, dentre outros. Assim, seja na organização interna das Casas Legislativas, seja na sua atuação de fiscalização ou de aplicação de sanções, tais direitos individuais previstos pela Constituição têm sido considerados fundamentos válidos para a intervenção judicial na atividade do Poder legislativo, ainda que para tanto seja necessário examinar, interpretar ou mesmo invalidar norma interna das Casas Legislativas.

Um *segundo grupo* de normas constitucionais reúne previsões que a Corte tem identificado como prerrogativas dos próprios parlamentares e sobretudo das minorias parlamentares. Outras decisões do STF, além das discutidas aqui sobre o direito das minorias à instauração de CPIs, poderiam ser incluída aqui, como aquelas que autorizam os parlamentares a impetrar mandado de segurança contra processo legislativo que vise à deliberação de proposição tendente a abolir cláusula pétrea. Tais decisões não foram examinadas aqui pois não se relacionam diretamente com o tema das questões “*interna corporis*”.

Um *terceiro grupo* de normas diz respeito à separação de poderes e à preservação do Legislativo – de seu funcionamento adequado e de suas funções – em face do Executivo. O exemplo aqui é a decisão proferida no MS 27.931, que consagrou o entendimento firmado pelo Presidente da Câmara acerca das matérias que sofreriam o efeito obstativo das medidas provisórias. De toda sorte, não é irrelevante observar que o STF entendeu que poderia intervir em uma disputa interna entre os próprios parlamentares sob o fundamento de preservar a separação de poderes e os controles recíprocos que ela exige, reconhecendo o impacto que a dinâmica do presidencialismo brasileiro e das relações entre maioria e minoria parlamentar têm sobre esses elementos constitucionais.

Por fim, um *quarto grupo* de normas constitucionais congrega as previsões da Constituição de 1988 acerca do processo legislativo em suas conexões com o devido processo legislativo, com a democracia, com a cidadania, com a necessidade de transparência e prestação de contas e com a garantia de condições para que o controle e participação sociais sejam levadas a cabo nesse contexto. Diferentemente do segundo grupo referido acima, aqui o STF visualiza um direito difuso da sociedade a que tais elementos constitucionais sejam respeitados, e não apenas dos parlamentares.

As decisões do STF que tratam de violações diretas a normas constitucionais sobre o processo legislativo não foram examinadas aqui pois não demonstrariam o ponto objeto deste estudo. Os casos selecionados veiculam exemplos nos quais a Corte

entendeu que, a despeito da ausência de normas constitucionais expressas, os atos do Legislativo teriam o potencial de fraudar ou estariam de fato fraudando o processo legislativo constitucional de alguma forma, ou tendo impacto negativo sobre a dinâmica democrática de forma mais geral. O STF parece afinal reconhecer – como a doutrina tem destacado²⁴ – que em muitos contextos há uma inevitável imbricação entre o processo legislativo constitucional e normas internas das Casas Legislativas que detalham afinal esse percurso da elaboração das leis.

Esse talvez seja o grupo de normas constitucionais que, ao menos por enquanto, ainda não recebeu um tratamento mais claro e sistemático da jurisprudência do STF, e que demanda maior discussão e aprofundamento doutrinário e jurisprudencial. Há, como se sabe, ampla crítica ao Poder Judiciário quando ele avança sobre o mérito das leis, por vezes sobre temas socialmente sensíveis, para considerar inválido aquilo que foi decidido pelas instâncias majoritárias e pelo Legislativo em particular. A situação será diversa, porém, no caso da intervenção judicial que visa a contribuir – como no caso desse quarto conjunto de normas referido – para o reforço procedimental do processo legislativo e para a melhoria das condições da deliberação democrático-majoritária a ser levada a cabo pelos representantes eleitos pela população²⁵.

4. CONCLUSÃO

O que se apurou neste trabalho é que a “interpretação das normas regimentais das Casas Legislativas” não é o critério adotado de forma consistente pela jurisprudência do STF para identificar questões “*interna corporis*” que, por isso, estariam fora de seu controle. Em diferentes contextos, inclusive e particularmente no âmbito do processo legislativo, apesar de não haver norma constitucional expressa, a Corte decide controlar atos do Legislativo por entender que eles, a despeito de envolverem a interpretação e

²⁴ DEL NEGRI, Andre . **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; e MACEDO, Cristiane Branco. **A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado democrático de direito**. Brasília, 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/178422>>. Acesso em 1 abr. 2021.

²⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jursidicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020; BUSTAMANTE, Thomas e BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 13, pp. 346-388, 2016. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>>. Acesso em 1 abr. 2021; SCHIER, Paulo Ricardo. Armadilhas no devido processo legislativo em contextos democráticos. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, a. 2, v. 1, n. 2, p. 60-7, jan./jun. 2017; e SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo. Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019.

aplicação de normas regimentais, repercutem sobre fins constitucionais considerados relevantes em cada caso. O critério da interpretação e aplicação de normas regimentais é, portanto, pouco útil para oferecer parâmetros claros, consistentes e previsíveis que possam balizar a atuação do próprio STF, dos demais órgãos do Poder Judiciário e dos Legislativos brasileiros.

Nos casos examinados a Corte decidiu controlar atos do Poder Legislativo, a despeito da questão regimental, para proteger elementos constitucionais que considerou relevantes, dentre os quais a proteção de direitos individuais, a proteção de prerrogativas das minorias parlamentares, a autonomia do próprio Legislativo e a separação de poderes, e o devido processo legislativo, de modo a garantir transparência, prestação de contas e fomentar o debate e o controle públicos acerca das questões a serem decididas pelo Legislativo. Um tema importante para a doutrina e para a jurisprudência do STF nos próximos anos será a identificação mais precisa das dimensões dos fundamentos constitucionais que autorizam tal controle, de modo que, de um lado, seja possível ter maior clareza, consistência e previsibilidade acerca dos limites e possibilidades do controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo e, de outro, a intervenção judicial possa contribuir de forma mais relevante para a melhoria das condições da deliberação democrático-majoritária no âmbito dos Legislativos.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BEDRITCHUK, R. R. **Medida Provisória, uma moeda inflacionada**: A inclusão das comissões no rito de tramitação das medidas provisórias e o aumento dos custos de aprovação. Brasília, 2015. 59 f. Monografia (especialização). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516859/TCC_Rodrigo%20Ribeiro%20Bedritichuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127**, Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin, publicado em 11 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.146**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/MC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado em 8 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503**, Rel. para o acórdão Min. Mauricio Correa publicado em 6 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.817**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 6 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.831**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 04 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.647**, Rel. Min. Carlos Britto, publicado em 15 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27.931**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 28 out.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.663**, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 18 ago.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.327**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado em 01 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal., **Habeas Corpus nº 100.200**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 27 ago. 2010.

BUSTAMANTE, Thomas e BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 13, pp. 346-388, 2016. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>>. Acesso em 1 abr. 2021.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAAN, Cesar Rodrigues Van Der. **Um panorama recente da apresentação de emendas sem pertinência temática a medidas provisórias pós-ADI 5.127**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG/Senado, Fevereiro/2018 (Texto para Discussão nº 244). Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td244>>.

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.

MACEDO, Cristiane Branco. **A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado democrático de direito**. Brasília, 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/178422>>. Acesso em 1 abr. 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PEREIRA, Thomas, ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de, e ARGUELHES, Diego Werneck. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo**. Rio de Janeiro: Editora FGV Rio, 2020.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo. Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Armadilhas no devido processo legislativo em contextos democráticos. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, a. 2, v. 1, n. 2, p. 60-7, jan./jun. 2017.

SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, pp. 146-163, ago. 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73148>>. Acesso em 1 abr. 2021.



Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial

The judiciary and the state of exception: right to resist judicial activism

RICARDO MARCONDES MARTINS^{1,*}

¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)

ricmarconde@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 21.02.2020 / February 21st, 2020

Aprovado/Approved: 17.05.2021 / May 17th, 2020

Resumo

Perquire-se, sob a perspectiva jurídico-dogmática, a relação entre o Poder Judiciário brasileiro e o estado de exceção. O estado de exceção lícito consiste nos estados de defesa e de sítio, situações constitucionalmente regidas, próprias do Estado de direito. O estado de exceção ilícito, ao revés, decorre da falência das instituições estatais no cumprimento de sua missão constitucional, e é atentatório ao Estado de Direito. O erro do Judiciário não é suficiente para configuração do estado de exceção ilícito, tendo em vista a regra de calibração inerente à coisa julgada. O erro jurisdicional só configura o estado de exceção quando resultar de uma falência institucional do Poder Judiciário. A revelação correta de normas implícitas ou o correto controle da discricionariedade não configuram ativismo judicial. Este só ocorre quando há desrespeito ao correto exercício da discricionariedade. A resistência ao ato jurisdicional equivocado não é, regra geral, admitida no Estado de Direito. Quando, porém, o ato jurisdicional configura grave injustiça, admite-se a resistência sem rompimento do direito vigente.

Abstract

This paper is intended to investigate and examine the relationship between the Brazilian Judiciary and the state of exception from the legal-dogmatic perspective. The lawful state of exception consists of states of defense and siege, constitutionally ruled situations, within the Rule of Law. The unlawful state of exception, on the other hand, stems from the complete failure of state institutions to comply with its constitutional mission, and violates the Rule of Law. An error committed by the Judiciary is not enough to configure the unlawful state of exception, in view of the calibration rule inherent to the principle underlying res judicata. A jurisdictional error only configures a state of exception when it results from an institutional collapse of the Judiciary. The correct disclosure of implicit norms or the correct control of discretion does not constitute judicial activism, which only occurs upon disrespect to the proper exercise of discretion. Resistance to an erroneous jurisdictional act is not allowed under the Rule of Law, as a general rule. However, when a jurisdictional act constitutes a serious injustice, resistance is allowed without amounting to a breach of the existing law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 457-487, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.71729.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

Palavras-chave: estado de exceção; Poder Judiciário; estado de defesa; estado de sítio; função jurisdicional.

Keywords: *state of exception; Judiciary; state of defense; estate of siege; jurisdictional function.*

SUMÁRIO

1. Introito. 2. Estado de exceção lícito. 3. Poder Judiciário no Estado de Direito. 4. Estado de exceção ilícito. 5. Ativismo judicial. 6. Resistência no Estado de Direito; 7. Conclusão; 6. Referências.

1. INTROITO

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, constitucionalista da PUC-SP, em estudo publicado em 2016, apresenta uma tese que, pela sua importância, provoca acuradas reflexões. Considera que nos países de capitalismo tardio e periférico, como os países da América Latina, incluído o Brasil, vivencia-se um “estado de exceção permanente” que convive com um “estado de direito permanente”¹. Esse “estado de exceção” é estabelecido com base na “figura do inimigo”²: na Alemanha Nazista elegeu-se como inimigo o judeu, um inimigo étnico; nos Estados Unidos da América, após os atos terroristas de 11 de setembro de 2001, elegeu-se como inimigo o muçulmano, de feição religiosa; na ditadura militar brasileira elegeu-se como inimigo o comunista; contemporaneamente, no Brasil elegeu-se a figura mítica do “bandido”, “pobre que vive à margem da população economicamente incluída”³. Se, atualmente, nos países desenvolvidos a exceção geralmente é produzida pelo Legislador, tendo como foco cidadãos estrangeiros, nos países subdesenvolvidos, afirma Pedro Serrano, a principal fonte da exceção é a jurisdição e tem como foco nacionais⁴. Em suma, o Judiciário brasileiro seria fonte de um estado de exceção permanente para um expressivo contingente de brasileiros pobres.

Em homenagem ao Professor Pedro Serrano, jurista de escol, propõe-se submeter sua tese a uma análise crítica. Fixa-se, de início, um ponto de partida: pretende-se realizar uma reflexão sobre o Poder Judiciário e o estado de exceção sob uma perspectiva jurídico-dogmática⁵, com base em uma compreensão normativista do direito

¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 27. Ver, ainda: SERRANO, Pedro Estevam Alves; MAGANE, Renata Possi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.

² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 69 et seq.

³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 99-100.

⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 105 e 143 et seq.

⁵ A perspectiva dogmática considera certos pontos de partida insuscetíveis de discussão, como a supremacia da Constituição e, em decorrência dela, a invalidade das normas que a contrariam; a perspectiva zetéica não admite pontos que sejam indiscutíveis. Sobre ambas: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39-51.

brasileiro. Esse ponto de partida exige algumas explicações. O significado do Direito é uma questão aberta a múltiplas compreensões⁶. Assim, neste estudo adota-se uma perspectiva normativista, inspirada em Hans Kelsen⁷, e considera-se o Direito uma ordem normativa, um conjunto de normas vigentes em determinado território e em determinado momento histórico. A análise jurídica diz respeito à identificação das normas vigentes, à compreensão de seu sentido e alcance, à verificação de sua validade e de sua aptidão para serem aplicadas. Qualquer abordagem estranha à existência, validade e eficácia normativas é uma abordagem, nessa perspectiva, não jurídica⁸. A título de exemplo, considerações sobre o número de homicídios cometidos diariamente no Brasil ou sobre a relação entre a desigualdade social e esse número, apesar de importantes, não são questões jurídicas. Ainda que muitas pessoas morram de “morte matada”⁹, ainda que a aberrante injustiça social contribua para o aumento da criminalidade, esses fatos não alteram a validade da proibição da conduta de matar, estabelecida no artigo 121 do Código Penal.

Sob essa perspectiva, interessa o que deve ser (plano deôntico) e não o que é (plano ôntico). Retomando o exemplo: é proibido (plano jurídico do dever-ser), no ordenamento jurídico brasileiro, o homicídio, independente do fato de que muitos homicídios ocorrem diariamente (plano real do ser). Juridicamente, a pobreza e, pois, a desigualdade social, não são, em si, suficientes para afastar a responsabilização penal. Contudo, esta pode ser excluída pela miserabilidade, pois as condições sociais de marginalização, em que o sujeito perde a capacidade de se orientar pela norma, podem excluir a antijuridicidade¹⁰. O exame dos pressupostos dogmáticos da responsabilização penal consiste em um estudo jurídico-positivo.

A tese de Pedro Serrano, sob uma perspectiva empirista, não jurídico-positiva, é praticamente indiscutível. Não há como negar que um contingente significativo de pessoas, em geral as parcelas mais pobres da população, são alvo de reiterados erros na aplicação do direito pelo Judiciário. Mais do que erros pontuais: em uma perspectiva sociológica reconhece-se que o pobre é tomado como “inimigo”, negando-se a ele os direitos fundamentais. Basta invocar como exemplo o sistema penitenciário brasileiro, já reconhecido formalmente pelo Supremo Tribunal Federal como violador da dignidade da pessoa humana, configurador de um verdadeiro “estado de coisas

⁶ Diferentemente do que ocorre em outras searas do conhecimento humano, cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 5.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984, p. 57.

⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 67.

⁹ MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida severina. In: MELO NETO, João Cabral de. **Serial e antes**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 147.

¹⁰ Cf. TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 366-370.

inconstitucional”¹¹, tema retomado adiante. É inegável a tese de que, sociologicamente, o Poder Judiciário vem sendo, em grande medida, responsável por essa situação, e, nesse sentido, é fonte de um estado de exceção. A questão que Pedro Serrano traz à baila oferece uma rica problemática para vários campos de estudo: política, sociologia, psicologia social. O que se propõe aqui é examiná-la com base em uma perspectiva jurídico-positiva ou dogmático-normativa.

2. ESTADO DE EXCEÇÃO LÍCITO

Do ponto de vista jurídico-positivo, deve-se diferenciar o *estado de exceção lícito* do *estado de exceção ilícito*. Como bem observa José Afonso da Silva, a expressão é grafada em letra minúscula para se referir a uma situação, a uma conjuntura, e não a um modelo jurídico de Estado¹². A Constituição brasileira vigente disciplina no Capítulo I do Título V o chamado “sistema constitucional das crises”¹³, conjunto de normas constitucionais relativas à “defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional”¹⁴. Preveem-se duas situações de exceção: o *estado de defesa* e o *estado de sítio*, disciplinados nos artigos 136 a 141. Dois princípios fundamentais regem essas situações jurídicas: o *princípio da necessidade*, sem observância do qual há “puro golpe de estado”, e o *princípio da temporariedade*, sem observância do qual há pura “ditadura”¹⁵. Segundo Aricê Moacyr Amaral Santos, nessas situações a “legalidade normal” é substituída por uma “legalidade extraordinária”¹⁶, mas isso se dá dentro do Estado de Direito e sob a égide da Constituição. São estados de exceção lícitos, não contrários ao Direito.

Tanto o *estado de defesa* como o *estado de sítio* são estabelecidos pela edição de um decreto do Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional (*condicionamentos formais*). Ambos são admitidos para situações específicas (*condicionamento objetivo*). O *estado de defesa* é admitido em duas situações: a) grave e iminente instabilidade institucional; b) calamidades de grandes proporções na natureza. O *estado de sítio* é admitido em quatro situações: a) comoção grave de repercussão nacional; b) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia das medidas adotadas no estado de defesa; c) declaração de estado de guerra; d) resposta à agressão armada estrangeira. Ambos só são admitidos por um período determinado (*condicionamento*

¹¹ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09.09.2015, Processo Eletrônico DJe-031, Di-vulg. 18.02.2016, Public. 19.02.2016.

¹² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 695.

¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 693.

¹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 693.

¹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 694; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 33.

¹⁶ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 33.

temporal); o *estado de defesa* deve durar no máximo trinta dias, admitida a prorrogação apenas uma vez, por igual período; o *estado de sítio* pode durar todo o tempo em que perdurar a guerra ou a agressão estrangeira ou, nas demais hipóteses, até trinta dias, admitindo-se, em relação a elas, quantas prorrogações forem necessárias, desde que cada prorrogação não seja superior a trinta dias. O *estado de defesa* é admitido para uma finalidade específica (*condicionamento teleológico*): a necessidade de “preservar ou prontamente reestabelecer a ordem pública ou a paz social”. Em relação ao *estado de sítio*, a finalidade está implícita: ou a necessidade de defesa da soberania nacional em decorrência de agressões estrangeiras ou o agravamento das razões justificadoras do estado de defesa. Em ambos os casos, deve haver grave e concreto risco ao Estado ou às instituições democráticas. O *estado de defesa* deve se restringir a “locais restritos e determinados”; o *estado de sítio* pode abranger todo o território nacional, mas deve indicar expressamente as áreas em que serão executadas as medidas estatais nele admitidas (*condicionamento espacial*).

Além de todos esses condicionamentos, esses estados não estabelecem o arbítrio, atribuindo um “cheque em branco”¹⁷ às autoridades estatais. O efeito jurídico de seu estabelecimento é a possibilidade de determinadas restrições a certos direitos fundamentais que não são admitidas em situações de normalidade. Em relação ao *estado de defesa*, admitem-se: a) restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica; b) ocupação e uso temporário de bens e serviços, apenas na hipótese de calamidade pública, devendo a União responder pelos danos e custos decorrentes; c) prisão por crimes contra o Estado determinada por ordem do executor da medida, não superior a dez dias, devendo ser comunicada imediatamente ao juiz competente, que deve relaxá-la se for ilegal, comunicação essa acompanhada de declaração da autoridade do estado físico e mental do detido no momento de sua atuação, sendo direito do preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. Em relação ao *estado de sítio*, admitem-se: a) obrigação de permanência em localidade determinada; b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; c) restrições à inviabilidade de correspondência, sigilo de comunicações, prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; d) suspensão do direito de reunião; e) busca e apreensão de domicílio; f) intervenção nas empresas de serviço público; g) requisição de bens.

Nas situações de legalidade normal, fora dos *estados de defesa* e *de sítio*, os direitos fundamentais podem ser restringidos, seja pelo Legislador, seja pela Administração Pública, desde que respeitados o núcleo essencial do direito fundamental e a proporcionalidade. Não existem direitos fundamentais absolutos: todos são passíveis

¹⁷ A expressão foi utilizada por Caio Tácito, ao tratar da competência discricionária administrativa (TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres – v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 52).

de restrição¹⁸. Há restrições estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, como a vedação do anonimato à manifestação do pensamento (art. 5º, IV). Nesses casos, a restrição fundamentada em regra constitucional expressa assenta-se no princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte (Pfco)¹⁹.

Há restrições que são estabelecidas pelo Legislador com fundamento em uma *cláusula de reserva expressa*. Assim, por exemplo, o sigilo de comunicação telefônica pode ser restringido, por ordem judicial, “nas hipóteses e forma que a lei estabelecer” para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII). A Lei Federal nº 9.296/96, ao disciplinar as interceptações telefônicas, ampara-se nessa cláusula de reserva expressa. Nesses casos, as restrições se assentam no princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (Pfl), mas esse princípio é reforçado pelo princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte (Pfco).

Admitem-se, também, restrições estabelecidas pelo Legislador, mesmo sem cláusula de reserva expressa. O inciso XII do artigo 5º, por exemplo, não prevê a possibilidade de o Legislador restringir o sigilo de correspondência, mas é inequivocamente constitucional o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que prevê a possibilidade de o diretor do presídio restringir o direito de correspondência do preso. A restrição assenta-se em uma cláusula de reserva implícita e, pois, no princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador.

Ademais, as restrições podem decorrer diretamente da ponderação de princípios realizada no plano concreto, estando, nesse caso, alicerçadas no princípio formal que dá primazia às ponderações da administração pública²⁰, se estabelecidas pela Ad-

¹⁸ Mesmo os **direitos fundamentais estabelecidos sem cláusula de reserva expressa** podem ser restringidos pelo Legislador, pela Administração Pública ou pelos particulares. A admissão dessa possibilidade tornou-se absolutamente superada a diferenciação proposta por José Afonso da Silva entre **normas de eficácia plena e normas de eficácia contida**, em que só as últimas poderiam ter sua eficácia restringida pelo Legislador (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 81 et seq.).

Sobre a possibilidade de restrição com base em uma **cláusula de reserva implícita**: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 291 et seq.

Sobre a superação da teoria de José Afonso da Silva com base nessa admissibilidade: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 218 et seq.

José Afonso da Silva, em sua obra mais recente, manifestou-se sobre as críticas e manteve sua posição (SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 565 et seq.). Para tanto, considerou artificial a **teoria do suporte fático amplo**, segundo a qual tudo que se subsume ao texto em que se extrai a norma do direito fundamental faz parte do suporte fático do referido direito; e, ao mesmo tempo, também rejeitou a **teoria do suporte fático estrito**, por também considerá-la artificial. Ao rejeitar ambas as teorias sob o singelo argumento de que as premissas que as apoiam são artificiais, expressou uma **tautologia**. No fundo, adota, sem reconhecer, a teoria do suporte fático estrito, que exclui do suporte fático dos direitos fundamentais certas condutas abrangidas pela enunciação textual. O grande problema dessa posição é que essas exclusões não são submetidas a um controle rigoroso.

¹⁹ Para uma explicação das restrições aos direitos fundamentais com base na teoria dos princípios formais, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 71-72.

²⁰ Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

ministração, ou no princípio formal que dá primazia às ponderações privadas, se estabelecidas pelos particulares²¹.

Sem embargo, as restrições aos direitos fundamentais devem respeitar os condicionamentos estabelecidos no texto constitucional e os respectivos pesos abstratos deles decorrentes. Quanto mais a decisão infraconstitucional se afastar das decisões extraídas da literalidade do texto, maior é o *ônus argumentativo* exigido para justificá-las. Por isso, é praticamente impossível, por exemplo, que seja considerada lícita uma interceptação telefônica não estabelecida por “ordem judicial”, para fins diversos da “investigação criminal ou instrução processual penal” e pela forma e para hipóteses não previamente estabelecidas em lei (CF/88, art. 5º, XII). Outro exemplo: é praticamente impossível que a prisão de alguém — fora da flagrância do delito ou de transgressão militar ou crime propriamente militar —, seja lícita se não for determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (CF/88, art. 5º, LXI). A *teoria da ponderação*, ainda que pressuponha a relatividade dos valores e, em decorrência dela, a resolução definitiva de problemas jurídicos tendo em vista a consideração das especificidades do caso concreto, não autoriza desprezar as regras constitucionais expressas²².

Essa ressalva é fundamental para entender, juridicamente, os *estados de defesa* e *de sítio*: são situações próprias do Estado de direito em que se admitem restrições a certos direitos fundamentais não admitidas fora delas. Assim, por exemplo, em ambos é possível que a prisão seja determinada por autoridade diversa da autoridade jurisdicional fora das hipóteses discriminadas no inciso LXI do artigo 5º. Outro exemplo: no *estado de defesa* é possível a censura, o que não se admite em situação de normalidade democrática (CF/88, arts. 5º, IX, e 139, III)²³. Considera-se inapropriada a expressão

²¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74 et seq.

²² O texto constitucional, nas palavras de Konrad Hesse, é o “limite último da interpretação” (HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106). Apesar de a interpretação não estar aprisionada à literalidade, não é dado ao intérprete reescrever o texto normativo. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Paradoxo da interpretação literal. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 102, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/bneUDH>. Acesso em: 06 mar. 19.

²³ Em 13.03.1974, o deputado federal Chico Pinto subiu à tribuna da Câmara dos Deputados para realizar um discurso em protesto contra a visita do ditador Pinochet e a homenagem feita a ele pelo governo brasileiro. Ernesto Geisel, ditador militar, mandou processar o deputado. Tratou-se da ação penal n. 219, que tramitava no STF. Em 26.09.1974, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia aceitou o pedido de impugnação da candidatura de Chico Pinto para mais um mandato de deputado, sob o argumento de que ele estava sendo processado no STF por crime contra a segurança nacional, decisão confirmada pelo TSE em 15.10.1974. Em 10.10.1974, o STF considerou não tipificado crime contra a segurança nacional, mas, sim, crime de difamação, condenou-o a seis meses de detenção e multa de nove cruzeiros, e suspendeu seus direitos políticos enquanto perdurassem os efeitos da condenação. Como ele repetira as afirmações de seu discurso em uma entrevista dada à Rádio Cultura de Feira de Santana, foi novamente processado e a ação fora levada a julgamento em 1977, quando o crime de difamação já havia prescrito. Cf. RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 235-253. Esse fato está certamente por trás da expressa ressalva estabelecida

“legalidade extraordinária”, utilizada para caracterizar esses estados de exceção: neles vigora a “legalidade normal”, pois as medidas extraordinárias são disciplinadas na Constituição e nas leis. Observa-se que o §1º do artigo 136 exige que os termos e os limites das medidas estabelecidas no *estado de defesa* sejam disciplinados em lei; o inciso III do artigo 139 exige que as restrições nele previstas ocorram na forma da lei. Até o presente, essas leis não foram editadas pelo Congresso Nacional.

As restrições estatais, admitidas nessas situações excepcionais, são submetidas a rigoroso *controle político e jurisdicional*²⁴. Decretado o *estado de defesa* ou sua prorrogação, o Presidente da República deve, dentro de vinte e quatro horas, submeter o ato ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta dentro de dez dias contados do recebimento (CF/88, art. 136, §4º). Em relação ao *estado de sítio*, o controle político é mais intenso: só pode ser decretado ou prorrogado após prévia autorização do Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta (CF/88, art. 137).

Além do *controle político prévio*, realizado sobre a decretação do *estado de exceção*, há também um *controle político concomitante*: a Mesa do Congresso Nacional deve designar uma Comissão composta por cinco de seus membros²⁵ para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas adotadas no estado de defesa e no estado de sítio.

Outrossim, tanto o ato de decretação e prorrogação, quanto todas as medidas estatais adotadas durante a respectiva vigência podem ser impugnadas no Poder Judiciário. Cessado o estado de exceção, deverão ser apuradas eventuais responsabilidades pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes. Para facilitar essa apuração, exige o parágrafo único do artigo 141 da CF/88 que o Presidente da República relate em mensagem ao Congresso as medidas executadas, com especificação e justificação das providências adotadas, relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.

Este estudo não tem por objeto o *estado de exceção lícito*, que, nos termos aqui relatados, não configura exceção ao Estado de Direito, mas uma confirmação deste. Tanto o *estado de defesa* como o *estado de sítio* são situações jurídico-constitucionais, expressamente previstas no texto constitucional vigente. Pretende-se aqui estudar o *estado de exceção ilícito*, caracterizado pela falência das instituições estatais, mais propriamente do Poder Judiciário, na realização de sua missão constitucional. Trata-se de uma situação antitética ao Estado de Direito e à ordem constitucional. Para compreendê-la é mister realizar um breve exame da função jurisdicional.

no parágrafo único do art. 139 da CF/88: não se incluem nas restrições do estado de defesa “a difusão de pronunciamentos parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa”.

²⁴ Por todos: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 697-698 e 701-702.

²⁵ Os membros da Comissão devem ser membros da Mesa do Congresso, que é composta pelos membros da Mesa do Senado Federal e pelos membros da Mesa da Câmara dos Deputados. Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 698.

3. PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO

O Poder Judiciário no Estado de Direito foi qualificado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como o “oráculo da Constituição rígida”²⁶. Celso Antônio Bandeira de Mello realizou uma extensão muito apropriada: o Judiciário é o “oráculo do Direito”²⁷. A feliz expressão indica o papel dogmático do juiz: é o órgão habilitado a dar a última palavra, para o caso concreto, sobre a interpretação jurídica. Coerentemente, só a norma jurisdicional é dotada do atributo da coisa julgada²⁸. A função típica do Poder Judiciário é exercer a jurisdição no sentido etimológico da palavra, ou seja, “dizer o Direito”, estabelecer, de modo definitivo, para o caso concreto a interpretação jurídica correta.

Por meio da figura de linguagem denominada personificação ou prosopopeia, que consiste em atribuir qualidades humanas a seres inanimados²⁹, suponha-se que o ordenamento jurídico brasileiro possua uma vontade. Quando essa vontade admite apenas uma única decisão (“x”), configura-se uma *competência vinculada*; quando admite duas ou mais decisões (“x” ou “y”), configura-se uma *competência discricionária*³⁰. Descobrir a vontade do ordenamento jurídico é uma atividade eminentemente *cognitiva*, consistente na interpretação das normas vigentes³¹; escolher entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas, com base em convicções subjetivas sobre a melhor forma de realizar o interesse público, é uma atividade eminentemente *volitiva*.

Feita essa distinção, é possível dar mais um passo na caracterização da função jurisdicional: trata-se de uma *função cognitiva* e não volitiva, pois cabe o magistrado, no exercício da função jurisdicional, descobrir, por meio da interpretação, a vontade do Direito; não realizar escolhas, estabelecendo, ele próprio, essa vontade. A título de

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 89-93.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993, p. 114; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, n. 11, ano 3, p. 441-449, out./dez. 2019, p. 442.

²⁸ A coisa julgada não é um efeito da sentença, nem uma qualidade do efeito da sentença, é uma propriedade da norma jurídica que a torna imutável, indiscutível e inepugnável como texto normativo. A coisa julgada torna imutável não propriamente o efeito da sentença, mas o enunciado linguístico da regra editada pela sentença. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 349-350.

²⁹ Cf. GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003, p. 54.

³⁰ Sobre a competência discricionária, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 112 et seq.

³¹ Adota-se um conceito amplo de interpretação, abrangente do que parte da doutrina chama de “construção jurídica”. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI)**, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 299-331, out./dez. 2017, p. 304-308. Aceita-se a teoria da interpretação criativa proposta por Ronald Dworkin, segundo a qual a interpretação tenta tornar o objeto o melhor possível (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65).

exemplo, suponha-se um pedido de antecipação de tutela. Haveria discricionariedade se, para o Direito, fosse, em um primeiro momento, válido tanto deferir a antecipação (“x”) quanto indeferir-la (“y”); admitidas as duas alternativas como juridicamente válidas, caberia ao agente competente, com base em sua *vontade* (ato volitivo), escolher entre uma alternativa e outra. O juiz, nesse caso, estaria habilitado a escolher, com base em seu íntimo, vale dizer, a partir de suas convicções sobre a melhor forma de realizar o Direito. É isso que ocorre, em geral, na nomeação de Ministros de Estado: quase sempre há dois ou mais interessados em ocupar o cargo que são considerados, do ponto de vista objetivo, igualmente aptos a bem exercer a função, de modo que será uma decisão jurídica válida tanto a escolha de um, como a escolha de outro, e o Direito elege como sua própria vontade a vontade do agente competente, definida tendo em vista, não seu livre-arbítrio, mas seus critérios subjetivos sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Em relação à função jurisdicional, não é isso que ocorre. Retomando o exemplo da antecipação de tutela: não cabe ao magistrado escolher, mas interpretar; vale dizer, deve procurar descobrir qual a “vontade” do Direito, ou seja, descobrir se o sistema normativo vigente exige que seja deferida ou indeferida a liminar. Trata-se de apurar qual é a *correta* interpretação — ato cognitivo e não volitivo —, competência vinculada e não discricionária.

Vislumbra-se apenas uma exceção a essa regra: o mandado de injunção, expressamente previsto no inciso LXXI do artigo 5º da CF/88. Comumente, admitem-se duas ou mais formas de regulamentar um direito de modo a garantir seu exercício. Quando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não exercem a respectiva competência discricionária e não editam a norma abstrata necessária ao exercício do direito, cabe ao Poder Judiciário, por expressa norma constitucional, quando houver provocação, regulamentá-lo para o caso concreto. Apenas nesse caso admite-se o exercício de competência discricionária no exercício da função jurisdicional³².

³² Considera-se o mandado de injunção uma técnica de controle difuso de constitucionalidade, pois a regulamentação do direito dá-se para o caso concreto. Por isso, o Poder Judiciário, no mandado de injunção, não substitui o Legislador, realizando a disciplina no plano abstrato. Por décadas, o STF equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e se limitou ao apelo ao Legislador: oficiar o Parlamento, informando-lhe da omissão inconstitucional e solicitando-lhe suprimir a omissão. Em países em que a democracia é apenas formal, em que a cidadania é ainda incipiente, o apelo ao Legislador, cuja única sanção é a não reeleição, não possui eficácia fática, tornando-se um instituto inútil. A compreensão do STF, porém, violava de modo irrefutável o texto constitucional. A Corte corrigiu o equívoco no MI 712, no qual possibilitou aos servidores públicos o exercício do direito de greve (STF, MI 712, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 25.10.2007, DJe-206 Divulg. 30.10.2008, Public. 31.10.2008, Ement. v. 02339-03, p. 00384). Nesse caso, porém, o STF aceitou a impetração de **mandado de injunção coletivo** e disciplinou o direito, no plano abstrato, para todos os servidores. Ao fazê-lo, violou a separação de poderes. É constitucional o mandado de injunção coletivo desde que se tome o interesse coletivo em seu sentido técnico de interesse de um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas, vale dizer, de interesse referente a um número determinado ou determinável de pessoas. Assim, seria válida a regulamentação do direito para uma categoria de servidores, não para todos. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio corretamente restringiram a decisão à categoria representada pelo Sindicato impetrante, mas foram vencidos. O parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 13.300/2016, ao admitir que a decisão atinja um número indeterminado de pessoas (interesse difuso), é

O magistrado, oráculo do Direito, não pode ser parte do conflito que lhe é apresentado. Em busca de uma *decisão justa*³³, o sistema normativo exige que o magistrado seja *imparcial*, no sentido de não ser parte. Imparcialidade vai além da impessoalidade: além do dever de não decidir tendo em vista interesses e afetos subjetivos, há o dever de neutralidade em relação à lide³⁴. Como desdobramento dessa exigência, a jurisdição é inerte: faz-se necessária a provocação de outrem pela propositura de uma ação judicial³⁵. O próprio magistrado não pode iniciar o processo, pois, do contrário, perderia sua imparcialidade; do mesmo modo, não pode ser testemunha.

Apesar de o juiz ser qualificado como oráculo do Direito, não se adota a teoria do realismo jurídico; vale dizer, não se restringe o Direito ao que o magistrado diz³⁶. Considera-se, na Civil Law³⁷, que o Direito é a interpretação correta dos textos normativos vigentes. O qualificativo é importante: acredita-se que haja interpretações corretas e incorretas, tendo em vista a observância ou não de certos postulados hermenêuticos³⁸,

inconstitucional. Em sentido contrário: FONSECA, João Francisco. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175.

³³ Decisão justa é a que realiza a ótima ponderação dos princípios, materiais e formais, incidentes. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 68-70 e 76-77.

³⁴ Vinculando a imparcialidade à neutralidade: SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32-33. Em sentido contrário, afirmando expressamente que imparcialidade não se confunde com neutralidade, e associando-a à impessoalidade: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil** – v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, § 80, p. 201. A associação da imparcialidade à impessoalidade é bastante difundida na doutrina administrativista. Por todos: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da Administração Pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 107 et seq. Apesar de corrente, a orientação é equivocada. O Administrador Público, por definição, é parte dos conflitos, está envolvido psicologicamente com as políticas públicas que implementa, com os processos que instaura, com os fatos que testemunha. Apesar de atuar com parcialidade, deve ser impessoal, vale dizer, decidir como órgão e não como indivíduo, desvinculado de seus próprios interesses e de seus próprios afetos.

³⁵ Por todos: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 128-129.

³⁶ Sobre o realismo, vide, por todos: OLIVECRONA, Karl. **Linguagem jurídica e realidade**. Tradução: Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24 et seq.

³⁷ Sobre a Civil Law, também chamada de “sistema romano-germânico”, vide, por todos: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 et seq.

³⁸ Segundo a Teoria do Legislador Racional, proposta por Carlos Santiago Nino, a interpretação jurídica exige pressupor que o Legislador seja: 1) único; 2) imperecível; 3) consciente; 4) onisciente; 5) operante; 6) justo; 7) coerente; 8) onicompreensivo; 9) preciso (SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 386-387). Segundo a Teoria da interpretação criativa, proposta por Ronald Dworkin, a interpretação jurídica é presidida por dois princípios de integridade política: um direcionado aos editores normativos — por metonímia, Dworkin se refere ao Legislador —, que impõe a eles tentar tornar o conjunto de normas um conjunto moralmente coerente; e outro direcionado aos aplicadores das normas — por metonímia, Dworkin se refere ao Juiz —, que impõe a eles tomar o conjunto normativo como respeitante a essa exigência, vale dizer, como, de fato, moralmente coerente (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65).

por conseguinte, a Hermenêutica Jurídica é uma atividade científica que tem por objeto indicar a interpretação correta³⁹. Ocorre que o juiz, em sua atividade judicante, é fadado a errar, quer dizer, a não encontrar a interpretação “correta”. Como bem elucidada Ronald Dwokin, só um juiz sobre-humano, por ele chamado de juiz-Hércules⁴⁰, acertaria sempre, pois, para tanto, teria que conhecer todas as normas, todos os fatos e ter sempre a máxima sensibilidade para as questões humanas⁴¹. Um juiz real deve tentar, ao máximo, se aproximar do juiz-Hércules. Por mais que tente, é inquestionável: inevitavelmente errará na compreensão do Direito.

Por uma questão de *necessidade*, para a manutenção da paz social e concretização da segurança, o erro do Judiciário é assimilado pelo sistema normativo, para o caso concreto, como acerto. A razão disso é simples: regra geral, é mais injusto manter um conflito indefinidamente sem solução do que resolvê-lo de modo injusto⁴². Trata-se de uma *regra de calibração*⁴³: a decisão jurisdicional transitada em julgado é aceita como válida, ainda que cientificamente equivocada. Dito isso, três observações são necessárias.

Primeira: essa regra atua no controle difuso, mas não atua no controle concentrado. Por conseguinte, a coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade difere sensivelmente da coisa julgada no controle difuso. Se o STF declara inconstitucional uma lei que é constitucional, ela é retirada do mundo jurídico, mas nada impede que o Poder Legislativo edite, no dia seguinte, outra lei com igual conteúdo, reintroduzindo a questão no ordenamento jurídico⁴⁴. Impugnada a validade dessa lei perante o STF, nada impede que a Corte reconheça seu erro e, dessa vez, considere-a válida. Ao revés, se a Corte declara a constitucionalidade de uma lei que é inconstitucional,

³⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Produção científica do direito administrativo. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 393, 22 abr. 2018. Disponível em: <https://goo.gl/f2U4oC>. Acesso em: 07 mar. 19.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 295.

⁴¹ Como bem observa Carlos Ayres Britto, parafraseando Tobias Barreto, a decisão jurídica pressupõe um ato de pensar e um ato de sentir (BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75). Com efeito: interpretar o Direito exige sensibilidade para as questões humanas. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83-85.

⁴² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 81-83.

⁴³ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131. Sobre o conceito de **calibração**: WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**. Tradução: Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010, p. 132-133.

⁴⁴ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158-159.

nada impede que a ação seja reproposta⁴⁵. A ação pode ser ajuizada no dia seguinte ao julgamento, ainda que, em termos práticos — se não houve alteração da composição da Corte, e não transcorreu tempo razoável da decisão —, seja bem provável que o Tribunal decida da mesma forma. Perceba-se: como a regra de calibração não atua no plano abstrato, se a ADI foi julgada improcedente, ela pode ser reproposta, e a Corte, no reexame da questão, pode reconhecer o equívoco anterior e, dessa vez, declarar a inconstitucionalidade da norma.

Ronald Dworkin, com absoluta razão, afirma que a Ciência do Direito, e a comunidade em geral, não deve silenciar-se diante do erro do Judiciário⁴⁶: a crítica pode convencer os julgadores de que erraram e, no reexame das questões, eles podem acertar. Se, porém, os magistrados persistirem no erro, como observa também com absoluto acerto Dworkin, o fato não põe fim à verdade científica, pois “os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar”⁴⁷. Se a crítica doutrinária for persistente, é bem provável que os magistrados mais novos, ao substituírem os que erraram, venham a acertar.

Segunda observação: a regra de calibração não é uma regra definitiva, mas *prima facie*. A depender da gravidade do erro do Judiciário, o sistema normativo não o assimila e permite a rediscussão da coisa julgada. Trata-se, nesse caso, da chamada coisa julgada inconstitucional⁴⁸. Pontes de Miranda dá um ótimo exemplo: suponha-se uma sentença que decreta a escravidão; ainda que transcorra o prazo para a ação rescisória, nenhum jurista cogitaria fazê-la valer⁴⁹. Na verdade, como bem explica Pontes de Miranda, há situações em que o Direito considera a sentença inexistente, insuscetível de ser considerada juridicamente uma sentença e, pois, de fazer coisa julgada. Nesses casos, rejeita-se a coisa julgada, descabendo falar em “rescisão da sentença”, mas, sim, em declaração de sua inexistência. Com essa ressalva, há de se admitir: há certos erros que não são assimilados como acerto, não constituem coisa julgada propriamente dita.

Terceira observação: sempre que se fizer necessária a atuação da regra de calibração para validar o erro do magistrado, este perde prestígio. Se o magistrado interpreta corretamente o Direito e chega à decisão exigida pelo sistema, não há incidência

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152-153.

⁴⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 321 et seq.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 232.

⁴⁸ Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 33-76.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, §41, p. 449; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações** – v. I. Campinas: Bookseller, 1998, §32, p. 171.

da regra de calibração: a validade da norma editada por ele é extraída diretamente da Constituição, e não indiretamente desta, quer dizer, e não da regra de calibração. Porém, como todo ser humano, o juiz está condenado ao erro, à falha, ou seja, a interpretar mal o ordenamento e a não chegar à “vontade” do sistema jurídico. Se isso ocorre, pela regra de calibração, sua decisão é considerada como se fosse a correta, sendo acatada pelo sistema. Por óbvio, o erro reiterado do magistrado, a necessidade de constante calibração para validar sua decisão, retira-lhe o prestígio. Assim, Tribunais Constituintes que erram muito possuem pouco prestígio na comunidade jurídica.

Com as ressalvas aqui estabelecidas, retoma-se: o magistrado é o oráculo do Direito, mas isso não significa que ele jamais erre na interpretação jurídica; ao revés, como ser humano está fadado a errar, mas seu erro é assimilado pelo sistema normativo. Ele é titular da competência para pôr um fim ao conflito, para dizer definitivamente o direito para o conflito; é, em suma, o agente habilitado e qualificado pelo sistema para ser o oráculo do Direito. Compreendida a função jurisdicional, retoma-se o tema central deste estudo: é possível considerar o Judiciário uma fonte do estado de exceção?

4. ESTADO DE EXCEÇÃO ILÍCITO

Os erros do Judiciário, regra geral, não são suficientes para estabelecer um estado de exceção. Nos termos explicados, existe uma regra de calibração no sistema normativo por força da qual os erros cometidos no exercício da função jurisdicional são, quando a questão transita em julgado, assimilados como acertos. Essa regra, porém, não é absoluta: a calibração não funciona quando os equívocos do Poder Judiciário não decorrem apenas de um equívoco de interpretação, mas de um problema institucional. São justamente essas hipóteses que configuram um estado de exceção ilícito.

A título de exemplo, menciona-se a atuação do Poder Judiciário no período do Regime Militar, que vigorou de 1964 a 1985⁵⁰. O jornalista Felipe Recondo realizou um detalhado estudo da atuação do Supremo Tribunal Federal nesse período⁵¹. Em 1964, o STF era composto pelos Ministros: 1) Antonio Carlos Lafayette de Andrada; 2) Alvaro Moutinho Ribeiro da Costa; 3) Hahnemann Guimarães; 4) Luiz Gallotti; 5) Candido Motta Filho; 6) Antônio Martins Vilas Boas; 7) Antonio Gonçalves de Oliveira; 8) Victor Nunes Leal; 9) Pedro Rodovalho Marcondes Chaves; 10) Hermes Lima; 11) e Evandro Cavalcanti Lins e Silva.

⁵⁰ Por todos: FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 463-515.

⁵¹ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 235-253.

Os militares desejaram ter sempre maioria na Corte. A solução, de início, foi aumentar o número de magistrados: em 27 de outubro de 1965, por meio do Ato Institucional n. 02, Castello Branco criou mais cinco vagas, para supostamente ter sempre a maioria, e nomeou: 1) Adalício Coelho Nogueira; 2) José Eduardo do Prado Kelly; 3) Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello; 4) Aliomar de Andrade Baleeiro; 5) e Carlos Medeiros Silva⁵².

Castello Branco também nomeou: em 22 de fevereiro de 1967, Djaci Alves Falcão para a vaga de Vilas Boas; em 02 de março de 1967, Adaucto Lucio Cardoso para a vaga de Ribeiro da Costa. Seu sucessor, Costa e Silva, nomeou: em 07 de junho de 1967, Raphael de Barros Monteiro para a vaga de Pedro Chaves; em 18 de outubro de 1967, Themistocles Brandão Cavalcanti para a vaga de Hahneemann Guimarães e Moacyr Amaral Santos para a vaga de Candido Motta.

A mudança da composição da Corte não foi suficiente para satisfazer os militares. Sobreveio o Ato institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, editado por Costa e Silva, por meio do qual foram aposentados compulsoriamente os Ministros Evandro Cavalcanti Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal. Os dois primeiros haviam sido nomeados por João Goulart e o último por Juscelino Kubitschek. Em 03 de fevereiro de 1969 aposentaram-se Antonio Gonçalves de Oliveira e Antonio Carlos Lafayette de Andrada, provável razão por não terem sido cassados⁵³. Com as aposentadorias compulsórias e “voluntárias”, os militares tinham, então, nomeado todos os ministros do STF. Costa e Silva extinguiu por meio do Ato Institucional n. 06, de 06 de janeiro de 1969, as quatro vagas, não mais necessárias, criadas pelo AI n. 02.

O quadro é suficiente para indicar a situação da época: os Ministros do STF não possuíam mínima autonomia, pois, se descontentassem os militares, poderiam ser cassados. O período ainda é um tabu na história do país, mas, considerando o número de desaparecidos políticos, e os testemunhos sobre prisões arbitrárias, execuções e torturas, havia um risco concreto, para quem contrariasse o regime, de ser preso e/ou morto⁵⁴. O estudo de Felipe Recondo, muitíssimo bem fundamentado, baseado em

⁵² RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 102-123.

⁵³ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 124-185.

⁵⁴ Sobre o tema, por todos: RELATÓRIO da Comissão Nacional da Verdade. 10 dez. 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 19; RELATÓRIO da Comissão da Verdade da Prefeitura de São Paulo. 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/comissao_da_memoria_e_verdade/noticias/?p=227198. Acesso em: 13 mar. 19. Destaca-se, como paradigma, o caso de Aurora Maria Nascimento Furtado, cujo cadáver foi encontrado com mordidas pelo corpo, bicos dos seios cortados, fratura do braço exposta, um olho saltado e o crânio afundado. É o que se extrai do relato da advogada Eny Moreira in OS ADVOGADOS contra a ditadura. Direção, roteiro e texto: Silvio Tandler. Produção: Maycon Almeida, 2014. Disponível em http://caliban.com.br/filmografia/_os-advogados-contra-a-ditadura/. Acesso em: 13 mar. 19. O STF considerou que todos os crimes cometidos pelos militares durante o período foram objeto da anistia estabelecida na Lei Federal 6.683/79, sem que isso importe violação da Constituição

relatos dos próprios Ministros, publicações da época e entrevistas realizadas pelo autor, evidencia que os votos eram dados com o temor, bastante concreto, de represálias.

Quando se afasta um julgador por discordar de suas posições e se nomeia outro, este se apresenta, não como julgador, mas como *longa manus* do ditador. Se, por um lado, não havia para os Ministros nomeados pelos Presidentes da República anteriores ao Regime Militar condições institucionais para o exercício jurisdicional, por outro, os Ministros nomeados pelos militares não possuíam, em decorrência de sua vinculação com o nomeante, tendo em vista as particularidades do regime, a isenção requerida pela função.

Nesse cenário, não vigora o Estado de Direito, mas, sim, uma situação geral de absoluta hipocrisia, um “faz de conta”, apenas uma aparência de exercício jurisdicional. Em casos como esse, de flâncias institucionais, o Estado de Direito cessa e se instaura um verdadeiro estado de exceção ilícito.⁵⁵ Não há incidência da regra de calibração, porque o magistrado não atua em um cenário de isenção que lhe possibilite buscar, com base em suas convicções exegéticas, a interpretação correta do ordenamento vigente. A regra de calibração só atua quando as condições institucionais necessárias para o exercício da jurisdição estão presentes.

Por fim, nem todos os Ministros que foram nomeados pelos militares, é mister reconhecer, limitaram-se a ser *longa manus* dos ditadores. O Movimento Democrático Brasileiro – MDB – solicitou ao então Procurador Geral da República – PGR – que impugnasse a constitucionalidade do Decreto-lei nº 1.077/70, editado por Garrastazu Médici, por meio do qual submeteram-se todas as publicações à prévia censura em prol da moral e bons costumes. Na época, o PGR era nomeado pelo Presidente da República e passível de exoneração *ad nutum*. A CF/1969 (formalmente Emenda Constitucional nº 01 à CF/1967) previa que apenas o PGR era legitimado para propositura de ADI (art. 119, I, “I”). Xavier de Albuquerque, então PGR, fiel aos interesses de seu nomeante, recusou a representação. O MDB propôs, então, reclamação ao STF, sob o forte argumento de que, se coubesse ao PGR a última palavra, seria este o verdadeiro guardião da Constituição e não o STF. Todos os Ministros, com exceção de Aduatto Lúcio Cardoso, julgaram a

(STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 29.04.2010, DJe-145, divulg. 05.08.10, public. 06.08.10). Posteriormente ao julgamento, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso **Gomes Lund e outros** (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil – sentença de 24.11.2010. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 587-595; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flavio. **Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”**: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-72. É difícil acreditar que algum jurista considere hoje que os crimes cometidos contra a Aurora foram, de fato, objeto de anistia. É o que basta para justificar a assertiva: a questão é, ainda, um tabu.

⁵⁵ Sobre as relações entre Estado de Direito e estado de exceção, ver: LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e estado de exceção: encruzilhadas em labirintos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 179-193, jan./mar. 2019.

reclamação improcedente⁵⁶. Lúcio Cardoso foi, conforme já informado, nomeado por Castello Branco, mas, apesar disso, foi o responsável por um dos momentos mais marcantes do STF. No dia do julgamento, ao ouvir os votos dos colegas, deixou o plenário e nunca mais voltou à Corte⁵⁷. Tornou-se o maior símbolo de resistência à falência institucional do Supremo Tribunal Federal.

5. ATIVISMO JUDICIAL

Fixados alguns contornos conceituais do exercício da função jurisdicional e do estado de exceção ilícito, faz-se necessário aprofundar um pouco mais o exame da atuação jurisdicional no Estado de Direito. O papel do Poder Judiciário foi profundamente revisto com a evolução do constitucionalismo: a perspectiva legalista do Poder Judiciário nada tem a ver com a perspectiva neoconstitucionalista. É corrente a indicação do “ativismo judicial” como fonte da exceção. Contudo, a palavra “ativismo” é problemática: muitas vezes ela é utilizada por oposição a essa evolução. Daí o problema: sob a ótica neoconstitucional há ativismo ilícito ensejador do estado de exceção? O tema exige exame cuidadoso.

O legalismo esteve na aurora do constitucionalismo⁵⁸. Como os magistrados, na época, eram livremente nomeados pelos nobres — e estes não eram bem vistos pelos revolucionários franceses, tanto que boa parte deles foi guilhotinada —, é natural supor que os revolucionários não gostavam dos magistrados e tentaram a todo custo diminuir seu poder⁵⁹. Como a Revolução Francesa inspirou-se em Rousseau, que considerava a vontade geral infalível⁶⁰, atribuiu um poder quase absoluto ao Parlamento. Consagrou-se o entendimento de que o magistrado era, na expressão de Montesquieu, apenas uma boca que pronuncia as palavras da lei⁶¹. Daí o chamado referendo legislativo: se tivesse dúvida sobre a interpretação, o magistrado deveria suspender o julgamento e solicitar ao Legislativo que a afastasse⁶². Nesse cenário, se o Poder Judiciário

⁵⁶ STF, Rcl. 849, Rel. Min. Adalício Nogueira, Pleno, j. 10.03.1971, DJ 13.12.1971, p. 7096.

⁵⁷ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 204-233.

⁵⁸ O legalismo foi adotado pela **escola da exegese**, cujas características são didaticamente apresentadas por: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas: Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995, p. 84-89.

⁵⁹ Sobre o período, por todos: MOTA, Carlos Guilherme. **A revolução francesa**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 72 et seq.

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, [19-], p. 46-47.

⁶¹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Livro XII, Capítulo VI, p. 152.

⁶² Cf. GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos**. Tradução: César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016, p. 250.

se afastasse da literalidade dos textos normativos, violava a separação de Poderes e praticava um autêntico “ativismo”.

Essa crença cega no Legislador está, hoje, absolutamente sepultada. O Estado nazista fundamentou-se em leis previamente aprovadas pelo Parlamento⁶³. Com a derrocada do regime, os nazistas defenderam-se sob o argumento de que aplicaram a lei vigente, o que gerou uma crise de paradigma científico⁶⁴. Em reação a essa crise, o Direito passou a ser considerado, não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma “ordem objetiva de valores”⁶⁵. Aplicar o Direito pressupõe subsumir os fatos às regras, mas também sopesar os valores relacionados ao caso. Esta é a premissa fundamental do chamado “neoconstitucionalismo”⁶⁶: a edição de qualquer norma jurídica pressupõe uma ponderação de princípios. Se os europeus tiveram razões para desconfiar do Parlamento, e não considerar a democracia um valor absoluto⁶⁷, mais razões têm os brasileiros cuja democracia é apenas formal⁶⁸.

Nesse cenário, o exercício da função jurisdicional muda substancialmente⁶⁹. Exercer a função jurisdicional não é mais aceitar passivamente as decisões do Legislador. A título de exemplo: na era do legalismo, se a lei autorizava a venda de um imóvel da Administração Pública, a venda seria válida; bastava o Legislador autorizar. Tudo mudou: a lei precisa ser constitucional e, para tanto, deve haver razões de interesse público que justifiquem a venda. A arbitrária dilapidação do patrimônio do povo viola a Constituição⁷⁰. Outro exemplo: para tipificar uma conduta como crime não basta a vontade do Legislador; a tipificação só é válida na medida em que proteja um bem jurídico e essa proteção seja proporcional à restrição da liberdade imposta pela pena⁷¹.

⁶³ Um excelente retrato histórico é apresentado por RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução: Edmir Misso. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107 et seq.

⁶⁴ A situação é retratada exemplarmente por ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução: José Rubens Siqueira. 12. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 152 et seq.

⁶⁵ A expressão foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth (BVerfGE 7, 198). Sobre ele, vide: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 381-394; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75 et seq.

⁶⁶ Sobre o neoconstitucionalismo, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017.

⁶⁷ Por todos: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52-54.

⁶⁸ Nunca houve democracia material no Brasil. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 100-111, 1996.

⁶⁹ A mudança do papel do juiz e da importância do legislador é magistralmente apresentada por: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. Tradução: Marina Gascón. Madri: Trotta, 2005.

⁷⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

⁷¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 26-27. A teoria penal da proteção do bem jurídico foi magnificamente desenvolvida por ROXIN, Claus. **A proteção de**

Longe de ser apenas uma boca nula, que pronuncia as palavras da lei, cabe ao magistrado verificar se a ponderação realizada pelo Legislador no plano abstrato é válida, vale dizer, se a restrição valorativa por ele imposta é proporcional; sendo válida no plano abstrato, deve verificar se a validade se mantém no plano concreto. É bem possível que a lei seja constitucional no plano abstrato, mas sua aplicação seja inconstitucional no plano concreto.

Adotada essa compreensão do fenômeno jurídico, toda política se juridiciza: passa a ser exercício de competência discricionária. Nem o Legislador nem a Administração possuem liberdade, mas discricionariedade. Há situações em que o Direito aceita duas ou mais alternativas como igualmente válidas, imputando a escolha ao agente competente; é possível, contudo, que o Direito exija uma solução apenas, de modo que a competência seja vinculada⁷². É possível que haja discricionariedade e o agente escolha alternativa não admitida: o Direito admite “a” ou “b” e o agente escolhe “c”. Cabe ao Judiciário, quando provocado, verificar se a escolha realizada pelo Legislador ou pela Administração Pública era admitida pelo Direito, vale dizer, se havia, de fato, discricionariedade e, havendo, se o agente competente escolheu uma alternativa admissível. Toda atuação estatal submete-se, então, à possibilidade de denso controle jurisdicional.

Ao ter que examinar cada decisão política, há um risco de ocorrer a “desneutralização política do juiz”⁷³: o magistrado deixa de buscar a vontade do ordenamento e passa a realizar a política. Isso ocorre quando ele não respeita a competência discricionária, mas a viola, tomando para si a prerrogativa de escolher. Enquanto o magistrado busca a “vontade do ordenamento jurídico”, não há que se falar de ativismo; quando, porém, passa a não mais interpretar, mas escolher, configura-se o ativismo. Diferenciar uma situação de outra não é tarefa fácil.⁷⁴

Para evidenciar essa dificuldade menciona-se a teoria do estado de coisas inconstitucional – ECI, pioneiramente desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana⁷⁵. Impugnou-se no STF a omissão estatal, de todos os Poderes da República, em

bens jurídicos como função do Direito Penal. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷² Sobre a vinculação e a discricionariedade, vide MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade.** São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 106 et seq.

⁷³ A expressão é de FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica.** Barueri: Manole, 2014.

⁷⁴ Sobre a temática do ativismo judicial, vide: LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021; FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018; 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.

⁷⁵ Sobre ela, vide a magnífica monografia de CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: Juspoivm, 2016. Ver, ainda: MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações**

relação à situação carcerária. A CPI realizada na Câmara dos Deputados, em 2009, sobre a situação dos presídios no Brasil evidenciou algo que a comunidade jurídica já sabia há um bom tempo: o sistema carcerário brasileiro viola a dignidade da pessoa humana de modo drástico⁷⁶. Os problemas são múltiplos: uma superlotação aviltante, celas sem estrutura hidráulica, sanitária, elétrica, sem mínimas condições de higiene, presos sem receber material de higiene básica e alimentação adequada. O PSOL impugnou essa omissão estatal por meio da ADPF n. 347.

Em 09 de setembro de 2015 a Corte proferiu um julgamento histórico: reconheceu a configuração do ECI e deferiu parcialmente a medida cautelar para determinar a todos os magistrados que passem a realizar audiências de custódia, à União que efetue o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional e à União e aos Estados que encaminhem à Corte informações sobre o atual sistema prisional⁷⁷. Contudo, todos os demais pedidos da cautelar foram indeferidos ou considerados prejudicados. Apesar de ser considerada um avanço, a decisão ficou muito aquém do que deveria: a Corte reconheceu a verdade da afirmação feita na inicial de que parte significativa dos detentos do país já cumpria a pena, mas indeferiu o pedido de realização de mutirões para resolver o problema. Se o STF determinasse efetivas medidas concretas para resolver o problema carcerário no Brasil, pondo fim à desídia governamental, certamente seria acusado de “ativista” e, pois, de violador da separação de poderes

Retoma-se: muitas vezes, qualifica-se de “ativismo” a correta compreensão do ordenamento pelo Poder Judiciário, a compreensão de que o Direito não se esgota na literalidade dos textos normativos, de que a maioria das proibições e obrigações jurídicas estão implícitas. É bem conhecido o exemplo de Recasens Siches sobre uma norma que proíbe a entrada de cães em uma estação ferroviária e a sua indagação sobre a proibição da entrada de ursos⁷⁸. A doutrina tradicional, presa ao legalismo e à falsa percepção de que o direito se restringe às normas extraídas da literalidade dos textos legais, considera que aí haveria uma lacuna, a ser integrada pelo magistrado por meio da analogia: se há norma proibindo a entrada de cães em prol da segurança dos usuários da estação, cabe criar outra norma que proíba a entrada de ursos. Essa posição, apesar de difundida, consiste em um grave erro de compreensão do fenômeno jurídico. Se a proibição da entrada de cães é válida, existe implicitamente no sistema normativo

Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020; e LIMA, Gabriela Eulalio de; ANDRADE, Sinara Lacerda. O estado de coisas inconstitucional e a crise financeira à luz da economia compartilhada. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba v. 11, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2020.

⁷⁶ Sobre a situação carcerária brasileira, por todos: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspoivm, 2016, p. 264 a 276.

⁷⁷ STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015.

⁷⁸ SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 15. ed. México: Porrúa, 2006, p. 217.

a proibição da entrada de ursos⁷⁹. O magistrado não cria essa proibição, mas a “descobre” no sistema. A analogia não é uma técnica de criação de novas normas, mas de revelação de normas implícitas já existentes. Pois bem: não é ativismo revelar as normas implícitas; não é ativismo impor os deveres que já se extraem do ordenamento jurídico.

O ativismo se configura quando o Poder Judiciário abdica de apurar quais são as normas existentes no ordenamento jurídico, qual o sentido e o alcance delas e quais são válidas, e passa, ele próprio, a criar normas ou a impor sua violação. Deixa de realizar uma atividade cognitiva de entender corretamente o Direito vigente e passa a exercer uma atividade puramente volitiva. Abusa do exercício funcional para, com base nele, criar obrigações e permissões arbitrárias. Prende alguém, não porque foi provado que este cometeu algum crime previsto na legislação; prende por razões políticas ou de foro íntimo. Em suma: quando o Poder Judiciário deixa de ser intérprete, configura-se o ativismo judicial. Insiste-se, porém, no problema: não é fácil saber quando isso ocorre. Como diz Friedrich Müller, boa parte do Direito está implícita nos textos normativos⁸⁰. A compreensão de quais são as normas existentes, qual o sentido delas, e quais são válidas é uma atividade envolta em acirradas controvérsias. O magistrado não é ativista apenas por divergir do jurisdicionado na compreensão do Direito.

Feitas essas ressalvas, conclui-se: o ativismo judicial, mesmo se caracterizado, não é suficiente para gerar um estado de exceção ilícito. O erro decorrente do ativismo é, dogmaticamente, regra geral, equiparado ao erro de interpretação. Ele só será causador do estado de exceção quando não se tratar de um abuso pontual, mas de uma falência institucional do Poder Judiciário.

6. RESISTÊNCIA NO ESTADO DE DIREITO

Para terminar este estudo, faz-se necessário examinar, tendo em vista as premissas inicialmente fixadas, a reação ao estado de exceção ilícito. Do ponto de vista dogmático, há de se diferenciar duas situações: a execução administrativa de uma norma existente e a execução administrativa de uma norma inexistente. Adotada a teoria dos planos jurídicos, se cumpridas certas exigências (elementos e pressupostos de existência), a norma existirá⁸¹. É possível, porém, que o Estado resolva executar uma norma que

⁷⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI)**, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 304.

⁸⁰ Friedrich Müller vale-se de uma metáfora: imagine-se um enorme **iceberg** submerso nas águas do mar, em que apenas a ponta encontra-se emersa; o teor literal dos textos normativos é apenas a “ponta do **iceberg**” (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53).

⁸¹ Sobre a teoria dos planos jurídicos aplicada ao ato administrativo, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121 et seq. Para um resumo, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Três planos da norma jurídica. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 238, 19 ago. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/HuK5bc>. Acesso em: 15 mar. 19.

não existe como norma no mundo jurídico, ou por falta de elementos (não possui um conteúdo normativo ou não possui forma jurídica, vale dizer, não foi exteriorizada) ou por falta dos pressupostos de existência (objeto — pessoa ou coisa a que o conteúdo se refere —, habilitação para editar a norma, mínimo de eficácia social, não concretização de intolerável injustiça). Diante da execução de um ato administrativo inexistente, configura-se o direito de resistência ativa: o administrado tem o direito subjetivo de reagir *manu militare* contra a execução⁸².

Se o ato existe, pode ser válido ou inválido. Caso se pretenda executar um ato inválido, o administrado não possui direito de resistência ativa, mas, sim, direito de resistência passiva: se o ato impõe uma obrigação ao administrado, dando prioridade ao cumprimento voluntário, ele pode descumprir-la; se for reconhecida a invalidade, não será sancionado pelo descumprimento⁸³. Se a Administração pretender executar um ato inválido, caberá ao administrado apenas impugnar a execução na instância administrativa e/ou na instância jurisdicional. Se o órgão estatal competente não reconhecer a invalidade, não há direito de resistência.

Fixaram-se os conceitos de resistência ativa e passiva tendo em vista o exercício da função administrativa. Em relação à função jurisdicional, há um problema dogmático: conforme dantes explicado, o sistema normativo habilita o Poder Judiciário a dizer o Direito (*jurisdictio*). Quem dirá a última palavra sobre a existência ou inexistência jurídica é o Poder Judiciário. Noutras palavras, se ele reconhecer que o ato existe, ainda que cientificamente não exista, o Direito assimilará o erro como acerto: juridicamente existirá e não haverá direito de resistência ativa. Se considerar que o ato é válido, ainda que cientificamente seja inválido, da mesma forma, não haverá direito de resistência passiva, pois o Direito assimilará o erro como acerto. Se o jurisdicionado discorda da decisão judicial, caberá impugná-la por meio de recursos e ações judiciais previstas no sistema normativo. Com o trânsito em julgado, do ponto de vista dogmático, nada restará a não ser sujeitar-se à decisão.

O descumprimento do Direito por motivo político — não pela intenção propriamente de violar a norma, mas por não aceitar sua legitimidade —, é assumido pelo Direito como simples descumprimento⁸⁴. Em termos técnicos: a desconfirmação do poder estatal é desconfirmada, considerando-a uma negação. A negativa do poder

⁸² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 498; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 550-553 e 655-659.

⁸³ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 498; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 550-553 e 655-659.

⁸⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deontica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172-179.

confirma o exercício do poder; a desconfirmação do poder destrói o poder⁸⁵. Por isso, o poder sempre desconfirma a desconfirmação, tomando-a como negação⁸⁶. Ainda que se descumpra o Direito por considerá-lo ilegítimo, os órgãos estatais tomarão o descumprimento como simples violação da norma. Não existe, por isso, atuação política autônoma dentro do Estado de Direito. Quem se volta contra o poder político, dentro do sistema, atua ilicitamente e deverá responder pela ilicitude. Essa atuação política só se legitima fora do Estado de Direito: caso os insurgentes consigam promover um golpe, derrubar o governo e dar efetividade a uma nova Constituição, darão início a uma nova ordem jurídica.

Em certas hipóteses excepcionais, de erros judiciais manifestos, mesmo do ponto de vista dogmático, considera-se legítimo o descumprimento. Um bom exemplo é a regra extraída do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, segundo a qual basta a Administração depositar o valor previsto na planta do IPTU para obter a imissão na posse do imóvel que é objeto da ação de desapropriação. A base de cálculo do IPTU é o valor venal do bem, vale dizer, seu valor de mercado⁸⁷. Contudo, como a apuração desse valor para cada imóvel da cidade é impossível, a Administração efetua uma estimativa, regra geral para baixo. Logo, na prática, a planta de valores do IPTU raramente indica o valor venal; pelo contrário, indica um valor bem abaixo do valor de mercado. Suponhamos que um imóvel valha um milhão de reais, e esteja registrado na planta do IPTU como valendo cem mil reais. Pelo texto normativo, se o Poder Público depositar em juízo cem mil, pode obter a imissão na posse e iniciar a realização da obra pública. O que diz o STF? Os Ministros afirmam que nada há de errado nisso, pois o proprietário só perderá sua propriedade quando do registro da carta de adjudicação no Cartório de Imóveis, que ocorrerá ao final do processo (Súmula 652). O direito à prévia e justa indenização, dizem, só é garantido em relação à perda da propriedade. Na prática: o proprietário é retirado de sua casa, ela é demolida, constrói-se uma estrada sobre ela, e o proprietário fica com uma ínfima percentagem do valor de sua propriedade até que, décadas depois, a Administração pague o valor integral do precatório.

O Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, Homero Benedicto Ottoni Netto, com base em uma leitura correta da Constituição, determinou a realização de

⁸⁵ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39 et seq.; WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**. Tradução: Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010, p. 77-81.

⁸⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deontica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172-179. Para um aprofundamento: DIÁLOGOS sobre desobediência civil e Direito. Direção, produção e roteiro: André Ricardo dos Santos Lopes. São Paulo: produção independente. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ruh0frztHM>. Acesso em: 15 mar. 19.

⁸⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 506 et seq.

perícia prévia, feita às pressas, quando do pedido de imissão na posse, e condicionou o deferimento da imissão ao depósito integral do valor definido na perícia⁸⁸. A partir de então, consagrou-se esse entendimento na primeira e na segunda instância do Poder Judiciário: os magistrados em geral vêm desprezando a orientação do STF e exigindo, para o deferimento da imissão na posse, o depósito integral do valor fixado na perícia prévia. Devem ser sancionados? A atitude é perfeitamente legítima, sendo descabida qualquer sanção. Suponha-se que, numa falência institucional generalizada, os magistrados passem a adotar a posição do STF. Nesse caso, o Poder Executivo deveria acatá-la? É, da mesma forma, legítimo o descumprimento, sendo despropositado sancionar o agente administrativo. O próprio advogado público deverá requerer a realização da perícia prévia e exigir da Administração que deposite, antes da imissão na posse, o valor integral que nela for fixado. Quando a decisão do Poder Judiciário configurar uma solução drasticamente imoral e gravemente injusta, impõe-se, juridicamente, seu descumprimento. Nesse caso, o descumprimento de ordem judicial dá-se dentro do Estado de Direito, pois consiste no correto cumprimento da Constituição vigente. Se isso vale para casos pontuais de descumprimento do Direito, vale, com mais razões, para situações de generalizado descumprimento. Por isso, mesmo dogmaticamente, tendo em vista uma compreensão correta do Direito vigente, no estado de exceção ilícito devem os juristas descumprir a deliberação do Poder Judiciário⁸⁹.

7. CONCLUSÃO

1. Do ponto de vista *sociológico* é indiscutível que o Poder Judiciário brasileiro é fonte de um permanente *estado de exceção* para os miseráveis. O que se pretendeu neste estudo foi examinar sob uma perspectiva *jurídico-dogmática* a relação entre o Poder Judiciário e o estado de exceção tendo em vista uma compreensão *normativista* do Direito.

2. Diferenciou-se o *estado de exceção lícito* do *estado de exceção ilícito*. O primeiro decorre das situações disciplinadas nos arts. 136 a 141 da CF/88, que tratam do *estado de defesa* e do *estado de sítio*. Ambos são situações próprias do Estado de direito em que se admitem restrições a certos direitos fundamentais não admitidas fora delas. Por isso, considerou-se inapropriado afirmar que nessas situações vigora uma “legalidade extraordinária”; vigora, sim, a “legalidade normal”, pois as “medidas extraordinárias”

⁸⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 508-509. Kiyoshi Harada relata o caso e apresenta, na íntegra, a decisão, mas a considera exemplo de ativismo judicial (HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104 et seq.). Nos termos aqui expostos, o que para uns é ativismo para outros é o correto cumprimento do Direito.

⁸⁹ A conclusão evidencia o dilema de todo jurista. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Jurista, de que lado você está? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 193, 17 jun. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/BcNY9v>. Acesso em: 15 mar. 19.

nelas admitidas são disciplinadas na Constituição e nas leis. De modo a confirmar essa conclusão, a Constituição estabelece expressamente um denso *controle político e jurisdicional* desses estados de exceção.

3. O *estado de exceção ilícito*, ao contrário do lícito, é atentatório ao Estado de Direito; decorre da falência das instituições estatais na realização de sua missão constitucional.

4. A *função jurisdicional* destina-se a dar a última palavra sobre a interpretação jurídica. A decisão jurisdicional é um ato cognitivo, e não volitivo, fruto de competência vinculada, e não discricionária. O juiz, oráculo do Direito, deve buscar a decisão justa. Para tanto, deve ser imparcial, mais do que impessoal.

5. Repudiou-se a concepção realista do Direito: este não é o que magistrado diz, mas a interpretação correta dos textos normativos vigentes. Sendo humano e, pois, falível, o magistrado pode errar na interpretação. Há, contudo, uma *regra de calibração*: com o trânsito em julgado o erro do magistrado é assimilado como acerto. Fixaram-se três conclusões. Primeira: essa regra não atua da mesma forma no controle concentrado; a decisão da Corte Constitucional não impede, no Direito, a rediscussão futura. Segunda: essa regra não é absoluta, daí a teoria da coisa julgada inconstitucional. Terceira: quanto mais erra, mais o magistrado perde prestígio.

6. Por força da referida regra de calibração, erros do Judiciário não são suficientes para caracterizar um estado de exceção. Contudo, a calibração não funciona quando os equívocos do Poder Judiciário não decorrem apenas de um equívoco de interpretação, mas de um problema institucional. Considerou-se a atuação do STF durante a Ditadura militar um exemplo de estado de exceção ilícito. Os Ministros não atuaram em um cenário de isenção que lhes possibilitasse buscar, com base em suas convicções exegéticas, a interpretação correta do ordenamento vigente. A regra de calibração só atua quando as condições institucionais necessárias para o exercício da jurisdição estão presentes.

7. Costuma-se utilizar a expressão “ativismo judicial” para criticar a correta interpretação jurisdicional que se afasta da literalidade dos textos normativos. No Estado Legalista, considerava-se que o Judiciário violava a separação dos Poderes quando se afastava da literalidade. No Estado neoconstitucionalista, em que a Constituição é considerada uma ordem objetiva de valores, a correta compreensão do Direito pressupõe a percepção de muitas normas implícitas. Atualmente, toda política juridiciza-se, configurando exercício de competência discricionário, sujeito a controle jurisdicional. O verdadeiro *ativismo judicial* não se dá quando o magistrado desvenda corretamente normas implícitas ou quando constata a invalidade do exercício da discricionariedade, mas quando desrespeita o exercício válido de competência discricionária.

8. Diferenciou-se a *resistência ativa*, que se apresenta em face da execução de atos administrativos inexistentes, da *resistência passiva*, que se apresenta em face de certos atos administrativos inválidos. Se o Judiciário errar na compreensão da inexistência ou da invalidade jurídica, regra geral, não há, respectivamente, direito de resistência ativa e passiva. A resistência política contra o erro do Judiciário é considerada violação do Direito: só se legitima fora do Estado de Direito, mediante a substituição da ordem vigente.

9. Concluiu-se, contudo, que em certas hipóteses excepcionais, de erros judiciais manifestos, é legítimo, sem rompimento do Estado de Direito e, pois, do direito vigente, o descumprimento do ato jurisdicional. Quando a decisão do Poder Judiciário configurar uma solução drasticamente imoral e gravemente injusta, impõe-se, juridicamente, seu descumprimento.

8. REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEX, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução: José Rubens Siqueira. 12. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da Administração Pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de direito administrativo e infraestrutura – RDAI**, São Paulo, n. 11, ano 3, p. 441-449, out./dez. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 100-111, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspoivm, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIÁLOGOS sobre desobediência civil e Direito. Direção, produção e roteiro: André Ricardo dos Santos Lopes. São Paulo: produção independente. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ruh0ftrztHM>. Acesso em: 15 mar. 19.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil** – v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 33-76.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018.

FONSECA, João Francisco. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho**: fundamentos teóricos. Tradução: César E. Moreno More e Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel, 2016.

GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem**: teoria e prática. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101 a 122.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e estado de exceção: encruzilhadas em labirintos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 179-193, jan./mar. 2019.

LIMA, Gabriela Eulalio de; ANDRADE, Sinara Lacerda. O estado de coisas inconstitucional e a crise financeira à luz da economia compartilhada. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba v. 11, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2020.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Paradoxo da interpretação literal. **Revista Colonistas de Direito do Estado**, n. 102, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/bneUDH>. Acesso em: 06 mar. 19.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria geral da interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI)**, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 299-331, out./dez. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito e justiça. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43-91.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Produção científica do direito administrativo. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 393, 22 abr. 2018. Disponível em: <https://goo.gl/f2U4oC>. Acesso em: 07 mar. 19.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Três planos da norma jurídica. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 238, 19 ago. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/HuK5bc>. Acesso em: 15 mar. 19.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deôntica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-244.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Jurista, de que lado você está? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 193, 17 jun. 2016. Disponível em: <http://goo.gl/BcNY9v>. Acesso em: 15 mar. 19.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flavio. **Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”**: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida severina. In: MELO NETO, João Cabral de. **Serial e antes**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 143-180.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOTA, Carlos Guilherme. **A revolução francesa**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVECRONA, Karl. **Linguagem jurídica e realidade**. Tradução: Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OS ADVOGADOS contra a ditadura. Direção, roteiro e texto: Silvio Tendler. Produção: Maycon Almeida, 2014. Disponível em: http://caliban.com.br/filmografia_/os-advogados-contra-a-ditadura/. Acesso em: 13 mar. 19.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações** – v. I. Campinas: Bookseller, 1998.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RELATÓRIO da Comissão Nacional da Verdade. 10 dez. 2014. Disponível em: <http://cnv.memorias-reveladas.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 19.

RELATÓRIO da Comissão da Verdade da Prefeitura de São Paulo. 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/comissao_da_memoria_e_verdade/noticias/?p=227198. Acesso em: 13 mar. 19.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução: Edmir Missio. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, [19-].

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves; MAGANE, Renata Possi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.

SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 15. ed. México: Porrúa, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres – v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 39-70.

WATZLAWICK, Paul; BEVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**. Tradução: Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madri: Trotta, 2005.



O Congresso e os 30 anos da Constituição: análise dos players políticos no processo de emendas constitucionais entre 2015 e 2018

The Congress and the 30 years of the Constitution: analysis of the political players in the constitutional amendment process between 2015 and 2018

MATHEUS DE SOUZA DEPIERI^{1,*}

¹ Universidade de Brasília (Brasília, Distrito Federal, Brasil)
matheussdeperier@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9776-5135>

JULIANO ZAIDEN BENVINDO^{1,**}

¹ Universidade de Brasília (Brasília, Distrito Federal, Brasil)
juliano@unb.br
<https://orcid.org/0000-0001-5641-100X>

Recebido/Received: 19.05.2021 / May 19th, 2021

Aprovado/Approved: 29.07.2021 / July 29th, 2021

Resumo

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar a interação do Legislativo - especialmente da Câmara dos Deputados - com a Constituição, com foco no processo de emendas constitucionais durante a 55ª Legislatura (2015-2018). Por meio de uma análise empírica, que buscou categorizar todas as PECs propostas pelos deputados, o presente trabalho teve como objetivo identificar

Abstract

This article aims to analyze the interaction between the Legislative - especially the Chamber of Deputies - and the Constitution, focusing on the process of constitutional amendments during the 55th Legislature (2015-2018). By conducting an empirical analysis, which focused on categorizing all of the proposals of constitutional amendment submitted by the deputies, this article aims to identify which

Como citar esse artigo/How to cite this article: DEPIERI, Matheus de Souza; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Congresso e os 30 anos da Constituição: análise dos players políticos no processo de emendas constitucionais entre 2015 e 2018. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 489-506, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.81089.

* Pesquisador do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Pesquisador do Programa CNPq-PROIC. Editor-chefe da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED)UnB e Associate Editor da International Review of Constitutional Reform. E-mail: matheussdeperier@gmail.com.

** Professor Associado de Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Doutor em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin com período de co-tutela na Universidade de Brasília. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Bolsista de Produtividade do CNPq (309614/2018-0). Coordenador do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da UnB. E-mail: juliano@unb.br.

quais são as áreas, temas ou princípios que estão mais constantemente sujeitos a propostas de alteração, uma vez que a identificação dessas “áreas sensíveis” da Constituição pode servir como um parâmetro para melhor compreender a relação do Legislativo com a Carta Magna brasileira. Como resultado, as matérias mais comuns identificadas foram aquelas relacionadas ao direito penal, às alterações do funcionamento e da estrutura do Poder Judiciário, às mudanças para privilegiar carreiras policiais ou militares e às alterações na distribuição de recursos entre os entes federados. Após a análise dos dados obtidos, o artigo foi concluído com uma análise do papel da 55ª legislatura para a ascensão da direita iliberal após 2014, analisando possíveis sinais do chamado “fim da direita envergonhada” nas propostas de emenda à Constituição.

Palavras-chave: Constituição; proposta de emenda constitucional; Câmara dos Deputados; direita iliberal; players políticos.

areas, themes or principles of the Constitution are most constantly subject to proposals for change, since the identification of these “sensitive areas” can help to better understand the Legislative’s relationship with the Brazilian Constitution. As a result, the most relevant “sensitive areas” identified are those related to criminal law, to changes on the Judiciary, to changes to privilege police or military careers, and to changes in the distribution of resources among federal entities. After analyzing the data obtained, the article ended with an analysis of the role of the 55th legislature for the rise of the illiberal right after 2014, analyzing possible signs of the so-called “end of the shamed right” in the process of proposals of amendments to the Constitution.

Keywords: Constitution; constitutional amendment proposal; Chamber of Deputies, illiberal right; political players.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Método utilizado para análise e classificação das PECs; **3.** Resultados e achados de pesquisa; **4.** A significativa força política de movimentos conservadores e o avanço de ideais atrelados ao punitivismo penal; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Conforme explica Daryl Levinson¹, o constitucionalismo é frequentemente comparado à passagem da Odisseia na qual Ulisses, ao navegar próximo da Ilha de Capri, se amarra no mastro de sua embarcação para resistir ao canto fatal das sereias. Esta curiosa analogia, apesar de poder ser problematizada, retrata a importância da Constituição em constituir e restringir um sistema de governo, criar um conjunto de regras sobre o jogo político e garantir direitos fundamentais à população. Uma Constituição escrita, nesse sentido, é capaz de fixar as regras básicas vinculantes a fim de ajudar na coordenação de atores políticos e sociais em torno do objetivo comum de governo².

Tendo em vista a importância e a centralidade da Constituição para a vida política do país, a Carta Magna brasileira de 1988 dispôs em diversas passagens sobre a interação de cada um dos poderes com os dispositivos constitucionais, de forma a possibilitar, de forma efetiva, a aplicação e a adaptação das normas idealizadas pelo

¹ LEVINSON, Daryl J. *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*. **Harvard Law Review**, v. 124, p. 657-746, 2010.

² LEVINSON, Daryl J. *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*. **Harvard Law Review**, v. 124, p. 657-746, 2010.p. 709.

Constituinte originário. Como exemplos dessa interação, pode-se mencionar que (i) o Poder Executivo pode exercer o direito de veto a projetos de lei com base na inconstitucionalidade de dispositivos aprovados, além de ter legitimidade para acionar o controle concentrado do Supremo; (ii) o Poder Legislativo pode realizar o controle prévio de constitucionalidade dos projetos de lei discutidos em comissões (como a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), além de poder ativamente emendar o texto constitucional; e (iii) o Poder Judiciário, como amplamente estudado e discutido, exerce a jurisdição constitucional para aplicar as normas constitucionais e interpretá-las quando necessário.

Apesar de os Três Poderes interagirem ativa e constantemente com a Constituição, é possível perceber que a academia, ao realizar pesquisas jurídicas, frequentemente foca apenas e tão somente no papel desempenhado pelo Judiciário - em especial pelo STF - e acaba por negligenciar o fértil campo do controle, interação e aplicação das normas constitucionais pelo Legislativo e pelo Executivo.

Nesse contexto, como forma de ampliar os horizontes do estudo constitucional, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar a interação do Legislativo - especialmente da Câmara dos Deputados - com a Constituição, com foco no processo de emendas constitucionais. Mais especificamente, será analisado, neste trabalho, as propostas de emendas à Constituição - aprovadas ou não - que foram apresentadas na 55ª Legislatura (2015-2018), que possuiu importância histórica por ter marcado os 30 anos de Constituição.

Por meio de uma análise minuciosa das PECs, tem-se como objetivo estudar quais as ambições dos Parlamentares no processo de proposição de mudanças do texto constitucional, entender como os players políticos se comportam após 30 anos da Carta Magna e, principalmente, mensurar, por meio de dados empíricos, quais são as áreas, temas ou princípios que estão mais constantemente sujeitos a propostas de alteração, uma vez que a identificação dessas “áreas sensíveis” da Constituição pode servir como um parâmetro para melhor compreender a relação do Legislativo com a Carta Magna brasileira.

Após a realização do levantamento de dados acima mencionado sobre as “áreas sensíveis” da Constituição, este trabalho realizará um exame dos resultados obtidos e será concluído com uma análise do papel da 55ª legislatura para a ascensão da direita iliberal após 2014, analisando possíveis sinais do chamado “fim da direita envergonhada” nas propostas de emenda à Constituição.

2. MÉTODO UTILIZADO PARA ANÁLISE E CLASSIFICAÇÃO DAS PECs

Partindo dos objetivos centrais do presente trabalho em identificar “áreas sensíveis” da Constituição - entendidas como aquelas que estão mais constantemente sujeitas a proposta de reforma -, tem-se como ponto de partida lógico a análise individual de todas as Propostas de Emenda à Constituição da 55ª Legislatura da Câmara dos Deputados. O marco temporal ora utilizado se justifica **(i)** pelo fato de representar o período que a Constituição completou sua terceira década, de forma a justificar a necessidade de se compreender quais normas constitucionais continuam polêmicas e quais delas ainda geram insatisfações aos representantes do povo; e **(ii)** em função de ser a legislatura na qual muitos autores começaram a destacar a ascensão de uma direita iliberal nas esferas políticas deliberativas, de forma que a análise dos movimentos constitucionais da época podem contribuir com uma melhor compreensão do contexto político que permeou a legislatura anterior à eleição de Jair Bolsonaro para a presidência da república.

Vale destacar que a análise das PECs possui grande relevância para os objetivos acima descritos, na medida em que, nos termos do art. 60 da Constituição, elas dependem de assinatura de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado. Dessa forma, percebe-se que, mesmo que uma emenda não venha a ser aprovada, ela pode ser utilizada como sinalização de apoio de uma quantidade significativa de parlamentares em relação a determinadas ideias ou anseios – afinal, as PECs não costumam demonstrar vontades isoladas de deputados, mas sim ideais compartilhados por pelo menos 33% daqueles que detêm poder formal de alteração da Constituição.

Para a realização da pesquisa empírica, foram analisadas todas as 455 PECs apresentadas na Câmara dos Deputados entre 2015 e 2018 por meio de um exame minucioso do inteiro teor e das justificativas das propostas submetidas. Após a devida análise de cada uma das propostas, foram desenvolvidas, para fins deste trabalho, categorias de classificação com base nas similaridades encontradas em relação aos temas de fundo das PECs. Os grupos criados, apesar de não abordarem com perfeição todas as propostas - tendo em vista que muitas vezes existem zonas cinzentas que demandaram aproximações -, são essenciais para o objetivo de identificação das “áreas sensíveis” da Constituição, uma vez que eles facilitam o agrupamento de propostas potencialmente semelhantes. As categorias criadas podem ser resumidas em:

1. *Ampliação de garantias*: As PECs classificadas como “ampliação de garantias” são aquelas que visam, de uma maneira geral, aumentar o rol de direitos protegidos na Constituição ou, ainda, cristalizar, no texto constitucional, diretrizes de políticas públicas para efetivação de direitos constitucionais

preexistentes. São exemplos desta categoria as PECs que **(i)** garantem direitos políticos e de elegibilidade (ou atividade político-partidária) de determinadas grupos excluídos pelo texto constitucional; **(ii)** ampliam o rol de direitos sociais ou fundamentais da Constituição; **(iii)** garantem recursos mínimos para aplicação em determinada área (como segurança pública ou saúde); **(iv)** ampliam o conceito de família ou o período de licença maternidade/paternidade; e **(v)** alteram, suprimem ou reduzem a incidência da PEC do teto de gastos aprovada em 2016³.

2. *Restrição de garantias*: De maneira geral, as propostas enquadradas nesta categoria visam, de algum modo, limitar ou suprimir garantias constitucionais atualmente vigentes. São exemplos dessa categoria as PECs que se propõem a **(i)** prorrogar a incidência da Desvinculação de Receitas da União (DRU); **(ii)** extinguir o foro por prerrogativa de função; **(iii)** vedar a progressão de regime de cumprimento de pena ou instituir a imprescritibilidade de crimes; **(iv)** reduzir a maioria civil e penal; **(v)** limitar ou excluir o “auxílio-reclusão”; **(vi)** estabelecer a exigência da conclusão de curso de graduação de nível superior para o exercício das funções de certos cargos públicos; **(vii)** possibilitar a execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segunda instância; **(viii)** instituir o Novo Regime Fiscal (PEC do teto dos gastos públicos); e **(ix)** instituir a reforma da previdência.
3. *Pacto Federativo*: As PECs classificadas em “Pacto Federativo” são aquelas propostas que versam sobre a relação entre os entes federativos (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal). Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, são enquadradas nessa categoria as propostas que **(i)** aumentam as transferências de recursos para o Fundo de Participação dos Municípios (FPM); **(ii)** versam sobre a destinação dos territórios de marinha (por exemplo, transferindo os terrenos para os Municípios); **(iii)** determinam a criação de Zonas Francas em localidades específicas; **(iv)** aumentam a transparência das contas dos Municípios para os cidadãos; **(v)** versam sobre a repartição de receitas tributárias entre os entes federativos; **(vi)** buscam a federalização de estabelecimentos penais; entre outros⁴.

³ Quando as PECs determinam a aplicação mínima de receitas pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal para a concretização de direitos constitucionais, considerou-se prevalente a categoria de ampliação de garantias, uma vez que este é, supostamente, o “objetivo final” do legislador (a interferência em outros entes federativos é apenas o meio de concretização deste fim).

⁴ Diversas propostas versam sobre compensação financeira, incentivos fiscais ou repartição da arrecadação tributária entre os entes federativos. Nesses casos, prevaleceu a classificação “pacto federativo”, uma vez que o tributo é apenas um meio para se alterar a repartição de verbas constitucionais entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

4. *Separação de Poderes*: Esta categoria abarca as PECs propostas para determinar competência, delinear o funcionamento ou estabelecer obrigações a algum dos Três Poderes, sendo exemplos as propostas que buscam **(i)** alterar ou definir critérios para provimento de cargos de Ministros ou desembargadores nos tribunais; **(ii)** possibilitar a convocação obrigatória, pelo Legislativo, de funcionários vinculados aos demais poderes (como os titulares de órgão diretamente subordinado à Presidência da República); **(iii)** definir prazo para devolução de vista ou outros trâmites internos nos tribunais; **(iv)** fixar a competência exclusiva do Congresso Nacional em matéria de tratados, acordos ou atos internacionais; **(v)** delinear limites ou regras de aplicação das emendas parlamentares; **(vi)** alterar a forma de julgamento das contas do Presidente da República; **(vii)** definir critérios de reeleição no Poder Executivo; **(viii)** instituir o sistema parlamentarista ou unicameral; **(ix)** regulamentar procedimento relativos a processos contra Presidente da República, entre outros.
5. *Matéria processual*: São as PECs que buscam alterar, de alguma forma, matérias processuais em sentido amplo, como as propostas que visam **(i)** alterar aspectos do processo legislativo (por exemplo, quórum de deliberação, matéria de lei complementar ou lei ordinária ou tramitação de propostas específicas, como a iniciativa popular); **(ii)** ampliar a competência para propositura da ação civil pública ou ADI; **(iii)** estabelecer ou alterar prazos prescricionais; **(iv)** realizar de plebiscito e o referendo juntamente com as eleições, entre outras.
6. *Matéria Eleitoral*: Esta categoria aborda as propostas que, de alguma forma, versam sobre o processo eleitoral ou partidos políticos. São exemplo de propostas subsumidas a essa categoria aquelas que buscaram **(i)** criar o princípio majoritário nas eleições para a Câmara dos Deputados; **(ii)** permitir coligações eleitorais apenas nas eleições majoritárias; **(iii)** instituir o voto facultativo; **(iv)** disciplinar a organização político-partidária brasileira; **(v)** alterar as disciplinas vigentes sobre distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de acesso gratuito ao rádio e à TV; **(vi)** disciplinar financiamento de campanha eleitoral.
7. *Matéria de Classe*: Esta categoria versa sobre propostas que almejam cristalizar matéria infraconstitucional na Carta Magna, como forma de resguardar determinados interesses de classes específicas. Como exemplo destas propostas, destacam-se aquelas que buscam **(i)** fixar parâmetros remuneratórios para determinadas profissões; **(ii)** excetuar determinadas profissões da vedação de acumulação remunerada de cargos públicos; e **(iii)** determinar a

não incidência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) sobre templos de qualquer culto⁵.

8. *Tributário*: As PECs classificadas nesse grupo são aquelas que versam sobre matéria tributária e fiscais, ou questões relativas a taxas de juros e sistema financeiro de uma maneira geral. As propostas inseridas nesta categoria versam, por exemplo, sobre (i) a reinstituição ICMS sobre bens minerais primários; (ii) a alteração as disposições atuais sobre Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação; (iii) a destinação do ICMS sobre operações de energia elétrica; (iv) o pagamento de royalties sobre exploração de energia eólica; (v) a incidência do imposto de renda; (vi) a reinstituição da CPMF; (vii) o estabelecimento de limites à taxa de juros; (viii) o IPVA.
9. *Outros*: Foram enquadradas nesta categoria aquelas propostas que, a rigor, não se enquadram em nenhuma das categorias acima elencadas ou que a matéria de fundo não alcançou um número razoável para formar uma categoria autônoma (para fins dessa análise empírica). São exemplos as PECs que buscaram (i) convocar Assembleia Nacional Constituinte; (ii) estabelecer classificação indicativa de conteúdo veiculado na internet; (iii) estabelecer iniciativas estratégicas de investimento; (iv) regulamentar precatórios; e (v) regulamentar permissões de serviços públicos anteriores à Constituição Federal de 1988.

Superada a breve explicação das categorias utilizadas, e antes de se analisar os resultados obtidos, é essencial destacar alguns aspectos metodológicos desta pesquisa para se evitar interpretações equivocadas acerca dos resultados obtidos.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que a categorização das PECs em grupos temáticos não tem como objetivo rotular, de forma definitiva e incontestada, as propostas legislativas analisadas, tendo em vista a impossibilidade desta pesquisa empírica obter resultados universais, neutros e objetivos. Isso porque a classificação de uma PEC em uma determinada categoria pode variar de acordo com o pesquisador que realiza a classificação, tendo em vista que a categorização de elementos “depende de decidir, quase sempre segundo critérios arbitrários, se um fenômeno é relevante ou não, se é ou não similar a outros”⁶.

⁵ Destaca-se que a diferença desta categoria para as demais pode ser encontrada no direcionamento das Emendas Constitucionais para grupos específicos, de forma com que os destinatários da PEC aufeririam, caso aprovadas, benefícios não estendidos à coletividade. Dessa forma, por exemplo, se a proposta versa sobre reajuste dos vencimentos de servidores públicos, coletividade restrita, ela é enquadrada como “matéria de classe”, enquanto caso a proposta verse sobre a incidência de imposto de renda sobre aposentadoria (coletividade bem mais ampla), ela não entra nesta categoria.

⁶ REIS, Isaac Costa. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha**. 2013. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 70.

Apesar da influência da subjetividade do pesquisador no agrupamento das propostas, deve-se sempre considerar que o resultado empírico obtido possui instâncias de controle do resultado, especialmente por meio da crítica pública. Dessa forma, sempre buscando a transparência metodológica da análise empírica aqui empreendida, e corroborando, eventualmente, com futuros trabalhos a serem desenvolvidos no fértil campo jurídico das emendas constitucionais, a tabela com a compilação dos dados coletados pode ser acessada publicamente⁷. Com isso, é possível que qualquer interessado possa analisar os critérios e as escolhas realizadas nesta análise e, se julgar pertinente, dialogar com os achados em trabalhos futuros.

A segunda ressalva metodológica que merece atenção é o fato de, até o momento, a metodologia ora proposta apenas foi aplicada para a categorização das PECs propostas durante a 55ª Legislatura. Essa limitação temporal, apesar de não inviabilizar a análise ora proposta, permite perceber limitações comparativas com legislaturas pretéritas ou posteriores – afinal, não é tarefa elementar tecer comparações responsáveis entre legislaturas distintas sem se aplicar os mesmos métodos de análise. Nesse sentido, apesar de os resultados de pesquisa possibilitarem reflexões essenciais para se compreender a relação do Poder Legislativo com a Constituição e o movimento de ascensão de pautas securitárias-autoritárias, como será oportunamente discorrido, uma análise mais precisa das “áreas sensíveis” da Constituição e da evolução histórica da relação de Parlamentares com a Carta Magna apenas poderá ser feita com estudos futuros que apliquem essa mesma metodologia à PECs apresentadas em outros marcos temporais – como pretendem os fazer os autores em oportunidades vindouras.

Por fim, um terceiro aspecto que deve ser clarificado consiste na impossibilidade de se realizar a análise da pertinência, da qualidade ou da relevância uma PEC apenas com base na categoria à qual ela foi subsumida. Dito de outra forma, não é porque uma PEC foi classificada como “ampliação de garantias” que ela é uma boa proposta, nem porque ela foi classificada como “restrição de garantias” que ela é ruim ou almeja lesar os direitos dos cidadãos, por exemplo, como alguns podem pensar de uma análise rápida das categorias propostas. Apenas a título exemplificativo, os autores entendem que a PEC 429/2018, classificada como “restrição de garantias” por buscar “limitar o pagamento das verbas, indenizatórias ou não, relacionadas ao exercício do mandato parlamentar de Deputados Estaduais e Distritais”, é uma alteração necessária na conjuntura política da época em que a proposta foi apresentada; enquanto que a PEC 185/2015, classificada como “ampliação de garantias” por acrescentar inciso no art. 5º da Constituição “para assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos

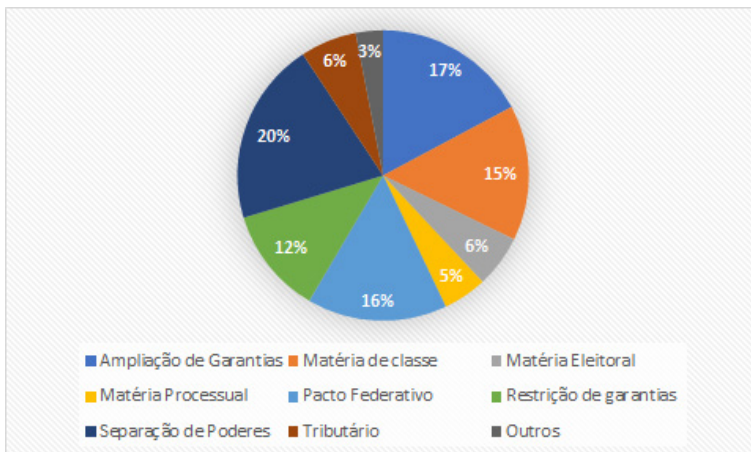
⁷ Planilha com o levantamento dos dados disponível em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1spgH-QT5y8_q7VDhlZQeQXyey6Enk_RmV5on_uNn9GjA/edit?usp=sharing

fundamentais do cidadão”, pode ter aplicação limitada por não ter qualquer planejamento programático para de fato implementar tal direito.

Feitas essas breves considerações metodológicas, o próximo passo será destacar quais foram os principais dados encontrados com a realização da pesquisa empírica proposta.

3. RESULTADOS E ACHADOS DE PESQUISA

Após a categorização das PECs nos moldes acima elencados, foi possível observar um certo equilíbrio entre os grandes grupos temáticos propostos, com a predominância das categorias “separação de poderes” (20%), “ampliação de garantias” (17%) e “pacto federativo” (16%)⁸:



Fonte: produção do autor.

Apesar de a análise global do percentual de cada categoria não ser capaz de demonstrar uma prevalência absoluta de determinado grupo temático, a maior contribuição desta pesquisa está na análise dos subtemas que prevalecem dentro de cada um desses grandes grupos. Isso porque a recorrência e a similaridade temática entre diversas das propostas categorizadas permitem identificar padrões de comportamento do legislador (da 55ª Legislatura) no processo de proposta de emendas à Constituição e, com isso, identificar as “áreas sensíveis” da Carta Magna. Nesse sentido, pode-se listar

⁸ Destaca-se que, para não se enviesar a análise, foram excluídas da contabilização final as PECs idênticas - entendidas como aquelas que, apesar de numeração diferente, foram propostas pelo mesmo autor e apresentam a mesma ementa. Nesse sentido, foi analisada e contabilizada apenas a última proposição submetida à Câmara dos Deputados.

como principais achados da pesquisa os seguintes dados: **(i)** na categoria “restrição de garantias”, 43% das PECs desse grupo versava sobre matéria penal; **(ii)** na categoria “separação de poderes”, 44% das PECs versava sobre o Poder Judiciário; **(iii)** na categoria “matéria de classe”, 42% das PECs versava sobre temas relacionados à carreira policial (civil ou militar) ou aos bombeiros; e **(iv)** na categoria “pacto federativo”, 45% das PECs abordava, de alguma forma, a transferência de recursos entre os entes da federação.

No que tange ao ponto **(i)** acima destacado, ou seja, sobre a grande quantidade de PECs apresentadas em matéria penal, foi possível perceber que as propostas, em sua maioria, não buscavam uma ampliação do garantismo penal ou de direitos fundamentais da população carcerária na busca pela ressocialização, mas, ao contrário, tinham uma forte tendência punitivista (diminuindo a maioria penal ou excluindo o auxílio reclusão, por exemplo). Muitas dessas propostas, quando devidamente analisadas, podem estar muito mais próximas de uma perspectiva de Direito Penal do Inimigo⁹ do que de princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito.

O ponto **(ii)**, por sua vez, demonstra uma grande preocupação dos deputados com o Poder Judiciário, uma vez que as PECs chegaram a propor, com detalhes, profundas alterações no processo de nomeação para cargos (Ministro ou desembargador, por exemplo) e no próprio funcionamento dos tribunais, com a proposta de fixação de prazos para pedidos de vista, por exemplo. Por um lado, é possível perceber que muitas das propostas são claras reações a contextos políticos de desconfiança da imparcialidade do Poder Judiciário – especialmente dado o contexto de insegurança jurídica em temas como a prisão em segunda instância, que foi alterado diversas vezes em um curto espaço de tempo, e de acusações da sociedade, muitas vezes infundadas, de parcialidade dos julgadores em casos de grande repercussão pública. Apesar dessa possível influência conjuntural, não se pode desconhecer, também, que algumas das propostas representam manifestas reações a gargalos conhecidos do Poder Judiciário, como é o caso da morosidade na tramitação de processos, com casos que, após o pedido de vista, podem levar muitos anos para retornar à pauta do Tribunal.

Ao se analisar o ponto **(iii)** acima elencado, é possível constatar a grande influência de grupos de interesse no processo legislativo. Não faltaram propostas, por exemplo, para fixar, como norma de estatuta constitucional, o subsídio mínimo de Perito Criminal Federal, de Delegado de Polícia Federal, de Delegado de Polícia Civil, de Auditor-Fiscal da Receita Federal e de Auditor-Fiscal do Trabalho; para definir constitucionalmente o direito à pensão integral quando decorrente de óbito em serviço de funcionários da segurança pública; e a criação de mais carreiras policiais (como polícias penais federal). Como será a seguir analisado, esse fenômeno pode estar relacionado

⁹ JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** - Noções e Críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

com análises que apontam para o avanço de uma direita conservadora baseada na popularidade e apelo midiático de operações policiais, como a própria Lava Jato, que acabaram por contar com significativo apoio popular.

Por fim, o ponto **(iv)**, relativo à transferência de recursos entre os entes federativos, também é capaz de trazer diversos questionamentos. Como a própria Constituição dispõe, há um desequilíbrio entre os entes federados no que tange à arrecadação, de forma que cabe aos entes políticos, posteriormente, realizar a distribuição de receitas tributárias de forma direta ou indireta. Partindo dessa arquitetura constitucional pré-estabelecida, muitas das propostas analisadas tiveram como objetivo alterar a forma de repartição de receitas, seja por meio do aumento de transferência de recursos para o Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios, seja por meio de alteração direta do percentual de repasse de tributos como o ICMS.

A identificação dessas 4 “áreas sensíveis” da Constituição (na perspectiva da 55ª Legislatura) abre muito espaço para reflexão. Afinal, quais as possíveis justificativas para uma vontade de intervenção no Poder Judiciário por parte dos deputados? Qual a razão de tantas propostas de alteração da repartição de recursos entre entes da federação? O que justifica a quantidade de abordagens punitivistas em matéria penal e a influência significativa de carreiras policiais no Congresso?

Apesar das três perguntas serem extremamente interessantes e relevantes, o presente trabalho se aterá a formular análises e hipóteses acerca dos itens **(i)** e **(iii)**, sem excluir a possibilidade de abordar os demais itens em trabalhos futuros. Isso porque, por certo, o contexto político atual do Brasil continua, desde 2014, pelo menos, arraigado por ideologias vinculadas a ideais conservadores, hoje facilmente perceptível no executivo federal. Com isso, não se pode perder de vista que a análise de possíveis justificativas para os dados levantados das propostas de emenda à Constituição na 55ª legislatura sobre o punitivismo penal e sobre a força de grupos policiais no Congresso torna a análise ora empreendida extremamente atual e relevante para se entender o contexto político brasileiro recente.

4. A SIGNIFICATIVA FORÇA POLÍTICA DE MOVIMENTOS CONSERVADORES E O AVANÇO DE IDEAIS ATRELADOS AO PUNITIVISMO PENAL

Após as eleições de 2014, diversas instituições sinalizaram, com preocupação, o avanço marcante do conservadorismo no Congresso Nacional, especialmente com a consolidação e com o crescimento das bancadas ruralista, religiosa e da bala. O Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), por exemplo, sinalizou que os deputados e senadores eleitos em 2014 possuíam o perfil mais conservador desde

a o golpe militar de 1964¹⁰. Em meio ao avanço significativo de pautas contrárias aos avanços progressistas que tinham sido obtidos nos últimos anos, merece especial destaque, para fins do presente trabalho, o avanço de questões relacionadas à segurança pública, especialmente por meio de pautas promovidas por ou em benefício de militares e policiais.

Apesar de não ser possível argumentar que haveria uma homogeneidade na linha de pensamento e na atuação das frentes conservadoras ou da própria “bancada da bala”, uma vez que, como destaca Faganello, há diversos movimentos de direita e cada um com “discursos, finalidades e públicos distintos”¹¹, é possível identificar algumas similaridades ideológicas que acabam permeando e influenciando a atuação de seus membros de forma a ganhar “uma direção mais ou menos consistente e articulada de acordo com a situação e os interesses em jogo”¹².

Sobre essas similaridades ideológicas, Quadros e Madeira¹³ destacam que a intensidade do problema de segurança pública no Brasil, especialmente em grandes capitais, fez com que se fortalecessem pautas da “bancada da bala” no Congresso. Esse grupo de deputados representariam uma parcela da população “que manifesta franca inflexibilidade diante dos criminosos e outorga grande prestígio às Forças Armadas e instituições análogas”¹⁴, além de entenderem que “haveria um excesso de liberdade e uma perda de autoridade das instituições, sustentada pela incapacidade das leis democráticas e do Estado de Direito de promover a ordem”¹⁵. Em face dessa suposta “desordem social”, Faganello destaca que deputados e senadores que aderiram ao movimento conservador vinculado à segurança pública passaram a valorizar abertamente

¹⁰ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR – DIAP. **Congresso mais conservador; renovação será pequena**. Publicado em 9 Fev. 2018. Disponível em: <https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/88266-diap-congresso-sera-mais-conservador-e-renovacao-pequena>. Acesso em 3 Abril 2021.

¹¹ FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

¹² FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

¹³ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

¹⁴ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018., p. 505.

¹⁵ FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

“medidas arbitrárias de repressão sobre qualquer indivíduo que cometa um crime”¹⁶ ao se buscar concretizar um discurso securitário autoritário estruturado com base “em uma concepção que prescinde do princípio de igualdade fundamental, instaurando uma desigualdade na distribuição formal dos direitos sob critérios moralistas e dependente do juízo arbitrário da força policial”¹⁷.

A força significativa da pauta da segurança pública no Congresso pode ser evidenciada, em primeiro lugar, pelo aumento, de 25%, no número de ex-policiais eleitos deputados em 2014¹⁸. Esse aumento significativo pode ser justificado, de acordo com Quadro e Madeira, pelo movimento de maior participação política de policiais e militares, a partir de 2014, e a sua eleição para cargos no Congresso “a fim de labutar pela preservação de valores/interesses comuns, freando pautas ordinariamente suscitadas por grupos de direitos humanos (e progressistas de um modo geral)”¹⁹.

A influência significativa desse grupo de deputados que costumavam integrar forças policiais pode ser percebida, também, pela formalização de bancadas direcionadas para temas da segurança pública e para grupo de interesse: foram formalizadas, na legislatura analisada, a Frente Parlamentar da Segurança Pública, que contou com um total de 299 deputados²⁰, a Frente Parlamentar de Apoio à Família Militar²¹, que era integrada por 216 deputados, a Frente Parlamentar em Defesa da Polícia Federal²², que contava com 239 deputados, a Frente Parlamentar em Defesa da Polícia Judiciária (Civil)²³, que contou com 225 membros, e a Frente Parlamentar em Defesa da Polícia Rodoviária Federal²⁴, que contou com 193 deputados e 19 Senadores.

¹⁶ FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

¹⁷ FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

¹⁸ COSTA, Camila. Número de ex-policiais eleitos deputados aumenta 25%. **BBC Brasil**, 7/10/2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141006_eleicoes2014_policiais_cc. Acesso em 3 Abril 2021.

¹⁹ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

²⁰ Informação disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53460>. Acesso em 29.3.2021.

²¹ Informação disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53717>. Acesso em 29.3.2021.

²² Informação disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53494>. Acesso em 29.3.2021.

²³ Informação disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53640>. Acesso em 29.3.2021.

²⁴ Informação disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53647>. Acesso em 29.3.2021.

Se o avanço da influência da “bancada da bala” no Congresso pode ser percebido especialmente a partir da eleição da 55ª legislatura, deve-se também analisar, brevemente, quais fatores sociais corroboraram com tal ascensão do discurso securitário-autoritário no Congresso. Um desses fenômenos, possivelmente, foi o grande apelo midiático que operações de combate à corrupção, como o Mensalão e a Lava Jato, tiveram na última década, operações essas que, de certa forma, geraram grande apoio popular à figura pessoal de juízes e policiais.

Nas palavras de Santos e Tanscheit, o escândalo do Mensalão, especialmente com a Ação Penal 470, foi um dos primeiros processos judiciais a ter ampla cobertura dos meios de comunicação. Os autores chegam a afirmar que a cobertura dos escândalos de corrupção “foi radicalmente modificada a partir do episódio do Mensalão, [...] sendo o escândalo o assunto de cobertura jornalística de maior destaque em 2005 e permanecendo em evidência em 2006”²⁵. Ao chegar no STF, a atenção midiática não foi diferente, e os julgamentos da mais alta Corte do país, transmitidos ao vivo pela TV Justiça, tiveram grande atenção de uma parcela significativa da população, que chegou a se manifestar cobrando decisões e posicionamentos dos Ministros em uma das mais significativas operações judiciais da história recente do país²⁶.

É bem provável, portanto, que todo o movimento social relacionado às operações de combate à corrupção, com forte apelo midiático e de forte comoção social, tenha corroborado para a ascensão de um ideal punitivista na sociedade, já que o discurso adotado à época pelos grandes meios de comunicação era que seria necessário punir corruptos e que a população deveria pressionar o judiciário para aplicação de sanções aos investigados, para que se superasse um *status quo* de impunidade. No contexto de ascensão da direita, Quadros e Madeira destacam que as pautas dessa vertente ideológica costuma ser mais reativa do que proativa, ganhando forças a partir de mobilizações sociais que tendem a defender o “bloqueio à expansão dos direitos dos homossexuais e do aborto e recrudescimento da legislação penal”²⁷, sendo esses itens da agenda conservadora os meios mais claros de “mobilização, reivindicação e instrumentalização política da identidade de direita no cenário eleitoral e parlamentar no Brasil”²⁸.

²⁵ SANTOS, Fabiano; TANSCHKEIT, Talita. Quando velhos atores saem de cena: a ascensão da nova direita política no Brasil. **colomb.int.**, Bogotá, n. 99, p. 151-186, July 2019. Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122019000300151&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 Abril 2021

²⁶ Apenas a título exemplificativo, Reinaldo Azevedo, em matéria de 2012, narrou que milhares de brasileiros em 80 cidades do país se manifestavam sobre a pauta de julgamento do mensalão: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/protestos-em-cidades-brasileiras-pedem-o-julgamento-do-mensalao/>

²⁷ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

²⁸ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

Quem se beneficiou dessa “onda” reativa, relacionada ao discurso de combate à corrupção e à impunidade eram aqueles agentes policiais ou militares, com discursos populistas de combate à corrupção, tendo como base a ideologia securitária-autoritária e se valendo de um ideário popular de agente mantenedor da paz e da ordem, ao bradar nas eleições que “Vive-se uma guerra! O cidadão está acuado, e os bandidos estão nas ruas!”²⁹.

Toda essa politização e apelo midiático sobre processos judiciais e investigações policiais ganhou ainda mais força após a conclusão do Mensalão. Isso porque, como destacam Santos e Tanscheit, “em 17 de março de 2014, apenas três dias após o encerramento do julgamento da Ação Penal 470, é iniciada a operação Lava Jato, [...] com a finalidade de apurar crimes de corrupção envolvendo o sistema político e o empresarial no Brasil”³⁰. Ou seja, mal teria se encerrado o mensalão, processo de grande relevância política e social, e já teria se iniciado a Lava-Jato, que acabou por institucionalizar a politização de processos judiciais.

Não se desconhecendo de todas as ilegalidades e irregularidades que permearam a Operação Lava-Jato, discussão que não é o foco do presente artigo, deve-se reconhecer que foram observadas situações inéditas na condução das investigações, que fizeram com que a população passasse a acompanhar os desdobramentos e até cobrar do Judiciário, em protestos nas ruas, o encarceramento (ou punições piores) de investigados. No período compreendido pela 55ª legislatura, foram verificadas inúmeras apelos populares, por meio de manifestações de grandes proporções, em apoio à Operação Lava-Jato³¹, além de os principais jornais do país transmitiam com grande frequência decisões, conduções coercitivas, acordos de colaboração premiada e tantas outras questões relacionadas à operação em uma base quase que diária.

A partir desse marco político que significou o Mensalão e a Lava-Jato, operações policiais “tornaram-se incidentes jurídicos de notável impacto político, permitindo que a corrupção fosse politizada e ocupasse lugar sem precedentes no debate público do país”³². Esse apelo midiático constante e a politização de processos judiciais tiveram um impacto significativo do imaginário popular do “combate à corrupção”, e pode ter aberto espaço para a ascensão de grupos que clamavam pelo fim da impunidade.

²⁹ FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). *Direita volver: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

³⁰ SANTOS, Fabiano; TANSCHKEIT, Talita. Quando velhos atores saem de cena: a ascensão da nova direita política no Brasil. *colomb.int.*, Bogotá, n. 99, p. 151-186, July 2019. Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122019000300151&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 Abril 2021

³¹ Apenas a título exemplificativo, destaca-se as manifestações de março de 2017, que abarcaram ao menos 19 Estados e milhares de pessoas: <https://oglobo.globo.com/brasil/ao-menos-19-estados-tem-manifestacoes-em-apoio-lava-jato-21115847>

³² SANTOS, Fabiano; TANSCHKEIT, Talita. Quando velhos atores saem de cena: a ascensão da nova direita política no Brasil. *colomb.int.*, Bogotá, n. 99, p. 151-186, July 2019. Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122019000300151&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 Abril 2021

Esse contexto social permeado pela politização de processos judiciais de combate à corrupção, somados a diversos outros fatores sociais, permite perceber o que Quadros e Madeira chamaram de “fim da direita envergonhada”³³. Se a produção acadêmica de vários autores apontou, nas primeiras décadas após a redemocratização, que haveria um “fardo” sobre ideologias conservadoras decorrentes do legado perverso da ditadura militar³⁴, pesquisas mais recentes parecem indicar que a mudança geracional ocorrida desde a redemocratização e o contexto social que permeou o período dos 30 anos de Constituição corroboraram com a ascensão de ideologias conservadoras e do discurso securitário-autoritário no Congresso Nacional. Merece destaque a pesquisa realizada por Quadros e Madeira, que argumentou que

*o mote a partir do qual lideranças relevantes passaram a reivindicar abertamente a identidade de direita não foi o liberalismo econômico que emergiu na década de 1990 (com presença importante na agenda política desde o governo Collor e das privatizações ocorridas sob Fernando Henrique Cardoso), mas o conservadorismo envolvendo questões morais e os apelos de repressão à criminalidade, que ganharam volume a partir de 2010.*³⁵

Merece destaque o fato de que essa conclusão do estudo realizado por Quadros e Madeira, relacionada à ascensão e ao reconhecimento público de identidades ideológicas de direita, está alinhada com os achados da presente pesquisa empírica. Os achados relacionados às “áreas sensíveis” da Constituição na 55ª Legislatura demonstraram que um percentual significativo de todas as propostas de emenda à Constituição, que demandaram a mobilização de pelo menos 1/3 dos parlamentares para sua formalização, estão intrinsecamente relacionadas com o discurso securitário-autoritário, em pautas que buscaram beneficiar os membros ou as categorias de suporte da “bancada da bala” ou reagir a uma legislação penal supostamente muito garantista.

5. CONCLUSÃO

Como conclusão, vale mencionar que esse breve artigo não pretendeu - e nem poderia - exaurir a discussão acerca do processo de emendas constitucionais e sobre o fenômeno da ascensão da direita iliberal nas esferas políticas do Brasil. Ao contrário,

³³ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

³⁴ POWER, T.; ZUCCO JR., C. Estimating ideology of Brazilian legislative parties, 1990-2005: a research communication. **Latin American Research Review**, vol. 44, n° 1, 2009.

³⁵ QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

o objetivo primordial dessa pesquisa foi levantar dados que pudessem fomentar novas discussões no direito constitucional a partir de uma análise do processo legislativo, uma fonte pouco estudada em pesquisas jurídicas.

Como principais resultados, foi possível, ao analisar detalhadamente todas as PECs propostas na 55ª Legislatura e ao construir um instrumento metodológico de análise e categorização de propostas de emenda constitucional, identificar quatro principais “áreas sensíveis” da Constituição, que estão, com maior frequência, sujeitas a propostas legislativas de modificação. As matérias mais comuns nas propostas foram aquelas relacionadas ao direito penal, a alterações do funcionamento e da estrutura do Poder Judiciário, a mudanças para privilegiar carreiras policiais ou militares e a alterações na distribuição de recursos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Após a constatação desse padrão de comportamento, foram apresentados questionamentos e hipóteses que podem justificar ou, pelo menos, gerar reflexão sobre o que determinados autores chamam do “fim da direita envergonhada”, com o crescente avanço de pautas autoritárias-securitárias e de movimentos da Direita.

A análise tecida nesse artigo, corroborada por diversos outros estudos na área da ciência política, indica que a 55ª Legislatura teve uma relevância fundamental na compreensão da ascensão da direita iliberal que hoje governa o país. Sob todos os ângulos - da análise dos históricos profissionais dos deputados, da análise dos discursos dos parlamentares e das proposições de PECs entre 2015 e 2018 - é perceptível o espaço que tais grupos passaram a ocupar no parlamento. O que nos resta saber, e merece acompanhamento científico adequado, é quanto tempo essa maré conservadora vai durar e quais os resultados a longo prazo que poderão ser observados na sociedade como consequência desse contexto de desinibição da direita e o retorno de discursos e práticas securitárias autoritárias.

6. REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. In: LANDAU, David; LERNER, Hanna (ed.). **Edward Elgar Handbook on Comparative Constitution-Making**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2841110. Acesso em 16 out. 2020.

ALBERT, Richard. Quatro Constituições Inconstitucionais e suas Fundações Democráticas. Tradução de Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco. **Revista Dos Estudantes De Direito Da UnB**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 13-47, 2016.

COSTA, Camila. Número de ex-policiais eleitos deputados aumenta 25%. **BBC Brasil**, 7/10/2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141006_eleicoes2014_policiais_cc. Acesso em 3 Abril 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE APOIO PARLAMENTAR – DIAP. **Congresso mais conservador; renovação será pequena.** Publicado em 9 Fev. 2018. Disponível em: <https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/88266-diap-congresso-sera-mais-conservador-e-renovacao-pequena>. Acesso em 3 Abril 2021.

FAGANELLO, Marco Antônio. Bancada da bala: uma onda na maré conservadora. In: CRUZ, S.; KAYSEL, A.; CODAS, G. (orgs.). **Direita volver**: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 145-162.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** - Noções e Críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**, v. 124, p. 657-746, 2010.

POWER, T.; ZUCCO JR., C. Estimating ideology of Brazilian legislative parties, 1990-2005: a research communication. **Latin American Research Review**, vol. 44, n° 1, 2009.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 24, n. 3, p. 486-522, Dec. 2018.

REIS, Isaac Costa. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha**. 2013. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

ROHDEN PIRES, Bernardo. Aspectos polêmicos do processo legislativo: iniciativa reservada, vício de iniciativas e leis “autorizativas” em questão. **Revista Dos Estudantes De Direito Da UnB**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 271-296, 2012.

SANTOS, Fabiano; TANSCHKEIT, Talita. Quando velhos atores saem de cena: a ascensão da nova direita política no Brasil. **colomb.int.**, Bogotá, n. 99, p. 151-186, July 2019. Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122019000300151&lng=en&nrm=i-so>. Acesso em 03 Abril 2021

TUSHNET, Mark. Variedades de populismo. Tradução de Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco. **Revista Dos Estudantes De Direito Da UnB**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 12-28, 2020.

ZAKARIA, Fareed. **The Rise of Illiberal Democracy**. Foreign Affairs, v.76, nº 6 nov/dez, 1997.



O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos)*

The constitutionality control and the role of Brazilian Federal Supreme Court regarding minorities's protection: critical analysis of ADC nº 41 (racial quotas in public tenders)

SABRINA SANTOS LIMA ^{1, **}

¹ Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil)
sa_94@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2863-1755>

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL ^{1, ***}

¹ Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br
<http://orcid.org/0000-0002-3446-1302>

Recebido/Received: 29.02.2020 / February 29th, 2020

Aprovado/Approved: 24.05.2021 / May 24th, 2021

Como citar esse artigo/How to cite this article: LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.72003.

* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e foi financiado pelo CNPq, pela FAPERGS, e pelo CIEPPP (financiado pelo FINEP).

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/ CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES. Professora de Direito Penal na Faculdade Dom Alberto. Servidora Pública do Município de Santa Cruz do Sul-RS. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: sa_94@hotmail.com.

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

Resumo

Considerando os recentes debates acerca das políticas públicas relativas a ações afirmativas, como é o caso das cotas raciais, questiona-se: como se dá a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange à proteção das minorias, tomando-se como base a decisão proferida na ADC nº 41? Utiliza-se, na estruturação e organização do texto, o método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e em análise de caso. Para tanto, inicialmente são tecidos apontamentos quanto ao controle de constitucionalidade e de sua função estratégica na ordem jurídico-constitucional, para, então, averiguar-se os desdobramentos das políticas de ações afirmativas e o papel do STF na proteção das minorias; por fim, analisa-se criticamente a decisão recentemente proferida no âmbito da ADC nº 41, que se refere à constitucionalidade das cotas para negros em concursos públicos. Conclui-se que há a adoção de uma postura de proteção às minorias, por parte do STF, o qual adota um conceito de minorias não relacionado com a questão numérica, mas sim com o reconhecimento de um grupo de pessoas estigmatizado histórica e socialmente, vítima de uma discriminação estrutural e que, portanto, merece ser objeto de proteção por parte de políticas públicas de inclusão social e de não-discriminação.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; políticas públicas de inclusão social e de não-discriminação; ações afirmativas; minorias; cotas raciais.

Abstract

Regarding the recent debates about the public policies related to affirmative actions, as is the case of racial quotas, the following problem arises: how does the Brazilian Federal Supreme Court act in regard to the protection of minorities, based on the decision rendered in ADC 41? The deductive method, based on bibliographic research and case analysis, is used in the structuring and organization of the text. In order to achieve the proposed objective, ideas about constitutionality control and its strategic function in the juridical-constitutional order, are first approached, and then the affirmative action policies are analyzed, such as the role of the Brazilian Supreme Court in the protection of minorities. Finally, the decision recently issued under ADC 41, which refers to the constitutionality of quotas for black people in public tenders, is analyzed critically. It concludes that the STF adopts a position of protection to minorities, and also adopts a concept of minorities not related to the numerical issue, but with the recognition of a group of people stigmatized historically and socially, which is a victim of structural discrimination, and therefore deserves to be protected by public policies of social inclusion and non-discrimination.

Keywords: Brazilian Federal Supreme Court; public policies for social inclusion and non-discrimination; affirmative actions; minorities; racial quotas.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade: do seu nascimento à sua aplicação no direito brasileiro; **3.** As políticas de ação afirmativa e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias; **4.** Reserva de vagas para negros em concursos públicos como estratégia de inclusão social e de proteção de minorias: análise crítica da ADC 41; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, notou-se um avanço no sentido de buscar efetivar-se o que se convencionou chamar de igualdade material, isto é, uma igualdade que não se basta nas formalidades e no âmbito jurídico, ultrapassando essa seara e indo ao encontro da realidade fática, buscando, em última análise, concretizar a igualdade na prática, considerando-se as diferenças existentes entre os indivíduos, no caso das cotas raciais, especificamente, considerando-se as diferenças sob o aspecto de uma dimensão social. Nesse cenário, em razão do

reconhecimento da existência de grupos minoritários¹, que não possuem as mesmas condições e oportunidades que os demais, passou-se a falar, de forma mais acentuada, em políticas de ações afirmativas, que visam justamente alcançar o equilíbrio (ou compensar desigualdades faticamente existentes) em relação a determinado grupo.

De forma específica, o presente trabalho foca na questão dos negros, que, muito embora não sejam minoria em números, o são em razão do racismo, bem como em razão de uma desigualdade social e de oportunidades presente na sociedade brasileira. No que se refere a essa questão específica, algumas políticas públicas já foram implementadas no intuito de buscar a compensação dessa desigualdade ainda existente, bem como no intuito de procurar igualar as condições e oportunidades entre brancos e negros, sendo elas a política de cotas para o ingresso em universidades, e a política de cotas para concursos públicos da administração pública federal. A última foi instituída por meio de uma Lei Federal, a qual vinha sendo objeto de constante divergência entre juízes e Tribunais, motivo pelo qual se ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A ação de controle concentrado foi sentenciada no ano de 2017 e trouxe inúmeros argumentos, em uma forte e robusta fundamentação, abarcando temas como a constitucionalidade das ações afirmativas e o reconhecimento da existência de um racismo estrutural no Brasil.

A partir daí exsurge a problemática a ser trabalhada ao longo deste artigo, calçada no seguinte questionamento: como se dá a atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange à proteção das minorias, com base na decisão proferida na ADC nº 41? Na pretensão de responder o problema suscitado, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular, através da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial de uma decisão recente proferida pelo STF. Esse tema merece reflexão e estudo em razão da função contramajoritária atribuída ao Supremo, assim como em razão da necessidade de se falar de políticas de ações afirmativas, que vem ao encontro das determinações constitucionais e do princípio da igualdade material, mas que ainda são objeto de discussão.

Desse modo, para alcançar o objetivo pretendido, abordam-se, num primeiro momento, aspectos pontuais e relevantes a respeito do controle de constitucionalidade, expondo-se a sua origem histórica e a sua aplicação no direito brasileiro. A partir disso, trata-se da questão das políticas de ação afirmativa e do papel contramajoritário do STF, e, num momento final, analisa-se, criticamente, a decisão proferida, que trata das cotas raciais para concursos públicos da administração pública federal, a partir da qual será possível verificar de que forma o Supremo Tribunal Federal exerce a proteção das minorias.

¹ Frisa-se, desde logo, que o termo “minorias” não está atrelado, necessariamente, a uma ideia de quantidade numérica, mas sim com a noção de desigualdade (social, econômica, histórica e cultural, por exemplo), conforme será visto no decorrer deste trabalho.

2. APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DO SEU NASCIMENTO À SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Num primeiro momento, é importante ter claro que a conformação da Constituição, enquanto documento jurídico rígido e formal-escrito, se deu na Idade Moderna, mais precisamente a partir da Revolução Francesa de 1789, a qual foi marcada pela derubada do Antigo Regime e consequente ascensão da classe burguesa, que deu origem ao Estado liberal². Já o desenvolvimento e o fortalecimento da jurisdição constitucional, por sua vez, desenvolvem-se em momento posterior, estando intimamente ligados à evolução dos acontecimentos históricos vivenciados em cada sociedade, não surgindo como decorrência necessária da consolidação da figura da Constituição. Na França, por exemplo, o Poder Judiciário se destacou tardiamente, em comparação com os Estados Unidos. Esse destaque, contudo, não está vinculado ao exercício do controle de constitucionalidade, haja vista que na França esse mecanismo não é realizado pelo Judiciário, mas sim por um órgão de caráter político³.

Na França, em um contexto pós Revolução Francesa, o Poder Legislativo acaba por ser sobrestimado, ao passo que o Judiciário fica em segundo plano. Prepondera o entendimento, naquele momento histórico, de que o Judiciário deve ater-se somente ao que diz a lei, sem interpretá-la ou exercer qualquer tipo de atividade hermenêutica e criativa (Escola do Empirismo Exegético), havendo, nessas circunstâncias, uma supervalorização da lei e do Poder Legislativo. O Judiciário, ali, é visto com cautela pela sociedade, tendo em vista estar conectado com o Antigo Regime e ao ideal absolutista. Deve, portanto, analisar o fato e a norma para chegar a uma conclusão, sem espaço para maiores interpretações⁴.

Diferente cenário pode ser percebido no contexto norte-americano, em que o Poder Legislativo é visto com mais cautela, ao passo que o Judiciário é percebido como o órgão capaz de atuar em defesa dos direitos naturais, inerentes ao homem. Isto é, no contexto norte-americano surge certa insegurança com relação ao legislador, posto que esse Poder, além de possuir forte ligação com o Parlamento britânico, poderia

² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003, p. 1-2.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 94-99. Sobre o sistema francês atual, ver: ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional Francês. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 405-422, maio/ago. 2019; FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla Evelise Justino. E a França piscou: a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 153-183, jan./mar. 2017.

⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 22.

restringir os direitos do homem. E, dessa forma, há a compreensão de que o Judiciário poderia, e inclusive deveria, intervir com maior frequência, sempre que esses direitos se vissem ameaçados, questão que repercutiu, posteriormente – mais precisamente a partir da década de 1950 –, no desenvolvimento do ativismo judicial, fenômeno sempre marcante no sistema norte-americano. Pode-se dizer, portanto, que é nessa conjuntura que se desenvolve o controle de constitucionalidade no contexto americano, segundo o qual todo juiz estaria apto a intervir quando algum dispositivo constitucional fosse violado por ato legislativo⁵.

Refere-se, assim, que nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade foi desenvolvido sob esse aspecto, ficando imortalizado com a decisão proferida no emblemático caso *Marbury versus Madison*⁶, em 1803, que aborda a possibilidade de *judicial review* (modelo difuso do controle de constitucionalidade). O juiz John Marshall, nesse caso, defendeu a ideia de supremacia da Constituição e, por conseguinte, sustentou que todos os atos legislativos deveriam estar em conformidade com ela, sob pena de se serem nulos. Além disso, sustentou que a tarefa de analisar e julgar se uma lei está, ou não, de acordo com a Constituição cabe aos tribunais, ao Poder Judiciário⁷.

Verifica-se ainda que, no Estado liberal, o Poder Legislativo acaba por tornar-se o Poder de maior protagonismo e atuação (valorização da supremacia da lei). Já no Estado de Bem-Estar Social, que se desenvolve a partir do início do Século XX, tendo por fundamento uma noção de igualdade material, o Poder Executivo ganha força, na medida em que é demandado a atuar de forma positiva na prestação de direitos sociais, e não apenas se abstendo de intervir na esfera privada. Dito de outro modo, a partir da vigência do modelo de Estado de Bem-Estar Social, o Poder Executivo passa de um papel secundário para o um papel protagonista⁸.

⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27-29.

⁶ Importante frisar que a noção de um controle de constitucionalidade, nos Estados Unidos, se desenvolveu muito antes desse caso específico (*Marbury x Madison*). Contudo, esse é o caso referencial do modelo americano de controle de constitucionalidade, apontado, não raramente, como o caso que deu origem ao *judicial review*. Assim, o julgamento do caso *Marbury* contribuiu para o desenvolvimento da *judicial review*, porém não foi imprescindível, na medida em que outras decisões anteriores já haviam previsto a possibilidade de controle das leis. SANTIAGO, Marcus Firmino. As origens do judicial review: porque *Marbury vs. Madison* é apenas um elo em uma longa cadeia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 331-355, dez. 2017, p. 333; ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020. p. 192.

⁷ SANTIAGO, Marcus Firmino. As origens do judicial review: porque *Marbury vs. Madison* é apenas um elo em uma longa cadeia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 331-355, dez. 2017, p. 344-345; Ver também: CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison*: uma decisão política de manter a Corte fora da política. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019; SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de *Marbury v. Madison*: a questão da fundação da supremacia judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 325-347, set./dez. 2018.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 43-44.

Indo além, a partir do término da II Guerra Mundial passou a florescer o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela defesa de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, modelo no qual a Constituição acaba por assumir uma função principiológica. Nesse momento histórico, o Poder Judiciário passa a desenvolver um papel de extrema importância, na medida em que surge, a partir dos episódios verificados no âmbito dos regimes totalitários, a insegurança em deixar a Constituição à mercê da vontade do legislador. Portanto, passa-se a defender a ideia de que caberia ao Judiciário (ou, no caso da Europa, aos Tribunais Constitucionais) o poder de decidir sobre questões constitucionais, que culmina, justamente, no papel do controle de constitucionalidade⁹.

Assim, ainda se poderia questionar: por que, com o Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passa a ganhar espaço? Nesse modelo, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana assumem papel principal e, dessa forma, o Judiciário assume força como forma de proteção a esses valores e à própria Constituição, através, notadamente, do controle de constitucionalidade, não deixando a Lei Maior à mercê da discricionariedade do Poder Legislativo. O Estado Democrático de Direito desenvolve-se justamente no contexto pós II Guerra Mundial e, assim sendo, há grande preocupação por parte da sociedade que acabou de sair de um regime autoritário, violador de direitos, em ver esses direitos garantidos e concretizados¹⁰.

Diante desse quadro, essa função de averiguar se um texto legislativo está, ou não, em conformidade com o texto constitucional passa a pertencer à justiça constitucional, através, especificamente, da jurisdição constitucional, onde os Tribunais Constitucionais assumem um papel de destaque no cenário institucional. Lembra-se, ainda, que nessa conjuntura surgem grandes debates no que toca o controle de constitucionalidade, tendo especial relevância o debate entre Kelsen e Schmitt, ocorrido anos antes¹¹.

Referido debate teve início no fim da década de 1920, referente à Constituição de Weimar, e teve como centro determinar a quem melhor caberia a competência de zelar pela Constituição. Para Schmitt, a tarefa de proteger e guardar a Constituição

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40-41.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 98-100.

¹¹ Vale lembrar que na época em que se desenrolou o debate entre Kelsen e Schmitt (década de 1920), não se falava em proteção de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. As Constituições nem mesmo previam esses direitos, e os Tribunais Constitucionais não detinham a função própria de protegê-los. Já no período pós II Guerra, os Tribunais Constitucionais que são instituídos nos países europeus avançam em relação à ideia cunhada inicialmente por Kelsen, incluindo-se, nesse momento, uma noção de guarda material da Constituição e de proteção dos direitos fundamentais, ideia essa que não se fazia presente no momento anterior. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40-41.

deveria ser incumbida ao *Führer* do *Reich* alemão, pois o chefe do Executivo, eleito pelo povo e expressando a vontade da maioria, estaria mais qualificado para exercer tal papel, ao passo que os tribunais não teriam condições de manter a unidade do sistema jurídico e político. O principal argumento de Schmitt, ressalta-se, estava calcado na questão do aspecto político do controle de constitucionalidade. Para ele, ao conferir a função do controle de constitucionalidade aos magistrados estar-se-ia fazendo uma politização do judiciário, e não uma juridificação da política¹².

Já para Kelsen quem deveria ser o guardião da Constituição e, portanto, o responsável pelo controle de constitucionalidade, seriam os Tribunais Constitucionais. Kelsen argumentou no sentido de que se por política entende-se “decisão”, qualquer decisão e, portanto, qualquer sentença, detém um caráter político. Assim, não haveria o que se diferenciar, senão apenas quantitativamente, a aplicação de uma lei comum e o controle de constitucionalidade em si¹³.

Prevaleceu, por fim, a teoria kelseniana, embora não em sua plenitude. Vale ressaltar, ainda, que o sistema defendido por Kelsen, que adota a forma de controle concentrado, isto é - onde um único Tribunal (Tribunal Constitucional) é tido como competente para analisar e julgar as questões que envolvam a preservação da Constituição - não é o mesmo da *judicial review* americana, pois esta trata-se de controle difuso, segundo o qual não apenas um único Tribunal pode exercer tal tarefa, mas sim todo e qualquer juiz¹⁴.

Atenta-se ainda que, para Kelsen, o sistema legislativo divide-se em dois: no Parlamento (legislador positivo), de caráter político, e no Tribunal Constitucional (legislador negativo), existente para eliminar as leis que estão em desacordo com a Constituição. O nazismo, contudo, utilizou-se do Estado (formal) de Direito para legitimar as suas ações, momento em que a lei passou a ser utilizada como instrumento (e a legitimar) **a prática de abusos e injustiças**. Assim, esse fato levou ao engrandecimento dos Tribunais Constitucionais, tidos como instâncias capazes de proteger e concretizar direitos previstos na Constituição¹⁵, numa perspectiva contramajoritária.

Frisa-se, entretanto, que o modelo kelseniano transformou-se ao longo do tempo, haja vista que, a partir do segundo pós guerra, os Tribunais passaram a exercer uma jurisdição mais criativa, principalmente em razão da necessidade de se proteger e garantir os direitos fundamentais. A partir do fim da segunda guerra mundial, devido aos

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 22.

¹³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

¹⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

¹⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46-47.

horrores vivenciados em decorrência do nazismo e do fascismo, certos institutos acabaram se fortalecendo, como a noção de democracia, os direitos humanos, e a própria concepção de dignidade humana, aspectos que passaram a ocupar um lugar especial nas Constituições. Percebe-se que, com isso, a Constituição passa a proteger não apenas as maiorias, mas também aqueles que não detêm representatividade ou não possuem voz no jogo político, configurando um papel contramajoritário¹⁶. É nesse cenário, portanto, que se desenvolvem jurisdições constitucionais mais atuantes, principalmente nos países mais afetados pela guerra, como Alemanha, Itália e Espanha¹⁷.

Dessa forma, é possível dizer que a novidade centra-se na questão de que anteriormente as Constituições abarcavam apenas a noção de uma dimensão subjetiva no que tange aos direitos fundamentais. Já, por outro lado, com as modificações percebidas nos textos constitucionais, tem-se que a qualificação material dos direitos fundamentais acaba por contemplar todo o direito, configurando uma verdadeira ordem objetiva de valores. O que quer se dizer, pois, é que a partir desse momento toda a ordem jurídica deve voltar-se para as bases principiológicas da Constituição, os direitos nela contemplados passam a ter efeito sobre todas as esferas do direito¹⁸.

Diante desse contexto, a consequência que se verifica é a natureza aberta que as Constituições passam a possuir, isso na medida que se faz necessária a atuação mais ativa dos Tribunais para que os direitos de fato sejam efetivados e garantidos. Assim, os Tribunais passam a adotar uma atividade mais criativa e hermenêutica, tendo em vista que de modo contrário não seria possível prezar pela concretização dos direitos previstos nas Constituições. Isso se intensifica, alerta-se, quando esses direitos estão em conflito justamente com outros direitos previstos na Constituição, momento em que não se tem uma resposta determinada e pronta, momento em que o Tribunal precisa analisar o caso concreto, bem como as particularidades e argumentações que o acompanham¹⁹.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de um controle de constitucionalidade que pode ser exercido de duas formas: difusa, por todo e qualquer juiz quando diante de um caso concreto, e concentrada, somente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o próprio pedido da ação é a análise da constitucionalidade²⁰. Desse modo, o mais alto Tribunal do País atua, por vezes, como órgão comum do Poder Judiciário, como instância recursal, e por vezes como Corte Constitucional, incumbido

¹⁶ MARTOS, José A. Montilla. **Minoria política e Tribunal Constitucional**. Madrid: Trotta, 2002, p. 87.

¹⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52.

¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003, p. 24-25.

¹⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-54.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 541-557.

da tarefa de guarda da Constituição. Nesse contexto, um dos papéis que merece distinção é a função contramajoritária por ele exercida, que será melhor detalhada no próximo item.

3. AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS

As ações afirmativas centram-se na ideia de uma política implementada com o fim de se alcançar a igualdade material de determinado grupo que se encontra em situação de desigualdade fática em razão de causas históricas, culturais, sociais, econômicas, etc. (como, por exemplo, mulheres, negros, pessoas com deficiência, entre outros), visando à erradicação ou redução da discriminação existente. São, assim, também chamadas de políticas de discriminação positiva, ou benigna, possuindo, tendencialmente, caráter temporário²¹.

Nesse sentido, muito embora alguns ainda utilizem a expressão “tratamento preferencial” como forma de conceituar as políticas públicas de ação afirmativa, esse termo não merece vingar, haja vista que essas políticas, em verdade, não consistem em dar preferência a determinado grupo, mas sim em buscar igualá-los com o restante da sociedade. Assim, coloca Rios²²: “de fato, as ações afirmativas, examinadas pelo o prisma do fenômeno da discriminação institucional e das respostas jurídicas às modalidades indiretas de discriminação, não são tratamentos preferenciais, mas medidas profiláticas diante da desvantagem experimentada por certos grupos, decorrentes do racismo e de outras formas correlatas de preconceito”.

Ademais, a terminologia “ação afirmativa” surgiu para tratar das questões relativas ao preconceito racial, entretanto hoje contempla inúmeros grupos sociais discriminados, excluídos ou em posição de desvantagem em determinada sociedade, como é o caso de grupos étnicos, religiosos, raciais ou de gênero. A questão, embora já existente em outros países, ganhou destaque nos Estados Unidos, onde discutiu-se muito, e ainda se discute, a respeito, principalmente no que tange às cotas raciais, tendo-se em vista o forte movimento negro lá existente. Por esse motivo, inclusive, utilizam-se como base argumentos desenvolvidos no cenário norte-americano, por meio do direito comparado, tendo-se sempre o cuidado em perceber as diferentes realidades entre aquele cenário e o brasileiro²³.

²¹ SANTOS, Erika Karine; BEZERRA, Valesca Caetano. Ação afirmativa: a prática da igualdade sob a perspectiva de Flávia Piovesan (Brasil) e Ronald Dworkin (EUA). **Revista Fides**, Natal, v. 1, n. 1, p. 71-86, fev./jul. 2010, p. 74.

²² RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no direito constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 284.

²³ SANTOS, Erika Karine; BEZERRA, Valesca Caetano. Ação afirmativa: a prática da igualdade sob a perspectiva de Flávia Piovesan (Brasil) e Ronald Dworkin (EUA). **Revista Fides**, Natal, v. 1, n. 1, p. 71-86, fev./jul. 2010, p. 73.

Vale referir que o termo “affirmative actions” foi suscitado, pela primeira vez, em 1935, nos Estados Unidos, referente, notadamente, às relações de trabalho, ficando proibida a discriminação contra membros dos sindicatos, de forma que “o objetivo era fazer cessar a discriminação utilizando-se da ação afirmativa para recolocar as suas vítimas naquela posição que teriam alcançado se não houvessem sido discriminadas”²⁴. Entretanto, a questão passa a ser mais debatida a partir dos anos 60, cenário em que se verificam grandes reivindicações, pelos norte-americanos, em busca da igualdade de oportunidade para todos. O movimento negro, nesse período, ganha destaque e se fortalece, o que vem a contribuir para o desenvolvimento da ideia de ações afirmativas, enquanto medidas positivas a serem adotadas pelo Estado como forma de compensar a discriminação sofrida por determinado grupo. No mesmo sentido, aponta Moehlecke²⁵ que

no período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. É nesse contexto que se desenvolve a ideia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.

No que tange ao direito internacional, existem diversos dispositivos que se coadunam e vão ao encontro das políticas de ação afirmativa - Tratados, Convenções, Declarações, Pactos - os quais proíbem qualquer forma de discriminação, objetivam a concretização da igualdade material e preveem políticas de promoção da igualdade racial. É o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Todos esses instrumentos, vale lembrar, foram ratificados pelo Brasil e, portanto, possuem caráter obrigatório, devendo ser cumpridos internamente²⁶.

Nesse contexto, é possível perceber que, no cenário internacional, há vontade em se ver prosperar o princípio da não-discriminação, o qual deve estar em harmonia com as ações afirmativas, haja vista essa articulação resultar, em última análise, em inclusão social. Assim, não basta não ser discriminado, é preciso que esse princípio seja complementado pela adoção de medidas que culminem na emancipação, autonomia

²⁴ VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33.

²⁵ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Revista Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, nov. 2002, p. 198.

²⁶ SILVA, Luiz Fernando Martins da. Considerações sobre o tema “políticas públicas de ação afirmativa para a população negra no Brasil”. **Revista Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 122-153, 2011, p. 131.

e independência de grupos ainda em situação de vulnerabilidade. Trindade²⁷, nessa linha, sustenta que “o princípio da não-discriminação ocupa uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos, e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário”.

No âmbito interno, é possível dizer que diversas previsões constitucionais e os princípios que orientam toda a ordem jurídica brasileira apontam para a constitucionalidade das ações afirmativas.²⁸ Tem-se a previsão expressa, na Constituição Federal de 1988, da possibilidade de discriminação positiva, como por exemplo a proteção da mulher no mercado de trabalho, a reserva de vagas em cargos públicos para pessoas com deficiência,²⁹ bem como a proteção da cultura indígena e afro-brasileira³⁰. Além disso, leis ordinárias já foram editadas nesse sentido, como é o caso da Lei nº 7.853/1989, Lei nº 9.394/1996 e da Lei nº 9.504/1997; e, no que se refere às cotas raciais, tem-se a Lei nº 12.990/2014, referente às cotas para concursos da administração pública federal, a qual será objeto de análise mais detalhada no último item deste trabalho.

Indo além, quando se fala no tema das ações afirmativas, imperioso tratar da questão da igualdade material, que é justamente um dos fins a serem alcançados no âmbito do Estado Democrático de Direito. Superando a igualdade formal, ou jurídica, que se consubstancia na ideia de igualdade entre os indivíduos apenas num sentido teórico, situando todos num mesmo nível de proteção, a igualdade material trata-se, em verdade, de uma igualdade num sentido prático, real, que objetiva a nivelção dos indivíduos considerando a desigualdade presente entre eles³¹. Significa dizer, portanto, não tratar todos da mesma forma, pois, se assim o fosse, estar-se-ia perpetuando a desigualdade existente. Igualdade material é procurar igualar os indivíduos considerando

²⁷ TRINDADE, Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

²⁸ DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima; QUEIROZ, Marcos. Direito à liberdade e à igualdade nas políticas de reconhecimento: fundamentos jurídicos da identificação dos beneficiários nas cotas raciais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 173-210, abr./jun. 2020.

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 135-157, jul./set. 2016.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

³¹ Alexy fala em um “paradoxo da igualdade”, haja vista que para se alcançar a igualdade fática (material), é necessária a adoção de um tratamento diferenciado entre os indivíduos que se encontram em situação desigual, configurando, teoricamente, uma desigualdade jurídica. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 404.

as diferenças, ou seja, é aplicar um tratamento diferenciado, justamente com o fim de se alcançar a paridade³².

Nesse sentido, indo ao encontro do princípio da igualdade material, “as ações afirmativas objetivam, de um ponto de vista fático, novas condições de vida, mediante a transformação da realidade existente; dito de outro modo, elas reclamam a criação da igualdade fática”³³. Feres Júnior³⁴, de forma complementar, assevera que “deve-se ter claro que a ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução da desigualdade que escapa o alcance das políticas universais”. Assim, as políticas de ações afirmativas são, em verdade, medidas admissíveis, quando se tem como objetivo alcançar o princípio da igualdade material, sendo, portanto, constitucionalmente válidas.

Diante de tal conjuntura, é preciso, antes de tudo, reconhecer a existência do racismo estrutural presente na sociedade brasileira e da discriminação racial que se perpetuou no tempo e ainda permanece viva. Após esse reconhecimento, é necessário combater o problema, momento em que surge a possibilidade de implementação de políticas de ações afirmativas, medidas temporárias com o objetivo de alcançar a igualdade e equilibrar as oportunidades. Flávia Piovesan³⁵ caminha no mesmo sentido, ao colocar que: “a implementação do direito à igualdade racial há de ser um imperativo ético-político-social, capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais”.

Na mesma linha, Dworkin³⁶ esclarece que os cargos de prestígio e os altos postos da sociedade sempre estiveram e ainda permanecem na posse de uma maioria branca. Não se pode dizer, portanto, que há igualdade entre as raças, motivo pelo qual o autor incentiva a adoção de políticas de ação afirmativa, caso contrário estar-se-ia simplesmente ignorando o problema (que se sabe que é real) e mantendo a estratificação racial. Além disso, o autor faz alusão às estatísticas que confirmam essa análise e complementa que seria um erro proibir a adoção dessas medidas.

Dito isso, importante clarear alguns aspectos quanto ao papel contramajoritário desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. É preciso reconhecer, inicialmente, a existência de uma relação multifacetada entre os conceitos de Estado de Direito e

³² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista USCS**, ano X, n. 16, p. 221-237, jan./jun. 2009. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/878/731. Acesso em: 06 jul. 2019, p. 227-228.

³³ RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no direito constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 295.

³⁴ FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004, p. 303.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2005, p. 43.

³⁶ DWORNIK, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 579.

Democracia, os quais, por vezes, conflitam entre si. O primeiro está intimamente conectado com os próprios direitos fundamentais, previstos em uma Constituição rígida, ao passo que o segundo relaciona-se com a ideia de maioria, pois conecta-se com a noção de um poder eleito democraticamente, isto é, eleito pela maioria. Desse modo, Dworkin desenvolve uma ideia capaz de ilustrar essa questão, ao colocar que os direitos fundamentais podem ser concebidos como “trunfos” contra o Estado, contra a maioria³⁷.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que os dois conceitos são indissociáveis, haja vista que para que haja Estado de Direito é necessário haver Democracia e para que haja Democracia é preciso haver respeito aos direitos fundamentais, também existe uma constante tensão entre eles, havendo momentos em que um prevalecerá sobre o outro. Assim, “essa tensão verifica-se porque a maioria no poder (mesmo pressupondo que tal poder teve origem e legitimação democráticas) pode ameaçar os direitos fundamentais”³⁸. Entretanto, os direitos fundamentais também podem inibir o exercício da democracia, a partir do momento em que tem-se um Poder Judiciário, não eleito democraticamente, apto a intervir e agir em defesa dos direitos fundamentais, contrariando, inclusive, o legislador, quando for o caso. E complementa o autor que “não raras vezes acontecerá, então, que a minoria derrotada no Parlamento venha, *a posteriori*, a obter no Tribunal Constitucional, ou no órgão judicial responsável pela jurisdição constitucional, vencimento sobre a maioria democraticamente eleita, o que, obviamente, constitui a mais directa (sic) contestação institucional ao princípio da maioria”³⁹.

Diante de tal conjuntura, é possível dizer que os direitos fundamentais em si, assim como uma Constituição rígida, e principalmente a jurisdição constitucional (no Brasil representada pelo Supremo Tribunal Federal), possuem uma vertente contramajoritária, pois impõem limites à atuação do legislador, isto é, limitam a margem de atuação do legislador, eleito pela maioria, democraticamente. Dito de outro modo, a jurisdição constitucional tem a prerrogativa de invalidar, condicionar ou dar um sentido diverso às medidas legislativas e executivas, em nome da proteção dos direitos fundamentais. Com isso, é possível que a vontade da maioria, expressada por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, nem sempre prospere, que é justamente o momento em que, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal age na defesa dos direitos fundamentais das minorias, por vezes sem representatividade e consequentemente esquecidas pelos poderes políticos⁴⁰.

Assim, a partir do que foi trabalhado até o presente momento, procurar-se-á analisar a decisão proferida no ano de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ação esta que julga a constitucionalidade das

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 21.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 22.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 21-23.

cotas raciais para concursos públicos da administração pública federal: Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, por meio da qual pretender-se-á verificar os principais argumentos abordados pelos Ministros, a forma como se deu essa argumentação e o exercício do papel contramajoritário confiado ao Tribunal na proteção de direitos de uma minoria específica.

4. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS COMO ESTRATÉGIA DE INCLUSÃO SOCIAL E DE PROTEÇÃO DE MINORIAS: ANÁLISE CRÍTICA DA ADC 41

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41) foi julgada no dia 08 de junho de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de ação interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, a qual estabelece o percentual de 20% de cotas para negros em concursos públicos da administração pública federal.⁴¹ O autor da demanda sustenta a necessidade da declaração da constitucionalidade pelo Tribunal em razão da existência de controvérsia judicial relevante quanto ao tema, o que causa insegurança jurídica. Ademais, ressalta-se, de início, que dois foram os principais tópicos analisados ao longo da decisão, quais sejam, a constitucionalidade em si das cotas raciais, bem como a constitucionalidade do critério de identificação dos candidatos: autodeclaração e heteroidentificação⁴².

No que tange aos requisitos para a interposição de uma ação de controle de constitucionalidade concentrado, especificamente, de uma ação declaratória de constitucionalidade,⁴³ destaca-se que todos foram cumpridos⁴⁴. A competência para julgamento da demanda é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (o qual, nesse cenário, exerce a função de um "Tribunal Constitucional"); a legitimidade ativa foi exercida por órgão competente, previsto na Constituição Federal de 1988, qual seja, o Conselho

⁴¹ Há quem defenda haver sub-representação legal no percentual estabelecido pela lei. Nesse sentido: DUARTE; Evandro Piza; FERREIRA, Gianmarco Loures. Sub-representação legal nas ações afirmativas: a Lei de Cotas nos concursos públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 199-235, out./dez. 2017.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁴³ Sobre a polêmica em torno da figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ver o debate entre: MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 217-261, jan./mar. 2017, e LAURENTIIS, Lucas Catib De. Tenho medo, do medo, do medo da ADC: uma resposta a Breno Magalhães. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 141-162, jul./set. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – legitimado universal⁴⁵; foi exercida contra lei federal (Lei nº 12.990/2014), promulgada após a Constituição Federal de 1988; bem como atendeu-se a exigência de controvérsia judicial relevante⁴⁶, ficando comprovada, na ação, a existência de julgamentos que contrariam a lei em questão, considerando-a inconstitucional⁴⁷.

Em relação às decisões que afastaram a aplicabilidade da referida Lei, em sede de controle difuso de constitucionalidade, sobressaem argumentos que afirmam que a política de ação afirmativa de cotas raciais (objeto da Lei nº 12.990/2014) ofende os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, do concurso público e da eficiência, argumentos que foram todos afastados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, na ADC 41⁴⁸, conforme se verá.

Frisa-se que os fundamentos explanados pelos Ministros correlacionam-se, caminham num mesmo sentido e estão em plena harmonia, motivo pelo qual, inclusive, não houve divergências significativas ao longo da sentença. Primeiramente há que se falar da questão do racismo estrutural presente na sociedade brasileira, que, como coloca o Ministro Luís Roberto Barroso, é um racismo silencioso, velado, encoberto. Trata-se da existência de uma discriminação racial, bem como de diferenças significativas entre brancos e negros quando se fala em níveis de escolaridade, postos de poder, nível salarial, cargos de trabalho (inclusive no setor público), e espaços elitizados. Dessa forma, questiona-se: como falar em mérito se apenas se olha para a linha de chegada, mas não para o ponto de partida?⁴⁹.

⁴⁵ Quanto aos legitimados ativos para a interposição de ações de controle de constitucionalidade concentrado (ADI, ADI(O), ADC e ADPF), refere-se que se subdividem em duas categorias: legitimados universais e legitimados especiais. Os segundos, conforme previsão constitucional, e em lei específica (Lei n 9868/1999), precisam apresentar um requisito especial: a existência de pertinência temática, isto é, a comprovação da relação da pretensão judicial com os seus objetivos institucionais, e os primeiros, por outro lado, não necessitam comprovar esse requisito. BRASIL. **Lei nº 9.868 (1999)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁴⁶ Quanto a esse aspecto, importante ter claro o porquê da necessidade da existência de controvérsia judicial relevante para a interposição dessa ação específica (ADC). Veja-se, todas as leis e atos normativos possuem presunção de constitucionalidade, haja vista serem produto de órgãos legitimados (Poderes Legislativo ou Executivo). Assim, todas as leis e demais atos normativos, quando nascem, presumem-se estarem em consonância com a Constituição Federal, motivo pelo qual somente em razão da existência de controvérsia judicial em relação à constitucionalidade de determinada lei, pode-se requerer que o Supremo Tribunal Federal interfira e declare que essa lei é, de fato, constitucional, conforme se presumia. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164-165.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

O que se quer dizer, pois, é que o racismo ainda hoje existente é produto, também, da escravidão passada e da sua abolição sem que houvesse qualquer planejamento ou política de integração do ex-escravo na sociedade. Assim, impossível pensar que com essa origem, e sem nenhum apoio institucional, essas pessoas possuam as mesmas oportunidades, mesmas chances e mesma possibilidade de concorrência que os demais:

no tocante à reparação histórica, nem há muita necessidade de se investir energia. Ela decorre da escravidão e de pessoas que foram retiradas, à força, do seu habitat natural e depois submetidas a trabalhos forçados e a condições degradantes de vida. E quando vem a abolição do regime escravocrata, essas pessoas são liberadas na sociedade sem nenhum planejamento, sem nenhuma integração, sem nenhum tipo de preparação para viver como pessoas livres em uma sociedade - liberal seria exagero - que começava a se liberalizar. Portanto, e não sem surpresa, como lembrado também da tribuna, na passagem de Joaquim Nabuco, mesmo depois de libertados, os negros continuaram a desempenhar as funções mais subalternas dentro de uma sociedade altamente hierarquizada como a nossa⁵⁰.

Dessa forma, toda essa questão histórica influenciou e continua repercutindo efeitos na sociedade atual, o que pode ser comprovado pelas estatísticas e pesquisas que demonstram e ilustram a desigualdade presente. Em razão disso, portanto, não se pode afirmar que há igualdade de condições entre negros e brancos no momento em que esses competem entre si (tanto no acesso à vagas em universidades, quanto no acesso a cargos públicos), veja-se:

no caso dos candidatos negros, parece evidente que inúmeros fatores, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, razão pela qual se exige do Estado uma atuação positiva no sentido de calibrar os critérios para aferir o mérito dos candidatos⁵¹.

Nessa linha, no que se refere à igualdade, foi pacífica a noção de que esse princípio aberto possui três facetas, sendo elas a igualdade formal, a material e a igualdade como reconhecimento, e em nenhum ponto a Lei violaria esse direito constitucional, muito pelo contrário, estaria o garantindo, na medida em que promove a equiparação

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

entre negros (minorias estigmatizadas) e a sociedade brasileira. No que toca o argumento de que haveria violação ao concurso público, tem-se que os negros que concorrem às vagas precisam, obrigatoriamente, alcançar o número mínimo de acertos, precisam prestar o concurso público e cumprir com todos os requisitos exigidos, da mesma forma que os demais candidatos, motivo pelo qual não há como prosperar essa justificativa⁵².

Quanto à “suposta” violação ao princípio da eficiência⁵³, tem-se que não necessariamente os melhores colocados são, de fato, mais eficientes, além de que a questão da eficiência ultrapassa o aspecto da pontuação realizada no concurso, alcançando, por exemplo, a ideia de diversidade e pluralidade, qualidades que se sobressairão quando se verificar maior representatividade de negros e pardos na ocupação de cargos públicos. Já no que se refere ao princípio da proporcionalidade, que alega-se ser violado por já existirem cotas raciais para o acesso de vagas nas universidades, tem-se que não necessariamente o acesso à educação repercutirá (de forma imediata) na competitividade no mercado de trabalho: essa conexão demanda tempo, não se desenvolve automaticamente. Além disso, não se pode afirmar que são as mesmas pessoas que utilizarão a política de cotas no acesso à universidade e as cotas para concursos públicos. Por fim, ainda no que tange esse último argumento (proporcionalidade), tem-se que os cargos públicos disputados nem sempre serão relativos ao nível superior, assim, por todos os motivos explanados, conclui-se que não há violação do princípio⁵⁴.

Foi destacado, também, o alto grau de legitimidade democrática que ampara a Lei questionada, haja vista ter sido aprovada pela unanimidade de senadores e quase totalidade de deputados federais, o que acarreta a necessidade de uma robusta argumentação para que seja possível julgar pela inconstitucionalidade da lei, argumentação essa que se mostrou insuficiente, pois toda a lógica constitucional, e inclusive internacional, apontam para a validade da Lei questionada. Ademais, ao longo da decisão muito se fez referência à ADPF nº 186, ação que julgou a constitucionalidade da política de ação afirmativa – cotas raciais – para ingresso na Universidade de Brasília (UnB).⁵⁵ Assim, de forma comparativa, os contrários às cotas para negros para concursos públicos

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁵³ Nesse ponto a decisão ainda abarcou a questão da meritocracia, trazendo que não se pode comparar indivíduos que tem uma diferença abismal no ponto de partida e apenas analisar o resultado final, sem considerar as diferenças e desigualdade de condições existentes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁵⁵ Ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. As ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal: conexões entre direito e política na difícil promoção da equidade racial no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 51-74, jan./mar. 2021.

alegam que, diferentemente do caso da ADPF nº 186, no caso em tela não trata-se de proteção ao direito fundamental à educação, mas sim de acesso a cargo público, que não é um direito fundamental e, portanto, não justificaria a adoção de uma política de cotas. Além desse argumento, justificou-se que opera-se o *bis in idem*, na medida em que negros e pardos poderiam ser beneficiados⁵⁶ duplamente: primeiro no ingresso na universidade, segundo no acesso a cargos públicos, justificativas que não foram acatadas pelos Ministros pelos motivos já abordados acima⁵⁷.

Indo adiante, outro ponto muito debatido ao longo da sentença centra-se na questão de como identificar se um candidato é, ou não, contemplado pela política de cotas. Debateu-se se deveria prevalecer o critério da autodeclaração ou da heteroidentificação, prevalecendo a tese de que, como regra, deve-se utilizar o primeiro critério, por preservar a noção de como o próprio indivíduo se percebe e se identifica⁵⁸, e somente de forma subsidiária, com o fim de evitar-se fraudes, permitir-se-á a utilização do segundo critério, que poderá se dar através de provas documentais, fotos e entrevistas, por exemplo, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana do candidato, bem com garantidos o contraditório e a ampla defesa, mantendo-se, dessa forma, o texto da Lei⁵⁹.

Diante do que foi exposto, pode-se dizer que os argumentos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal se deram de forma coerente, técnica e didática, percebendo-se uma construção detalhada e técnica acerca de vários conceitos abertos previstos na Constituição Federal de 1988, como é o caso do princípio da igualdade, bem como da refutação específica de cada justificativa contrária à adoção da política de cotas raciais. Ademais, fez-se menção a diversos dispositivos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, que se coadunam com a lógica das políticas de ação afirmativa, demonstrando a importância em se cumprir, também, com a ordem internacional.

⁵⁶ Percebe-se, aqui, o uso da terminologia “beneficiados”, o que não considera-se adequado, tendo em vista que as políticas de ações afirmativas, como visto anteriormente, não tratam-se de privilégios, benefícios, mas sim de uma medida reparadora, que visa igualar condições.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

⁵⁸ Na decisão, de forma comparativa, lembrou-se da questão dos transgêneros e do acesso aos banheiros públicos: o indivíduo é visto como homem, mas se sente e se autopercebe como mulher, ou o contrário, e determinar algo diferente acabaria ferindo a sua dignidade, motivo pelo qual há que ser respeitada a maneira como as pessoas se identificam (BRASIL, 2017, www.stf.jus.br).

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Por fim, no que tange ao papel do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias, conclui-se que, nessa decisão específica, foi cumprido com eficiência, haja vista que o caso trata-se da preservação de direitos de uma minoria histórica e estigmatizada, que são os negros, e o Tribunal se manifestou a seu favor e a favor da Constituição. Tratou-se da questão da igualdade (principalmente a material e de reconhecimento) e assumiu-se um problema que muitas vezes é negado no Brasil: existe hoje ainda preconceito e discriminação racial e, não bastasse isso, ainda percebem-se as consequências de um desenrolar histórico, que se consubstancia no desequilíbrio e na desigualdade de condições e concorrência entre brancos e negros, o que torna constitucional a utilização das cotas raciais.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente tratou-se da origem e da evolução do mecanismo intitulado controle de constitucionalidade, verificando-se a existência de dois modelos, o difuso, oriundo do direito norte-americano, a partir do caso *Marbury v. Madison*, e o concentrado, de inspiração continental europeia, proveniente do debate travado entre Kelsen e Schmitt. E, embora assim não tenha sido na sua origem, atualmente trata-se de um mecanismo que tem como objetivo a garantia de proteção da Constituição e dos direitos fundamentais por ela tutelados, motivo pelo qual a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade se fortaleceram a partir da ascensão do Estado Democrático de Direito e do reconhecimento de uma ordem objetiva de valores.

Através do controle de constitucionalidade percebe-se, também, a possibilidade da proteção dos direitos das minorias, esquecidas, muitas vezes, pelos poderes políticos eleitos, momento em que se visualiza o papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal. As políticas de ação afirmativa, que nascem no intuito de ser ver garantido o princípio da igualdade material, assegurado tanto pela ordem jurídica internacional, quanto pela Constituição Federal de 1988, são, não raras vezes, questionadas pela sociedade, como se verificou no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41), ajuizada em razão da controvérsia judicial quanto à constitucionalidade da política de ação afirmativa referente às vagas reservadas para negros em concursos públicos da administração pública federal.

Por meio da análise dessa ação de controle de constitucionalidade concentrado, verificou-se os argumentos utilizados pelos Ministros, os quais se coadunam e vão ao encontro da ordem jurídica vigente, tanto no que toca o âmbito externo, como o interno, conforme já referido. Defendeu-se a constitucionalidade e a aplicabilidade da Lei de cotas para negros em concursos públicos da administração pública federal, frisando-se a necessidade do reconhecimento da disparidade existente entre negros e brancos no Brasil, e do racismo estruturante ainda presente, motivos que, juntamente

com comprovações estatísticas, demonstram a necessidade da implementação e do cumprimento de políticas que visem a concretização da igualdade material, isto é, de políticas que caminhem no sentido de diminuir e eliminar a desigualdade existente no quesito racial, no Brasil.

Com isso, pode-se responder a problemática suscitada no início do presente artigo, qual seja: como se dá a atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange à proteção das minorias, com base na decisão proferida na ADC nº 41? Verifica-se, nesse sentido, o desenvolvimento de uma postura ativa e em harmonia com os princípios abarcados pela Constituição Federal de 1988 e pelas Declarações e Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, na medida em que aduziu argumentos no sentido de proteção das minorias, notadamente dos negros, bem como do reconhecimento da necessidade de se implementar, de fato, a igualdade material que se espera ver concretizada. Nesse sentido, o conceito de minorias adotado pelo STF na decisão analisada não se relaciona com a questão numérica, mas sim com o reconhecimento de um grupo de pessoas estigmatizado histórica e socialmente e que é vítima de uma discriminação estrutural, merecendo, portanto, ser objeto de proteção por políticas públicas de inclusão social e não-discriminação.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 135-157, jul./set. 2016.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the “writ of certiorari”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 189-204, jan./abr. 2020.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Filtros de acesso às Cortes Constitucionais: a Questão Prioritária de Constitucionalidade e os filtros de acesso ao Conselho Constitucional Francês. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 405-422, maio/ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868 (1999)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal: conexões entre direito e política na difícil promoção da equidade racial no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 51-74, jan./mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima; QUEIROZ, Marcos. Direito à liberdade e à igualdade nas políticas de reconhecimento: fundamentos jurídicos da identificação dos beneficiários nas cotas raciais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 173-210, abr./jun. 2020.

DUARTE; Evandro Piza; FERREIRA, Gianmarco Loures. Sub-representação legal nas ações afirmativas: a Lei de Cotas nos concursos públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 199-235, out./dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio; HENDGES, Carla Evelise Justino. E a França piscou: a questão prioritária de constitucionalidade e o fim do controle exclusivamente prévio de constitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 153-183, jan./mar. 2017.

FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004.

LAURENTIIS, Lucas Catib De. Tenho medo, do medo, do medo da ADC: uma resposta a Breno Magalhães. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 141-162, jul./set. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 217-261, jan./mar. 2017.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoria política e Tribunal Constitucional**. Madrid: Trotta, 2002.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Revista Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, nov. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2005.

RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no direito constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTIAGO, Marcus Firmino. As origens do judicial review: porque Marbury vs. Madison é apenas um elo em uma longa cadeia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 331-355, dez. 2017.

SANTOS, Erika Karine; BEZERRA, Valesca Caetano. Ação afirmativa: a prática da igualdade sob a perspectiva de Flávia Piovesan (Brasil) e Ronald Dworkin (EUA). **Revista Fides**, Natal, v. 1, n. 1, p. 71-86, fev./jul. 2010.

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 325-347, set./dez. 2018.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Considerações sobre o tema “políticas públicas de ação afirmativa para a população negra no Brasil”. **Revista Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 122-153, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista USCS**, ano X, n. 16, p. 221-237, jan./jun. 2009. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/878/731. Acesso em: 06 jul. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRINDADE, Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.



A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha

The constitutionality of DNA in criminal prosecution: the right to informative self-determination and the proportionality criterion in Brazil and Germany

ANITA SPIES DA CUNHA ^{I,*}

^I Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil)
anitadacunha@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-2702-6425>

TAYSA SCHIOCCHET ^{II,**}

^{II} Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)
taysa_sc@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-6703-9036>

Recebido/Received: 09.06.2020 / June 9th, 2020

Aprovado/Approved: 02.07.2021 / July 2nd, 2021

Resumo

No Brasil, a discussão sobre a constitucionalidade dos bancos de perfis genéticos, no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, tem se concentrado no direito penal e processual penal (especialmente no direito de não autoincriminação), até o momento. Em outros países, a implementação dessa tecnologia considerou também a proteção da privacidade e dos dados genéticos. Na Alemanha,

Abstract

In Brazil, the discussion about the constitutionality of DNA databases, in the Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, focuses mostly on criminal law and criminal procedure law (specially on the right to avoid self-incrimination), until now. In other countries, the implementation of this technology also considered the protection of privacy and of genetic data. In Germany, the right to informational

Como citar esse artigo/How to cite this article: CUNHA, Anita Spies da; SCHIOCCHET, Taysa. A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 529-554, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.74420.

* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil), na ênfase "Direito Europeu e Alemão" do Centro de Estudos Alemães e Europeus da UFRGS-PUCRS. Graduada em Direito pela UNISINOS/RS. Advogada. Realizou intercâmbio na Carl von Ossietzky Universität Oldenburg/Alemanha (2015/1), cursando Comparative and European Law na Hanse Law School. Integrante da Clínica de Direitos Humanos da UFPR. E-mail: anitadacunha@hotmail.com.

** Professora Adjunta de Teoria do Direito e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e PPGD da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutorado em Direito (UFPR), com período de estudos doutorais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne e na Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO (Buenos Aires). Pós-doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM), na Espanha. Professora visitante da Université Paris X. Advogada. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UFPR (CDH|UFPR). E-mail: taysa_sc@hotmail.com.

o direito à autodeterminação informativa serve como parâmetro de constitucionalidade ao armazenamento de perfis genéticos. Diante disso, este artigo objetiva identificar e analisar os critérios de proporcionalidade utilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão frente ao uso de perfis genéticos para fins de persecução criminal e ao direito à autodeterminação informativa e, por consequência, suas possíveis implicações à análise de constitucionalidade no Brasil. A metodologia abarca pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, com estudo de caso comparado entre o Brasil e Alemanha e fontes bibliográficas e documentais. Conclui-se que os bancos de perfis genéticos atingem o direito à autodeterminação informativa e, por isso, a decisão judicial que impõe a coleta de DNA deverá ponderar o interesse público e o privado considerando elementos do caso concreto (prognóstico negativo). A ausência dessa análise implicará em uma restrição injustificada do direito à autodeterminação informativa e, consequentemente, na desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida..

Palavras-chave: Bancos de perfis genéticos; Autodeterminação informativa; Bundesverfassungsgericht; Proporcionalidade; Direitos fundamentais.

self-determination is the constitutionality parameter to the storage of genetic profiles. Thus, this article aims to identify and analyze the criteria of proportionality used by the German Constitutional Court facing the use of genetic profiles in criminal prosecution and the right to informational self-determination and, as consequence, its implications to the Brazilian constitutionality analysis. The methodology adopted is qualitative exploratory research with compared case study between Brazil and Germany and bibliographic and documental sources. We conclude that DNA databases affect the right to informational self-determination and therefore the judicial decision that imposes DNA collection must ponder the public and private interest, considering elements of the particular case (negative prognostics). The absence of this analysis implicates in an unjustified restriction to the right of informational self-determination and consequently in the disproportionality and unconstitutionality of the measure.

Keywords: DNA Databases; Informational self-determination; Bundesverfassungsgericht; Proportionality; Fundamental rights.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O direito à autodeterminação informativa e os limites para restringi-lo: análise do Volkszählungsurteil; 3. O direito à autodeterminação informativa como critério de constitucionalidade do uso de DNA para fins de persecução penal; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal tornou-se instrumento de combate à criminalidade, com a incumbência de garantir a segurança pública. Surge, junto ao direito penal simbólico, um processo penal simbólico que é utilizado como sedante da opinião pública. Na tentativa de obter soluções simples, rápidas e eficientes para o problema da criminalidade, o direito apoia-se em planos milagrosos e no terror da legislação simbólica. Com isso, tem se percebido um fenômeno denominado de expansão do Direito Penal, por meio do qual são aprovadas medidas drásticas em detrimento de garantias individuais, porque estas obstaculizariam a eficiência do sistema penal.¹ Nesse contexto, a prova de DNA é apresentada à sociedade como o Santo Graal das provas científicas, a ferramenta perfeita na luta contra a criminalidade, e, sob esses argumentos, o interesse público se sobrepõe facilmente ao privado em uma análise de proporcionalidade.

¹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Quando se fala em genética forense, existe um “efeito CSI” que, ao mesmo tempo em que reforça o apoio público ao uso de DNA para fins de persecução penal, também reforça a crença de que o perfil genético seria uma tecnologia simples, barata, rápida, eficaz, infalível e inofensiva. Mas como nem tudo que reluz é ouro, a crítica especializada desconstrói esses argumentos e demonstra que, embora a prova de DNA possa ser mais precisa que outras práticas forenses, ela não representa uma solução em si para o problema da criminalidade, além de ser falível e, muitas vezes, subjetiva. Além disso, o perfil genético, embora frequentemente comparado com uma impressão digital, não é tão inofensivo e pode sim revelar informações pessoais sensíveis.

A análise jurídica da genética forense é desafiadora, tendo em vista que é uma ciência complexa e que é revolucionada constantemente: a todo momento são desenvolvidas técnicas inovadoras de análise do DNA e do próprio perfil genético que se transformam em novas possibilidades para a persecução penal. Além disso, argumentos tendenciosos e até desprovidos de comprovação científica são amplamente difundidos, atingindo diversas esferas institucionais, inclusive o Poder Judiciário, e prejudicando a discussão e o desenvolvimento da cultura jurídica brasileira sobre o tema. Nesse contexto, um juízo adequado de constitucionalidade e proporcionalidade depende, cada vez mais, de que juristas se apropriem de conhecimentos técnicos. Por isso, pesquisas interdisciplinares já desenvolvidas anteriormente pelas autoras são tomadas aqui como um pressuposto teórico desse artigo, assim como a experiência da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH|UFPR), que atua desde 2011 nessa temática, seja no controle preventivo de constitucionalidade, com pesquisa desenvolvida para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, seja na atuação como *Amicus Curiae* no RE nº 973.837/MG, ou, ainda, na nota técnica enviada ao Projeto de Lei do Pacote Anticrime.²

² SCHIOCCHE, Taysa; CUNHA, Anita Spies da. **Desmistificando o DNA**: análise dos argumentos difundidos na arena jurídica que levaram à aprovação dos bancos de perfis genéticos no Brasil. [S. l.], 2020.

CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCHE, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. In: SCHIOCCHE, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli (org.). **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 127-154.

SCHIOCCHE, Taysa (coord.). **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. (Série Pensando o Direito, 43). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS UFPR. Memoriais. ev. 134 - Petição de apresentação de manifestação (14320/2018). Curitiba, 16 mar. 2018. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG**. Tema 905 - Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Em tramitação. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcid=4991018#>. Acesso em: 27 maio 2020.

SCHIOCCHE, Taysa. RICHTER, Vitor. LOUZADA, Luiza. **Nota técnica sobre as alterações na regulação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal previstas no “pacote anticrime”**: Ref.

No Brasil, a implementação e regulação do uso de DNA para fins de persecução penal teve como pano de fundo legitimador esse argumento de combate à criminalidade, influenciado pelo “efeito CSI”, que, inserido em uma ainda incipiente cultura de proteção de dados, como é a brasileira, levou à aprovação da Lei 12.654/12, que, com apenas quatro artigos, passou a permitir a coleta, manutenção e utilização de dados genéticos para fins de persecução penal, sem regular adequadamente seu funcionamento, sendo omissa em vários aspectos. Como consequência, exatamente 4 anos depois de sua promulgação, a Lei teve sua constitucionalidade questionada, e atualmente o Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837/MG está concluso para julgamento, com a repercussão geral reconhecida (Tema 905 - Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal). Entretanto, a discussão sobre o assunto tem se concentrado, quase que exclusivamente, na esfera do direito penal e processual penal (especialmente no direito de não autoincriminação), existindo pouca interlocução com o direito civil-constitucional.

A visão monocular da questão, apenas sob o prisma penal, afastou da análise outros direitos fundamentais não diretamente relacionados ao direito penal, como os direitos de personalidade ligados à proteção de dados pessoais. A superação da cisão entre direito público e privado e entre os ramos do direito, e a consequente ampliação da análise das implicações jurídicas do uso de DNA para fins de persecução penal, é essencial para a regulação constitucional da matéria, em observância à tutela integral da dignidade humana, sem descuidar das especificidades de cada ramo do direito.

Na era da informação, com o avanço desenfreado de tecnologias de processamento de dados, por meio das quais órgãos públicos e privados podem impor uma vigilância massiva da população, a constitucionalidade do uso de DNA para fins de persecução penal depende, cada vez mais, do respeito aos direitos de personalidade. Em outras medidas processuais-penais, como a interceptação telefônica ou a quebra do sigilo de comunicações eletrônicas (mensagens de WhatsApp, por exemplo), o potencial de violação a direitos de personalidade, como a intimidade e a privacidade, é pacificamente reconhecido, e até a Constituição Federal estabelece, como direito fundamental, o sigilo das comunicações (art. 5º, XII). O mesmo rigoroso filtro constitucional, atento aos direitos de personalidade, deve recair sobre a utilização de DNA para fins de persecução penal, uma vez que essa tecnologia pode violar esses direitos.

Diferentemente do Brasil, a implementação dos bancos de perfis genéticos em outros países veio acompanhada de discussão e de normativas relacionadas à proteção da privacidade e dos dados genéticos, tendo a Corte Europeia de Direitos Humanos

projeto de lei nº 882/2019. Curitiba: Clínica de Direitos Humanos UFPR: 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6579532656906641408/>. Acesso em: 24 maio 2020

(ECHR) reconhecido, inclusive, que o armazenamento indiscriminado de perfis genéticos viola o direito de privacidade dos indivíduos.³ Já a Alemanha parte do direito geral de personalidade para estabelecer o direito à autodeterminação informativa como parâmetro de constitucionalidade para o armazenamento de perfis genéticos nos bancos.

Diante disso, este artigo tem como objetivo identificar e analisar os critérios de proporcionalidade utilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão frente ao uso de perfis genéticos para fins de persecução criminal e ao direito à autodeterminação informativa e, por consequência, suas possíveis implicações à análise de constitucionalidade do tema no Brasil, pendente de julgamento pelo STF.

Elegemos, como contraponto ao Direito brasileiro, o Direito alemão, e, mais precisamente, a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional quanto às limitações e restrições de direitos fundamentais, ao considerar, por um lado, a esfera do indivíduo (direito à autodeterminação informativa), e por outro, o interesse público (segurança pública e persecução penal) na análise do uso de perfis genéticos. A escolha pela interlocução com o Direito alemão se justifica por ser, assim como o Brasil, um sistema jurídico de *civil law*; por ter critérios de inclusão e retenção de perfis genéticos similares; pela repercussão mundial da jurisprudência alemã sobre autodeterminação informativa; e pela forte influência que as teorias alemãs (especialmente em direitos fundamentais) têm no Direito brasileiro. Entendemos que eventuais divergências ou contrastes oriundos da análise comparada podem servir como complementação e referência adicional à análise da jurisprudência brasileira sobre o caso, ainda em formação.

No que tange à metodologia utilizada, a pesquisa é qualitativa, de cunho exploratório e em relação ao método de abordagem, o dialético, em razão da dinamicidade do fenômeno social estudado, além do estudo de caso comparado entre o Brasil e Alemanha. As técnicas de pesquisa utilizadas foram: pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, tendo em vista o objetivo do presente artigo, a autoras apresentam uma interlocução entre o uso de DNA na persecução penal com o direito civil-constitucional e da proteção de dados, apoiando-se no posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão quanto ao direito à autodeterminação informativa e, especialmente, na necessidade de uma análise individualizada de proporcionalidade para que a obtenção do

³ “In conclusion, the Court finds that the **blanket and indiscriminate** nature of the powers of **retention** of the fingerprints, **cellular samples and DNA profiles** of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, **fails to strike a fair balance** between the competing **public and private interests** and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a **disproportionate interference** with the applicants’ **right to respect for private life** and cannot be regarded as necessary in a democratic society. This conclusion obviates the need for the Court to consider the applicants’ criticism regarding the adequacy of certain particular safeguards, such as **too broad an access to the personal data concerned** and **insufficient protection against the misuse or abuse** of such data.”

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECHR). **Case of S. and Marper v. The United Kingdom**: Judgment. Strasburgo, 04 dez. 2008. p. 35. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 27 maio 2020.

perfil genético seja constitucional. Para tanto, na primeira parte deste artigo, as autoras apresentam os principais elementos do direito à autodeterminação informativa e, como um direito não absoluto, os limites para sua restrição, a partir da análise do Caso do Censo (*Volkszählungsurteil*) de 1983 do Tribunal Constitucional Alemão. Na segunda parte, tomando como parâmetro o caso *Genetischer Fingerabdruck I*, de 2000, do Tribunal Constitucional Alemão, as autoras apresentam o direito à autodeterminação informativa como limite ao uso de DNA para fins de persecução penal, tanto na Alemanha como no Brasil.

2. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E OS LIMITES PARA RESTRINGI-LO: ANÁLISE DO VOLKSZÄHLUNGURTEIL

Também chamado de autodeterminação informacional (em alemão, *Recht auf informationelle Selbstimmung*), esse direito “dá ao indivíduo o poder, de ele próprio decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais”.⁴ Segundo Wüsteney,⁵ na Alemanha, a autodeterminação informativa já havia sido citada em casos específicos antes, mas apenas consolidou-se como Direito Fundamental na decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o “Caso do Censo”,⁶ ou *Volkszählungsurteil* (BVerfGE 65, 1). A partir de então, o direito à autodeterminação informativa passou a aplicar-se

⁴ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 788, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵ WÜSTENEY, Matthias. *Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat*. Frankfurt: Peter Lang, 2003. p. 137.

⁶ Em apertada síntese, a Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, ordenou o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. Além de prever a obrigatoriedade da participação, a lei também previa a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais. Ao final, decidiu o Tribunal que aquela pesquisa não implicava em registro e classificação de dados pessoais incompatível com a dignidade humana, porque satisfazia os requisitos de legalidade e proporcionalidade, mas declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que permitiam a comparação e trocas de dados. O caso tornou-se um marco mundial para o reconhecimento do direito à autodeterminação informacional.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *BVerfGE 65, 1 – Volkszählung*. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁷ Diante da relevância do julgado para este trabalho, optou-se por realizar uma análise aprofundada de seu texto original, em alemão. Tal decisão baseia-se nas precauções que devem ser tomadas na pesquisa comparativa, apresentadas por Marc Ancel, entre elas o cuidado com as traduções de termos jurídicos. Os trechos citados foram traduzidos livremente pelas autoras, quando isso se fez necessário, para manter a fluidez do texto, com o cuidado de colacionar em nota a versão no idioma original, visando manter a integridade da pesquisa. ANCEL, Marc. *Utilidades e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 111.

automaticamente a todos os tipos de processamento de informações pelo Estado, inclusive sobre as informações genéticas humanas para fins de persecução penal. Hoje, tanto a União Europeia como diversos países (inclusive o Brasil) reconhecem o direito originado como construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão.⁸

Na decisão, o Tribunal apresenta o direito à autodeterminação como derivado da dignidade humana e do direito geral de personalidade, como se vê no seguinte trecho:

[...] no centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa, que, por meio da livre autodeterminação, atua como membro de uma sociedade livre. A proteção à dignidade humana também serve ao direito geral de personalidade [...], que se torna ainda mais significativa diante da evolução moderna e os perigos que ela traz à personalidade humana. [...] As concretizações feitas até hoje pela jurisprudência descrevem o conteúdo do direito geral de personalidade, mas não de forma exaustiva. [...] Ele integra também o direito decorrente dessa ideia de autodeterminação, de o indivíduo poder decidir, quando e dentro de quais limites os seus dados pessoais são divulgados.⁹ (grifo nosso).

Epping¹⁰ explica que, para o livre desenvolvimento da personalidade, a pessoa necessita não só ter controle sobre os seus dados, como também o poder de decidir sobre a revelação de suas informações pessoais. Assim, a própria dignidade humana e o direito de personalidade pressupõem autodeterminação informativa, que encontra naquelas seu amparo legal.

Segundo o Tribunal, esse direito necessita de proteção especial diante das tecnologias de processamento automático de dados, uma vez que os dados pessoais podem ser armazenados ilimitadamente, acessados a qualquer momento virtualmente e, com a integração dos sistemas, as informações podem ser cruzadas a fim de montar uma “imagem da personalidade” (*Persönlichkeitsbild*), sobre a qual o indivíduo afetado

⁸ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba v. 12, n. 2, p. 95, jul./dez., 2011.

⁹ "Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient - neben speziellen Freiheitsverbürgungen - das [...] gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann [...]. Die bisherigen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung umschreiben den Inhalt des Persönlichkeitsrechts nicht abschließend. Es umfasst [...] auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...]". DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 2. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁰ EPPING, Volker. **Grundrechte**. 5. ed. Alemanha: Springer, 2012. p. 284. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-28376-5>. Acesso em: 27 maio 2020.

não tem qualquer controle. Sobre isso, explica Mendes¹¹ que “[o]s dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tal devem ser considerados”, razão pela qual todo tratamento de dados influencia na representação da pessoa na sociedade e, consequentemente, pode violar seus direitos fundamentais.

Por essas razões, o indivíduo deve ter a liberdade não só de decidir sobre a divulgação de seus dados, mas também de conduzir sua vida de acordo com essas decisões. Em outras palavras, a pessoa necessita ter pleno domínio do que é sabido sobre ela e como essas informações são utilizadas, para que possa avaliar suas consequências.

Quem teme que desvios de comportamento possam ser registrados o tempo todo e que essas informações são armazenadas, utilizadas ou divulgadas a terceiros, vai tentar evitar demonstrar este comportamento. Por exemplo, quem assumir que a participação em uma manifestação ou iniciativa civil será registrada pelo governo e que isso pode lhe trazer riscos, pode não exercer seu direito fundamental de livre manifestação e associação. Isso não somente restringe as possibilidades de desenvolvimento pessoal do indivíduo, como também prejudica o bem comum, pois a autodeterminação é um requisito elementar para o funcionamento de uma sociedade democrática livre fundada na liberdade de agir e participar dos seus membros.¹² (grifo nosso).

Para Epping,¹³ trata-se de um efeito de intimidação que afeta a percepção de liberdade do indivíduo (“*nachhaltiger Einschüchterungseffekt auf die Freiheitswahrnehmung*”). É por conta disso que o direito à autodeterminação informativa decorre do direito geral de personalidade, que, por sua vez, é um desdobramento da dignidade humana. Ora, o indivíduo intimidado, que não sabe quais informações o Estado detém sobre si, irá evitar certas atitudes, o que implicará diretamente no livre desenvolvimento e a livre expressão de sua personalidade, parte essencial da dignidade humana.

Assim, conclui o Tribunal que o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade protege o indivíduo contra o armazenamento, coleta, utilização e compartilhamento ilimitados de seus dados pessoais, com o mesmo fundamento legal, qual seja, Art. 2, Abs. 1 cominado com o Art. 1, Abs. 1 da Lei Fundamental. “O Direito

¹¹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 45.

¹² “Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.”.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 31. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹³ EPPING, Volker. **Grundrechte**. 5. ed. Alemanha: Springer, 2012. p. 284. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-28376-5>. Acesso em: 27 maio 2020.

Fundamental garante, nesse sentido, o direito do indivíduo de, basicamente, decidir sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais”.¹⁴

O Tribunal, contudo, não apresenta o direito como absoluto. A decisão do Censo explicita que o indivíduo não tem um direito de domínio absoluto e ilimitado sobre seus dados, uma vez que o desenvolvimento do indivíduo e da sua personalidade ocorre em sociedade, cuja base é a comunicação. Além disso, quando há uma tensão entre os direitos individuais e o bem comum, a lei fundamental alemã tende a decidir em favor do dever e atuação cívica dos indivíduos. “Por isso, devem os indivíduos aceitar limitações no seu direito à autodeterminação informativa quando predomina o interesse público”.¹⁵

De um modo geral, e notadamente na esfera penal e da persecução criminal por parte do Estado, essa possibilidade de limitação¹⁶ dos direitos fundamentais requer “instrumentos destinados a controlar as ingerências exercidas sobre os direitos fundamentais, evitando ao máximo a sua fragilização.”¹⁷ A doutrina e a jurisprudência constitucional alemãs são as principais responsáveis pelo desenvolvimento desses instrumentos, tidos como “limites dos limites” dos direitos fundamentais. É precisamente nesse contexto do direito constitucional e dos direitos fundamentais que situamos a importância da interlocução entre o direito público e privado e, mais especificamente, da autodeterminação informativa, como corolário da proteção de dados pessoais sensíveis, na esfera penal.

Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, para que sejam válidas, essas limitações devem: (1) ter fundamento legal e (2) observar atentamente o princípio da proporcionalidade, sem violar o núcleo essencial do direito. Esse princípio decorre da própria natureza dos Direitos Fundamentais, que somente podem ser limitados na medida

¹⁴ “Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.”

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 31. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁵ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 32. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁶ A compreensão acerca do âmbito de proteção e dos limites dos direitos fundamentais depende se for adotada a teoria interna ou a teoria externa. Para a teoria interna, os limites são imanentes e “o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico”. Nessa teoria, não há separação entre o âmbito de proteção e os limites do direito fundamental, não havendo conflito de direitos. Já na teoria externa, o direito é *prima facie* ilimitado, e apenas no caso concreto, diante da necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos, é que o direito se apresenta limitado. Há colisão de direitos fundamentais, que deverão ser limitados para assegurar a convivência harmônica dos titulares dos direitos.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 391-392.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 397.

indispensável à proteção do interesse público.¹⁸ As restrições aos direitos fundamentais que não respeitarem os limites dos limites serão, consequentemente, inconstitucionais.

No Brasil, a Constituição Federal não tem previsão expressa acerca dos limites dos limites, que decorrem de construção doutrinária e jurisprudencial.¹⁹ Diferentemente, no sistema jurídico alemão, há previsão constitucional expressa dos critérios para restrição de direitos fundamentais, no art. 19, II da Lei Fundamental:²⁰

Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]

(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. [...]

O direito à autodeterminação informativa, assim como os demais direitos fundamentais, não tem um cerne previamente definido, razão pela qual a violação ao núcleo essencial também deverá ser analisada considerando as características e peculiaridades do direito em conflito e do caso concreto. Ademais, para verificação do núcleo deste direito, não basta considerar o dado em si, mas também o seu tratamento e os possíveis usos. De todo modo, considera-se abstratamente que há uma violação ao núcleo essencial do direito à autodeterminação informativa quando se retira completamente do sujeito o seu espaço privado necessário para desenvolver sua personalidade livremente.²¹

Desse modo, quanto à análise de proporcionalidade relativa ao direito à autodeterminação informativa, para o Tribunal Constitucional Alemão, não só o tipo de informação é relevante, como também as suas possibilidades de utilização e a utilidade desta informação. Deve ser considerado qual o objetivo do Estado com a informação coletada e quais possibilidades de utilização e combinação dessa informação serão possíveis de acordo com a tecnologia utilizada.

¹⁸ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 32. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁹ Exemplificando, o STF trata expressamente da teoria dos limites dos limites (fl. 742 e seguintes) no voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 511.961/SP, que tratava da (in) constitucionalidade da exigência de diploma para exercício da profissão de jornalista.

²⁰ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

²¹ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 34, 238 – Tonband**. 2 BvR 454/71. Alemanha, 31. Januar 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034238.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

Assim, Wüsteney²² refere que, na análise de proporcionalidade envolvendo o direito de autodeterminação informativa, quando se trata de processamento de informações, não existe informação pessoal sem importância.²³ É claro que a informação pessoal pode estar em uma esfera mais ou menos íntima do indivíduo. Entretanto, aqui não se trata da informação em si, mas sim da sua coleta, armazenamento, utilização e compartilhamento. Nesse sentido, pode-se dizer que toda informação poderá atingir o direito à autodeterminação informativa, pois até mesmo informações que parecem inofensivas podem ser prejudiciais a depender da sua utilização. Nesse sentido decidiu o Tribunal Constitucional:

Com isso, pode um dado visto em si como sem importância ganhar um novo status; com o processamento automático de dados não existe, nesse contexto, nenhum dado “sem importância”. O quanto uma informação é sensível aqui não depende apenas se ela atinge a intimidade. Para estabelecer a importância de um dado para o direito da personalidade é muito mais necessário conhecer o contexto da sua utilização (grifo nosso).²⁴

O Tribunal esclarece que, para poder limitar o direito à autodeterminação informativa, deve-se considerar todas as possibilidades de utilização e combinação das informações na análise da proporcionalidade, e não o grau de “intimidade” da informação em si. Para Limbeck,²⁵ mesmo que não exista um dado sem importância, há um núcleo da personalidade que é intocável pelo poder público. Por isso, ainda que o direito à autodeterminação informativa possa ser limitado quando o interesse público superar o privado, as restrições devem obedecer ao critério da proporcionalidade. De qualquer forma, qualquer utilização de dados pessoais pelo Estado deverá ser justificada e acompanhada de regras para a proteção do indivíduo.²⁶

²² WÜSTENEY, Matthias. **Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat**. Frankfurt: Peter Lang, 2003. p. 138.

²³ Para Mendes, após a promulgação da LGPD, também há esse entendimento no Brasil: “A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) inaugura um modelo ex ante de proteção de dados, fundado na ideia de que não existem mais dados irrelevantes em face do processamento automatizado e ubíquo de dados na sociedade da informação”.

MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 44-45

²⁴ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. p. 32. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

²⁵ LIMBECK, Jutta. **Die erkennungsdienstliche Behandlung und die DNA-Identitätsfeststellung gem. § 81g StPO**. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007. p. 120.

²⁶ WÜSTENEY, Matthias. **Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat**. Frankfurt: Peter Lang, 2003. p. 145.

3. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO CRITÉRIO DE CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE DNA PARA FINS DE PERSECUÇÃO PENAL

Não seria diferente com a utilização de DNA para fins de persecução penal. Enquanto que, no Brasil, ela ainda foi pouco confrontada com o direito de autodeterminação informativa – uma vez que o estudo desse direito quase se limita às esferas de direito da internet – na Alemanha, por outro lado, o direito à autodeterminação informativa é apresentado como limite à coleta e utilização do DNA na persecução penal.

Wüsteney²⁷ refere que na Alemanha o direito à autodeterminação informativa ocupa posição de grande importância no debate da análise de DNA. As primeiras publicações sobre o tema, ainda anteriores à lei de identificação pelo DNA (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*), de 1999, já mencionavam a autodeterminação informativa. Entretanto, mesmo naquele país houve certa resistência à aplicação do direito à autodeterminação informativa na persecução penal, uma vez que, enquanto muitos reconhecem a indispensabilidade da proteção de dados também e sobretudo na persecução penal, outros entendem que uma proteção de dados tão ampla é incompatível com o objetivo do processo penal, que é localizar o culpado o mais rápido possível. De fato, a proteção dos dados pessoais não é absoluta, mas de certa forma limitará a persecução penal. Trata-se, assim, de encontrar a equilíbrio caso a caso, com o sopesamento dos valores envolvidos, especialmente os interesses públicos e privados.

Atualmente, na Alemanha, o entendimento sobre a temática está consolidado no sentido de que toda e qualquer utilização de informação genética pelo Estado atingirá o direito fundamental à autodeterminação informativa, configurando-se uma restrição ao seu exercício e à sua proteção. Isso não impede a utilização de DNA para fins de persecução penal, eis que não se trata de direito absoluto, mas impõe que sejam respeitados os limites dos limites, ou seja, deve haver (1) fundamentação legal e (2) observância estrita à proporcionalidade no caso concreto, preservando-se o núcleo essencial do direito.²⁸

Os parâmetros para essa verificação de constitucionalidade decorrem de posicionamento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, no precedente conhecido como *Genetischer Fingerabdruck I*.²⁹ Esse foi o primeiro julgado alemão a analisar

²⁷ WÜSTENEY, Matthias. **Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat**. Frankfurt: Peter Lang, 2003. p. 145-146.

²⁸ Sob esse aspecto é que seriam analisadas violações específicas a direitos nas diferentes fases da cadeia de custódia (coleta, processamento, armazenamento e uso probatório no processo penal). Sobre essas fases e suas repercussões jurídicas, ver:

CABEZUDO BAJO, María José. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación Española y la Union Europea. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 103-140.

²⁹ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I**. 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

o armazenamento de perfis genéticos para fins de persecução penal à luz do direito à autodeterminação informativa e acabou gerando uma modificação no Código de Processo Penal alemão, que incorporou os critérios fixados na decisão.³⁰ As reclamações constitucionais (2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00 e 2 BvR 2061/00) questionavam ordens judiciais que determinaram a coleta de células e a realização de testes genéticos para a obtenção do perfil genético para permitir a identificação em casos criminais futuros e foi recebida porque instâncias inferiores não consideraram o direito fundamental à autodeterminação informativa.³¹

O Tribunal decidiu que, enquanto o uso de DNA para fins de persecução penal se limitar à coleta do perfil genético, acessando apenas a parte não-codificante³² do DNA e com o descarte imediato da amostra genética, não haverá violação ao núcleo essencial do direito.³³ Entretanto, “a obtenção, o armazenamento e a (futura) utilização do perfil genético atinge, de fato, o direito fundamental à autodeterminação informativa garantido nos Art. 2, alínea c/c Art. 1, alínea 1, GG” e “Essa garantia somente pode ser limitada por lei ou por causa de uma lei, quando o interesse público se sobrepor, e sob a observância do princípio constitucional da proporcionalidade”.³⁴ Tal proporcionalidade

³⁰ §81g do Código de Processo Penal Alemão (tradução nossa, grifo nosso): (1) ¹ Se o acusado é suspeito de um crime de grande importância ou de um crime contra a autodeterminação sexual, é permitido coletar células dele e examiná-las para obter o perfil genético e o sexo, para fins de identificação em crimes futuros, quando a natureza do crime ou o modo como foi cometido, a personalidade do agente, ou outra informação, **permita assumir que outras investigações de crimes de importância considerável serão conduzidas contra ele no futuro.** ² O cometimento repetido de outros crimes pode ser considerado um ilícito equivalente a um crime de importância considerável. [...]

³¹ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I.** 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. p. 42-43. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

³² A divisão entre região codificante e não-codificante do DNA está diretamente relacionada aos perfis genéticos, pois um dos principais argumentos da “inofensividade” do perfil genético é que ele é retirado da parte não-codificante do DNA, que não produz proteínas e, por isso, não teria função no organismo. Assim, a análise dessa parte do DNA não poderia revelar informações pessoais. Entretanto, atualmente já foram identificadas diversas funções para as áreas não-codificantes do DNA, razão pela qual essa divisão hoje já não basta para impedir a revelação de informações pessoais, tanto é que ela não é adotada pela legislação alemã.

³³ Dies gilt jedenfalls, solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden, zu etwa 30% aus Wiederholungseinheiten bestehenden Anteil der DNA bezieht [...], ausschließlich die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung BVerfGE in künftigen Strafverfahren vorgenommen und das Genmaterial nach der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters vernichtet wird.“ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I.** 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. p. 9. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

³⁴ Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters greifen allerdings in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein. [...] Diese Verbürgung darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.“ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I.** 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. p. 49. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

deve ser aferida no caso concreto, mediante uma análise individualizada, não sendo suficiente a simples repetição do texto da lei, frisando que “as referências genéricas a estatísticas de criminalidade ou a dados criminológicos não fundamentados também não substituem a análise caso a caso que é exigida”.³⁵

Para a legitimidade da coleta compulsória do perfil genético, a decisão judicial deverá apresentar um prognóstico negativo (*Negativprognose*) baseado no risco de repetição dos crimes, fundado em fatos documentados, coerentes e processualmente valoráveis, e não simplesmente uma probabilidade de reincidência (*Prognoseentscheidung*). Esse prognóstico negativo deverá indicar que o indivíduo poderá cometer crimes de importância considerável, e que o armazenamento do perfil genético poderá auxiliar nestas futuras investigações.^{36 37}

Desse modo, fica evidente que a motivação individualizada no caso concreto para determinar ou não a inclusão do condenado no banco de perfis genéticos, prevista no ordenamento alemão, é muito diferente de uma decisão judicial meramente fundamentada no enquadramento legal. No Brasil, há previsão constitucional de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX). Apesar disso, a coleta compulsória do perfil genético está sendo aplicada como efeito automático da sentença penal, sem nem mesmo necessitar de mandamento judicial específico, de forma que poderia ser aplicada, inclusive, retroativamente àqueles que foram condenados antes da entrada em vigor da lei.

Adotando-se os parâmetros propostos pela decisão alemã, a inserção quase automática do perfil genético do condenado no banco, motivada apenas pelo enquadramento do fato como crime hediondo ou “praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa”, com fulcro no art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não seria adequadamente fundamentada, pois essa restrição ao direito fundamental depende, necessariamente, da demonstração da proporcionalidade no caso concreto. Tal dispositivo está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal, no

³⁵ “Auch allgemeine Hinweise auf die ‚Kriminalstatistik‘ oder nicht weiter belegte kriminologische Erkenntnisse ersetzen die gebotene Einzelfallprüfung nicht.”

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I**. 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. p. 57 e 65. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

³⁶ Assim, não seria possível o armazenamento do perfil genético quando os crimes que o indivíduo poderá cometer sejam pouco relevantes, ou quando o perfil genético não puder auxiliar naquele tipo de investigação. Por exemplo, se a probabilidade é de que o indivíduo cometa crimes cibernéticos, não se justificaria o armazenamento do perfil genético, eis que a comparação entre perfis genéticos não auxilia uma investigação de crimes realizados pela internet.

³⁷ DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I**. 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. p. 72. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

Recurso Extraordinário nº 973.837.³⁸ Contudo, até o momento, a discussão jurisprudencial não teve como foco principal o direito à autodeterminação informativa, mas sim a não autoincriminação. Muito embora o Ministro Relator, na decisão de afetação do tema à repercussão geral, tenha reconhecido uma possível violação a direitos da personalidade, ampliando as possibilidades do debate que está por vir na corte superior.

De fato, a cultura jurídica brasileira de proteção de dados ainda é incipiente e, nesse contexto, praticamente só a doutrina especializada reconhece o direito à autodeterminação informativa como direito fundamental no Brasil. Assim, por um lado, é compreensível que esse direito não ocupe posição central na discussão nacional acerca da constitucionalidade da coleta compulsória de perfis genéticos. Por outro lado, como demonstramos ao longo desse texto, o direito à autodeterminação informativa pode fazer parte da solução jurídica a ser moldada pelo Supremo Tribunal Federal para a questão. Nesse sentido, da mesma forma como na Alemanha o reconhecimento do direito se deu por construção jurisprudencial, os juristas brasileiros já podem amparar suas decisões no direito à autodeterminação informativa, amparando-se no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.³⁹

Além do amparo constitucional, agora, com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a legislação infraconstitucional brasileira reconhece expressamente a autodeterminação informativa como fundamento da proteção de dados pessoais.⁴⁰ Apesar de a lei trazer previsão expressa que excepciona sua aplicação ao tratamento de dados pessoais realizado para fins de “atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III, “d”), “[t]ais exceções, no entanto, são moldadas de forma a não comprometer a integridade da lei, visto que para diversas delas refere-se à existência de legislação específica sobre proteção de dados que compreenda os princípios da LGPD”.⁴¹ É o que diz o art. 4º, §1º da LGPD:

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao

³⁸ Para uma análise pormenorizada dessa e de outras previsões e omissões da Lei nº 12.654/12, ver: SCHIÖCHET, Taysa. Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 67-102.

³⁹ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

⁴⁰ Sobre o contexto internacional e nacional de produção da LGPD e uma proposta a sua aplicação em três níveis (condições de legitimidade, garantias reais de proteção e sanções e reparação), ver: MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 35-56.

⁴¹ MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 46.

atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei (grifo nosso).⁴²

Conforme Louzada,⁴³ pelo diálogo de fontes, os princípios da LGPD⁴⁴ se aplicam à regulação dos bancos de perfis genéticos, devendo orientar sua elaboração e interpretação em benefício do titular dos dados. Mais que isso, os princípios de proteção de dados da LGPD são essenciais para o exercício da autodeterminação informativa por parte dos titulares de dados genéticos, eis que poderão “garantir a instrumentalização de outros direitos que transcendem a proteção de dados e a privacidade, como o acesso à justiça, a igualdade, o contraditório e a ampla defesa”.⁴⁵

A legislação brasileira já caminha na direção da proteção do direito à autodeterminação informativa também no âmbito da utilização de DNA para fins de persecução penal. Nesse sentido, destaca-se positivamente a alteração legislativa⁴⁶ recente (Lei nº 13.964, de 2019), que trouxe as seguintes inovações:

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.⁴⁷

A autodeterminação informativa não apenas impõe uma limitação à atuação do Estado, como também cria um espaço de atuação positiva para o titular dos dados

⁴² BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

⁴³ LOUZADA, Luiza. Princípios da LGPD e os bancos de perfis genéticos: instrumentalizados a garantia de direitos no processo penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 10, nov. 2019.

⁴⁴ Sobre os princípios da LGPD e suas diversas repercussões, inclusive em termos de Privacy by Design, ver: MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, ano 28, p. 157-180, São Paulo, jul.-ago. 2019.

⁴⁵ LOUZADA, Luiza. Princípios da LGPD e os bancos de perfis genéticos: instrumentalizados a garantia de direitos no processo penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 14, nov. 2019.

⁴⁶ Quanto ao projeto de lei que antecedeu a referida legislação, indicamos a leitura da Nota Técnica da CDH/UFRP encaminhada ao Grupo de Trabalho da Câmara de Deputados (2019), coordenado pela deputada Margarete Coelho, destinado a analisar as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de lei nº 10.372/18, 10.373/18 e 882/19. SCHIOCCHET, Taysa. RICHTER, Vitor. LOUZADA, Luiza. **Nota técnica sobre as alterações na regulação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal previstas no “pacote anticrime”**: Ref. projeto de lei nº 882/2019. Curitiba: Clínica de Direitos Humanos UFRP: 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6579532656906641408/>. Acesso em: 24 maio 2020.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

genéticos. Conforme Doneda,⁴⁸ ao compreender o tratamento de dados pessoais como um processo que vai além da autorização da pessoa para utilização de seus dados, a autodeterminação informativa busca incluir a pessoa nas demais fases do processo de tratamento dos seus dados. Não basta, portanto, o simples reconhecimento, por parte da legislação, do direito à autodeterminação, uma vez que apenas uma minoria enfrentaria o Estado para exercer essa prerrogativa.⁴⁹

O direito à autodeterminação informativa existe ainda que ausente o consentimento, e principalmente nesses casos ele ganha especial relevância: a coleta compulsória de dados restringe o direito, mas não pode anulá-lo por completo. Diante disso, é necessário que a legislação específica, amparando-se nos princípios e direitos previstos na LGPD, crie mecanismos e ferramentas para que os titulares possam exercer este direito. Na perspectiva dos bancos de perfis genéticos, considerando a compulsoriedade da coleta e a impossibilidade de o indivíduo impedir o uso de seus dados, cabe à legislação estabelecer salvaguardas de forma a proteger o titular de tratamento inadequado ou ilícito de dados, sob pena de afetação desproporcional e inconstitucional aos direitos fundamentais.

Para Cabezudo Bajo,⁵⁰ a regulação do uso de DNA para fins de persecução penal deve obedecer a dois requisitos:

1) en primer lugar, si dicha regulación posibilita la obtención de una prueba de ADN lo más fiablemente posible; 2) en segundo término, si permite la obtención de una prueba de ADN lícitamente; ello, a su vez, significa que ha de obtenerse, de un lado, con el máximo respeto a los derechos fundamentales que puedan verse afectados y, de otro, en cumplimiento de los correspondientes requisitos legalmente previstos. (grifo nosso).

Enquanto a fiabilidade da prova está relacionada com a estrita observância da cadeia de custódia – que foi incluída expressamente no Código de Processo Penal, arts. 158-A a 158-F, pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) –, a licitude depende tanto do cumprimento dos requisitos legais para obtenção da prova como também e principalmente do respeito aos direitos fundamentais.⁵¹ Ambos os elementos (fiabilidade e lici-

⁴⁸ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba v. 12, n. 2, p. 97-98, jul./dez., 2011.

⁴⁹ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba v. 12, n. 2, p. 98, jul./dez., 2011.

⁵⁰ CABEZUDO BAJO, Maria José. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación Española y la Union Europea. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 104.

⁵¹ Doutrinariamente, a prova ilegal divide-se em ilegítima, que é a que viola regras de processo penal no momento de sua produção; e ilícita, que é a que viola regra de direito material ou a própria Constituição: “Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

tude) devem estar presentes em cada uma das fases do uso forense de DNA: obtenção da amostra biológica; análise da amostra e obtenção do perfil genético em laboratório; inserção e tratamento do perfil genético no banco. “Si ambos requisitos de cumplen en las tres fases, podremos afirmar que la regulación permite la obtención de una prueba de descargo o, en su caso, de cargo que puede fundamentar, junto con otros medios de prueba, una sentencia de condena.”⁵²

Nesse sentido, a inconstitucionalidade da coleta e do armazenamento do perfil genético no banco não representará apenas uma violação ao direito daquele indivíduo, mas também implicará necessariamente na ilicitude de todas as provas que decorram desse perfil genético armazenado no banco. Consequentemente, a própria finalidade do banco, que é auxiliar investigações e a persecução penal, estará prejudicada, pois nenhuma prova que, em sua essência, viole desproporcionalmente direitos fundamentais poderá fundamentar uma condenação penal. Assim, reiteramos, além de estabelecer mecanismos que garantam a observância da cadeia de custódia (fiabilidade), a regulação dos bancos de perfis genéticos deve estabelecer critérios de inclusão e restrições no tratamento desses dados que sejam proporcionais aos direitos fundamentais atingidos, especialmente a autodeterminação informativa.

Essa análise de proporcionalidade deve considerar, além dos elementos do caso concreto, como propõe o julgado alemão analisado, também outros elementos relacionados à própria tecnologia dos bancos de perfis genéticos. Assim, o jurista precisa buscar conhecimentos interdisciplinares que lhe permitam conhecer a técnica, seus verdadeiros riscos e benefícios e, para isso, será necessário colocar luz sobre argumentos difundidos como senso comum.⁵³ Nesse sentido, a análise de proporcionalidade deverá considerar, por exemplo, que não existem evidências concretas acerca da contribuição dos bancos de perfis genéticos para a segurança pública;⁵⁴ que, apesar de mais precisa que muitas outras técnicas forenses, ainda é falível e, muitas vezes, depende da subjetividade do perito;⁵⁵ que a prova de DNA não é inofensiva e não pode ser comparada

⁵² CABEZUDO BAJO, Maria José. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación Española y la Union Europea. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 105.

⁵³ As autoras escreveram outro texto visando suprir essa lacuna de uma análise crítica e interdisciplinar dos argumentos técnicos e extralegais sobre uso forense do DNA: SCHIOCCHET, Taysa; CUNHA, Anita Spies da. **Desmistificando o DNA: análise dos argumentos difundidos na arena jurídica que levaram à aprovação dos bancos de perfis genéticos no Brasil**. [S. l.], 2020.

⁵⁴ Amankwaa e McCartney desenvolveram um abrangente estudo dos diferentes indicadores e métodos de avaliação da efetividade dos bancos de DNA para fins de persecução penal. Ao final, concluíram que “*Yet what evidence exists shows that while DNA databases may offer slightly improved detection or conviction rates, the overall contribution of DNA databases to public security may be negligible*”. AMANKWAA Aaron Opoku; MCCARTNEY Carole. The effectiveness of the UK national DNA database. **Forensic Science International: Synergy**, v. 1, p. 45-55, 2019. DOI: 10.1016/j.fsisyn.2019.03.004.

⁵⁵ Nesse sentido, ver THOMPSON, William C. The Myth of Infallibility. In: KRIMSKY, Sheldon, GRUBER, Jeremy. **Genetic Explanations: Sense and Nonsense**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 227-256. e

com uma impressão digital, eis que pode revelar informações pessoais sensíveis, como informações familiares⁵⁶ ou características físicas.⁵⁷

Quanto a isso, destaca-se que o Pacote Anticrime previa a inclusão de um parágrafo na Lei de Execuções Penais que vedava a realização de testes fenotípicos e buscas familiares, mas o dispositivo foi vetado pela Presidência da República.⁵⁸ A Presidência da República também vetou o dispositivo legal que determinava a imediata destruição das amostras, embora a manutenção das amostras biológicas deixe exposta toda a carga genética do indivíduo e, assim, deixe uma infinidade de informações pessoais sensíveis vulneráveis a abusos no tratamento dos dados.⁵⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito à autodeterminação informativa é requisito para o exercício da cidadania e seu reconhecimento, que no Brasil era apenas doutrinário, atualmente já está positivado com a LGPD. Assim, para a legitimidade do uso de DNA para fins de persecução penal, especialmente do banco de perfis genéticos, é necessária uma compatibilização com o direito fundamental à autodeterminação informativa. Reconhecer a incidência deste direito no âmbito da persecução penal não impede a utilização do DNA,

MURPHY, Erin. The Art in the Science of DNA: A Layperson's Guide to the Subjectivity Inherent in Forensic DNA Typing. *Emory Law Journal*, v. 58, n. 489, p. 101-124, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1753906>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁵⁶ CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. In: SCHIOCCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli (org.). **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 127-154.

⁵⁷ Nesse sentido, destacamos que a proibição legal de “revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas”, constante no art. 5º-A da Lei nº 12.037/09 (Identificação Criminal) refere-se, apenas, às “informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos” (BRASIL, 2009). Assim, seria possível a realização de testes fenotípicos (FDP - forensic DNA phenotyping), desde que o resultado dos testes não seja armazenado no banco, o que não impede que seja utilizado em investigações ou como prova processual. Sobre FDP, ver: SAMUEL, G.; PRAINSACK, B. **Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping**. Visage: set. 2019. Disponível em: http://www.visage-h2020.eu/PDF/Delliverable_5.2_for_online_publication_vo1.pdf.

⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

⁵⁹ A justificativa do veto foi que a manutenção da amostra seria necessária para eventual reteste. Ocorre que o parágrafo vetado fazia referência à amostra genética dos indivíduos condenados e, sendo necessário um reteste, bastaria coletar novo material do indivíduo. Entendemos que a manutenção da amostra biológica para reteste se justifica exclusivamente para as amostras coletadas nas cenas de crime (vestígios). Sobre as implicações jurídicas da retenção de amostras biológicas, ver: SCHIOCCCHET, Taysa; CUNHA, CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. In: SCHIOCCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli (org.). **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 127-154.

eis que ele não é absoluto, mas impõe uma análise de proporcionalidade, bem como medidas assecuratórias para proteger o direito fundamental em questão e assegurar a constitucionalidade da medida.

Tal análise deve, inicialmente, verificar a integridade do núcleo essencial do direito à autodeterminação informativa. Seguindo o parâmetro do Tribunal Constitucional Alemão, anteriormente indicado, o núcleo essencial estará resguardado se a medida se restringir à coleta do perfil genético, sem revelar traços fenotípicos e com o descarte imediato da amostra genética. Ocorre que a legislação brasileira deixa margem para a realização de testes genéticos fenotípicos (FDP) durante uma investigação criminal, por exemplo, e silencia quanto ao descarte das amostras biológicas. Diante de tal fragilidade legislativa, a adoção do posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão no Brasil implicaria na inconstitucionalidade da legislação brasileira, por proteção deficiente ao direito fundamental à autodeterminação informativa. Nessa linha de raciocínio, caberia ao Supremo Tribunal Federal modular a interpretação da legislação de modo a proteger o núcleo essencial do Direito, vedando as práticas que sejam incompatíveis.

Uma vez resguardado o cerne intangível do direito fundamental, restaria analisar se a medida que restringe o direito fundamental é proporcional. Nesse sentido, a medida restritiva deve ser necessária, razoável e estritamente proporcional, sem excessos e sem deficiências. Nesse ponto também devem ser consideradas as salvaguardas e garantias existentes para que não ocorra uma violação não autorizada ao direito fundamental. É nesse momento de análise da proporcionalidade concreta da medida que o jurista precisa ter um cuidado maior para afastar-se das falácias do excepcionalismo e do minimalismo genéticos.

Por um lado, o jurista levará em consideração o interesse público que justifica a o uso de DNA para fins de persecução penal: a segurança pública e a efetividade da persecução penal. A tecnologia dos perfis genéticos realmente pode contribuir positivamente, na medida em que o perfil genético permite confirmar a identidade de suspeitos já investigados e, quando inserido em um banco de dados automatizado, por meio da comparação de perfis genéticos, possibilita apontar novos suspeitos e relacionar vestígios entre si, mas ela não é infalível, estando sujeita a erros de interpretação e a problemas na cadeia de custódia.⁶⁰

Por outro lado, uma análise de proporcionalidade adequada não poderá ignorar que o uso de DNA para fins de persecução penal expõe a identidade genética do indivíduo e, com isso, atinge os direitos de personalidade. Essa proporcionalidade será

⁶⁰ CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS UFPR. Memoriais. ev. 134 - Petição de apresentação de manifestação (14320/2018). Curitiba, 16 mar. 2018. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG**. Tema 905 - Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Em tramitação. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcid=4991018#>. Acesso em: 27 maio 2020.

diferente quando se trata de uma coleta perfil genético para fins de investigação (sem inserção no banco) e uma coleta de perfil genético para inclusão no banco. No âmbito da investigação (identificação criminal), há, por um lado, uma suspeita já existente sobre o indivíduo, e por outro, um interesse público na resolução de um caso concreto, já em andamento. Nesse caso, a necessidade da medida é mais palpável. Além disso, sem a inserção no banco de perfis genéticos, o indivíduo tem um maior controle e proteção sobre suas informações genéticas, o que diminui o grau de violação do direito à autodeterminação informativa.

Diferentemente, na inclusão do perfil genético no banco de dados, há apenas uma expectativa que isso poderá auxiliar na resolução de crimes futuros e poderá reduzir a criminalidade, porque sujeitos com o perfil genético no banco estariam menos sujeitos a cometer novos crimes (ainda que não exista comprovação científica disso). Nesse caso, há apenas uma expectativa de que aquele perfil genético será necessário no futuro. Mesmo em crimes hediondos, em muitos casos, nem mesmo há necessidade de consulta ao Banco de Perfis Genéticos, bastando a comparação do suspeito já identificado com o vestígio.⁶¹

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal determinou que a proporcionalidade da medida deveria ser analisada no caso concreto, com fundamentação expressa baseada no prognóstico negativo do indivíduo e na efetiva possibilidade de esse perfil genético auxiliar investigações futuras de crimes relevantes. Essa determinação foi, posteriormente, incluída no próprio texto legal. Diferentemente, a legislação brasileira não impõe a necessidade de análise de proporcionalidade no caso concreto, o que implica em uma restrição injustificada do direito fundamental à autodeterminação.

Veja-se que a redação da lei brasileira abre margem para a subjetividade do julgador, pois determina que serão submetidos obrigatoriamente à coleta os condenados por crime doloso (i) com violência de natureza grave contra a pessoa e (ii) por crimes hediondos (art. 9º-A da Lei 7.210/84).⁶² Nesse contexto, tendo em vista que a lei não traz um conceito para “violência grave”, caberá ao julgador atribuir sentido ao texto legal, sem haver critérios prévios para se basear. Contudo, a subjetividade brasileira se encerra na qualificação do crime já praticado pelo agente (é hediondo? houve violência grave?), ignorando o prognóstico negativo. A legislação infraconstitucional nem mesmo exige que o julgador determine expressamente a coleta de DNA de condenados em uma decisão devidamente fundamentada.

⁶¹ Em crimes sexuais, por exemplo, em 75,9% dos casos o autor do crime era conhecido. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. (Coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública 2019**. Ano 13, 2019. p. 118. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁶² BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

É importante que os mecanismos concretos de proteção do indivíduo contra abusos no tratamento de seus dados estejam previstos em lei ou, considerando que o tema está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que sejam colocados como requisito de constitucionalidade pelo uso da técnica da interpretação conforme, rechaçando qualquer interpretação que desequilibre a relação entre interesses públicos e privados. Propõe-se, nesse sentido, a análise individualizada no caso concreto, nos termos da jurisprudência alemã acima discutida, que deverá ser mais rígida enquanto forem insuficientes as garantias de proteção de dados.

A necessidade de fundamentação expressa para a obtenção do perfil genético de condenados, ainda que não prevista em lei, decorre do mandamento constitucional de proteção dos direitos fundamentais e de motivação das decisões judiciais. Dessa forma, ao impor a coleta compulsória de DNA, a decisão judicial, para que seja adequadamente fundamentada, dependerá da ponderação das questões propostas nesse texto, e, especialmente, deverá considerar, no caso concreto, o prognóstico negativo do sujeito, ou seja, da efetiva probabilidade de reincidência em crimes graves, cujas investigações possam efetivamente ser auxiliadas pela comparação de perfis genéticos. A ausência dessa análise minuciosa implicará em uma restrição injustificada do direito à autodeterminação informativa e, conseqüentemente, na desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida e na ilicitude da prova.

5. REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

AMANKWAA Aaron Opoku; MCCARTNEY Carole. The effectiveness of the UK national DNA database. **Forensic Science International: Synergy**, v. 1, p. 45-55, 2019. DOI: 10.1016/j.fsisyn.2019.03.004.

ANCEL, Marc. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1980.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP.** Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo ministério da educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, ix e xiii, e art. 220, caput e § 1º). Não recepção do art. 4º, inciso v, do decreto-lei nº 972, de 1969. [...]. Recorrente: Sindicato das empresas de rádio e televisão no estado de São Paulo. Recorrido: União. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG.** Tema 905 - Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Em tramitação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CABEZUDO BAJO, Maria José. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación Española y la Union Europea. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses:** tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 103-140.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS UFPR. Memoriais. ev. 134 - Petição de apresentação de manifestação (14320/2018). Curitiba, 16 mar. 2018. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG.** Tema 905 - Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Em tramitação. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prclD=4991018#>. Acesso em: 27 maio 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECHR). **Case of S. and Marper v. The United Kingdom**: Judgment. Strasburgo, 04 dez. 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 27 maio 2020.

CUNHA, Anita Spies; SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. In: SCHIOCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli (org.). **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 127-154.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 103, 21 - Genetischer Fingerabdruck I**. 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00. Alemanha, 14 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20001214_2bvr174199.html. Acesso em: 27 maio 2020.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 34, 238 – Tonband**. 2 BvR 454/71. Alemanha, 31. Januar 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034238.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 65, 1 – Volkszählung**. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83. Alemanha, 15 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

DEUTSCHLAND. **Strafprozeßordnung** (StPO), de 12 de setembro de 1950. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. April 2020 (BGBl. I S. 840) geändert worden ist. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez., 2011.

EPPING, Volker. **Grundrechte**. 5. ed. Alemanha: Springer, 2012. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-28376-5>. Acesso em: 27 maio 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. (Coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública 2019**. Ano 13, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

FRÖNER, Henrique. As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, p. 85-135, out-dez. 2009. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1264074153.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMBECK, Jutta. **Die erkennungsdienstliche Behandlung und die DNA-Identitätsfeststellung gem. 81g StPO**. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOUZADA, Luiza. Princípios da LGPD e os bancos de perfis genéticos: instrumentalizados a garantia de direitos no processo penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 90-98, nov. 2019.

MACHADO, Helena et al. **Bases de dados genéticos com fins forenses**: Análise comparativa de legislação europeia. Coimbra, 2011. Relatório Técnico do projeto Base de dados de perfis de DNA com propósitos forenses em Portugal: questões atuais de âmbito ético, prático e político. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276069555_Bases_de_dados_geneticos_com_fins_forenses_Analise_comparativa_de_legislacao_europeia. Acesso em: 27 maio 2020.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and criminal law: The dream of prevention, the nightmare of the rule of law. **New Criminal Law Review**, v. 14, n. 1, p. 108-122, 2011. DOI: 10.1525/nclr.2011.14.1.108.

MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. **Caderno Especial LGPD**. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 35-56.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, ano 28, p. 157-180, São Paulo, jul.-ago. 2019.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 781-809, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

MURPHY, Erin. The Art in the Science of DNA: A Layperson's Guide to the Subjectivity Inherent in Forensic DNA Typing. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 489, p. 101-124, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1753906>. Acesso em: 27 maio 2020.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. In: CONPEDI/UFF (Org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 410-438. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=124>. Acesso em: 27 maio 2020.

RUARO, Regina Linden. LIMBERGER, Têmis. Banco de dados de informações genéticas e administração pública como concretizadora da proteção dos dados pessoais e da dignidade humana. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4486/2479>. Acesso em: 27 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHIOCCHET, Taysa (coord.). **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. (Série Pensando o Direito, 43). Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

SCHIOCCHET, Taysa. Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. In: MONIZ, Helena; MACHADO, Helena (orgs). **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controle e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 67-102.

SCHIOCCHET, Taysa; CUNHA, Anita Spies da; LAZZARETTI, Bianca Kaini. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: Implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. **Anais da ReACT - Reunião de Antropologia da Ciência e Tecnologia**, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/react/article/view/1355>. Acesso em: 27 maio 2020.

SCHIOCCHET, Taysa. RICHTER, Vitor. LOUZADA, Luiza. **Nota técnica sobre as alterações na regulação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal previstas no “pacote anticrime”**: Ref. projeto de lei nº 882/2019. Curitiba: Clínica de Direitos Humanos UFPR: 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6579532656906641408/>. Acesso em: 24 maio 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

THOMPSON, William C. The Myth of Infallibility. In: KRIMSKY, Sheldon, GRUBER, Jeremy. **Genetic Explanations: Sense and Nonsense**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 227-256.

WÜSTENEY, Matthias. **Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat**. Frankfurt: Peter Lang, 2003.

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), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.