



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 9 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2022 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 9 | n. 2 | maio/agosto 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

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

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

Publicação eletrônica de acesso aberto

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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342
CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

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

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

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

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

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

Editores Associados

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

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

Editor-Adjunto

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

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Edison Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Josep Ramón Fuentes i Gasó (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha)

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

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

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

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

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

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

Equipe de Redação e Revisão

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

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

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

Sumário

Contents

Editorial

Editorial

DOL: 10.5380/rinc.v9i2.87675

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria265

Beyond Invalidation: Unorthodox Forms of Judicial Review of Constitutional Amendments and Constitution-amending Case Law in Colombia

Além da invalidação: formas não ortodoxas de controle de constitucionalidade de reformas constitucionais e jurisprudência reformadora na Colômbia

DOL: 10.5380/rinc.v9i2.86742

Vicente F. Benítez-Rojas269

Conexidad prospectiva: del estado de cosas inconstitucional a los ecosistemas como sujetos de derecho - aportes desde la experiencia colombiana

Prospective connection: from the unconstitutional state of affairs to ecosystems as subjects of law - contributions from the Colombian experience

DOL: 10.5380/rinc.v9i2.84608

Juan Pablo Sarmiento Erazo, Luis Miguel Llorente, Laura Martínez Hernández301

Does Brazil need a notwithstanding clause?

O Brasil precisa de uma cláusula do não obstante?

DOL: 10.5380/rinc.v9i2.86385

Luiz Henrique Diniz Araújo329

Questioning our faith in the Judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution

Questionando nossa fé no Judiciário: do entrenchamento institucional ao monopólio da constituição

DOL: 10.5380/rinc.v9i2.86725

Rafael Bitencourt Carvalhaes, Fernando Gama de Miranda Netto347

Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos

Judicial challenges in pandemic times: strengthening the dialogue between the Inter-American Commission on Human Rights and the Brazilian Supreme Court for human rights protection

DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86138

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez, Flávia Piovesan371

Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho

Neoconstitutionalism and positivist constitutionalism: an unfinished debate in law

DOI: 10.5380/rinc.v9i2.83614

Ronald Hacin Fuenmayor, Lorayne Finol Romero.....389

Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica

The constitutive programs of public educational policy aimed at basic education

DOI: 10.5380/rinc.v9i2.85795

Carla Luana da Silva, Rogério Gesta Leal.....423

Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro

Democracy and authoritarianism: pitfalls of the Brazilian constitutional process

DOI: 10.5380/rinc.v9i2.84276

Roberta Camineiro Baggio.....451

Instruções para autores

Instructions for authors

..... 477

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v9i2.87675

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>

Neste número 2 do volume 9 da **Revista de Investigações Constitucionais**, damos continuidade às publicações do ano de 2022. Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 9 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Colômbia, Chile, Venezuela e de 4 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste e Nordeste: Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Pernambuco. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 62,5% redigidos em língua estrangeira, 37,5% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 100% 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. 9, n. 2, p. 265-267, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.87675

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

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

- Beyond Invalidation: Unorthodox Forms of Judicial Review of Constitutional Amendments and Constitution-amending Case Law in Colombia

Vicente F. Benítez-Rojas

Professor of Comparative and Constitutional Law at the Law School and Political Sciences of Universidad de La Sabana (Chía, Colombia)

- Conexidad prospectiva: del estado de cosas inconstitucional a los ecosistemas como sujetos de derecho - aportes desde la experiencia colombiana

Juan Pablo Sarmiento Erazo

Profesor de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), vinculado al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la misma universidad.

Luis Miguel Llorente

Miembro del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia)

Laura Martínez Hernández

Miembro del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia)

- Does Brazil need a notwithstanding clause?

Luiz Henrique Diniz Araújo

Professor of Law at the Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brazil)

- Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution

Rafael Bitencourt Carvalhaes

PhD candidate in Law, Institutions and Business-PPGDIN at Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil)

Fernando Gama de Miranda Netto

Associate Professor of Procedural Law at the Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil)

- Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes

Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

Flávia Piovesan

Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

- Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho

Ronald Chacín Fuenmayor

Docente e investigador Universidad del Sinú-Elías Bechara Zainúm (Montería, Colombia)

Lorayne Finol Romero

Académica Investigadora de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile (Santiago, Chile)

- Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica

Carla Luana da Silva

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

Rogério Gesta Leal

Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

- Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro

Roberta Camineiro Baggio

Professora Associada da Graduação e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Porto Alegre-RS, Brasil)

Uma vez mais, desejamos que esta seleção de pesquisas aprofundadas em temáticas palpitantes do Direito Constitucional latino-americano desperte o interesse de nossas leitoras e nossos leitores.



Beyond Invalidation: Unorthodox Forms of Judicial Review of Constitutional Amendments and Constitution-amending Case Law in Colombia

Além da invalidação: formas não ortodoxas de controle de constitucionalidade de reformas constitucionais e jurisprudência reformadora na Colômbia

VICENTE F. BENÍTEZ-ROJAS ^{1,*}

¹Universidad de La Sabana (Chía, Colombia)
vicente.benitez@unisabana.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-1278-4634>

Recebido/Received: 13.07.2022/ July 13th, 2022

Aprovado/Approved: 28.08.2022/ August 28th, 2022

Abstract

Judicial invalidation of constitutional amendments has garnered the attention of scholars in the last few years. Questions like whether and how a court should quash an amendment are at the forefront of contemporary comparative-constitutional-law and constitutional-theory inquiries. This excessive focus on annulment, however, has neglected some other nonconventional forms of judicial involvement regarding amendments. Taking Colombia as a case study, this article shows that the Constitutional Court has also had the power to initiate amendments, define their content, rewrite their text, and promulgate them. As these novel judicial interventions that go beyond invalidation resemble the prerogatives commonly vested on the amendment power, this research terms them 'constitution-amending case law', offers an in-depth exploration of them, and proposes a typology of such a jurisprudence. Lastly, the article ends with a

Resumo

A invalidação judicial de reformas constitucionais tem despertado a atenção de estudiosos nos últimos anos. Questões tais quais, 'se' e 'como' um tribunal deve anular uma reforma, estão na vanguarda das investigações contemporâneas de direito constitucional comparado e teoria constitucional. Esse foco excessivo na anulação, no entanto, negligenciou algumas outras formas não convencionais de envolvimento judicial em relação às reformas. Tomando a Colômbia como estudo de caso, este artigo mostra que o Tribunal Constitucional também teve o poder de iniciar reformas, definir seu conteúdo, reescrever seu texto e promulgá-las. Como essas novas intervenções judiciais que vão além da invalidação se assemelham às prerrogativas comumente conferidas ao poder de reforma, esta pesquisa as denomina "jurisprudência reformadora", oferece uma exploração aprofundada delas e propõe uma tipologia de tal jurisprudência. Por fim, o artigo termina com uma

Como citar esse artigo/How to cite this article: BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F. Beyond Invalidation: Unorthodox Forms of Judicial Review of Constitutional Amendments and Constitution-amending Case Law in Colombia. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 269-300, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86742

* Professor of Comparative and Constitutional Law at the Law School and Political Sciences of Universidad de La Sabana (Chía, Colombia). J.S.D., New York University School of Law. E-mail: vicente.benitez@unisabana.edu.co

cautionary note about the challenges this type of constitution-amending case law faces from the perspective of democracy and democratic backsliding.

advertência sobre os desafios que esse tipo de jurisprudência reformadora enfrenta na perspectiva da democracia e do retrocesso democrático.

Keywords: judicial review; constitutional amendments; unorthodox judicial review; Colombian Constitutional Court; democracy.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; reformas constitucionais; controle de constitucionalidade heterodoxo; Tribunal Constitucional colombiano; democracia.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** The Standard Judicial Role in Amendment Processes: A Fixation on Amendment Invalidity; **3.** Non-traditional Judicial Interventions in Colombia; **4.** Concluding Remarks; **5.** References.

1. INTRODUCTION

An important strand of contemporary comparative constitutional law and constitutional theory has focused its attention on the study of the limitations that can be imposed on the power to amend constitutions, the possibility of an unconstitutional constitutional amendment, and the judicial enforcement of such limitations.¹ One of the main points of interest of this literature has to do with the promises and perils judicial scrutiny might bring about when an amendment is invalidated. While a court like the Colombian Constitutional Court (hereinafter CCC) is almost globally praised for having prevented former president Uribe from running for a third term in office by quashing an amendment granting such a possibility,² some other tribunals such as the

¹ The literature is too vast to mention here. However, the two leading texts on the matter are ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019; and ROZNAL, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019. From a global perspective, see also DIXON, Rosalind and LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 13, n. 3, p. 606-638, Jul./Oct. 2015. An interesting presentation of the limits on the amendment power in Latin America can be seen in ROZNAL, Yaniv. Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong? In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos and BENVINDO, Julian Zaiden (Eds.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. 1. Ed. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 93-116. The case of Colombia is studied by BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 11, n. 2, p. 339-357, Apr./Jul. 2013; CAJAS-SARRIA, Mario. Lessons from the history of courts on the review of constitutional amendments in Colombia. In: TATE, Joshua C.; DE LIMA LOPES, José Reinaldo and BOTERO-BERNAL, Andrés (Eds.). **Global Legal History. A Comparative Law Perspective**. 1. Ed. London: Routledge, 2019, p. 87-105; GARCÍA-JARAMILLO, Santiago and GNECCO ESTRADA, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. **Vniversitas**, Bogotá, vol. 65, p. 59-104, Jul./Dec. 2016; RAMÍREZ-CLEVES, Gonzalo. **Límites de la reforma constitucional en Colombia**: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. 1. Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

² See, for instance, ISSACHAROFF, Samuel. Courts as Guarantors of Democracy. In: LINARES, Alejandro, VALDIVIESO, Camilo and GARCÍA, Santiago (Eds.). **Constitutionalism. Old Dilemmas, New Insights**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2021, p. 131-133. According to Versteeg and her coauthors, the CCC has been the

Honduran, Nicaraguan, and Bolivian courts are criticized for having used the unconstitutional constitutional amendment doctrine in an abusive way to invalidate constitutional prohibitions on presidential re-election and, thus, to entrench the power of illiberal rulers.³

Although all these studies are certainly relevant as they have allowed us to refine our grasp on the role of the judiciary in constitutional amendment processes, their approach is wanting. To be more specific, many of these accounts tend to assume that the only manifestation of judicial review of amendments a judge can develop occurs when a court strikes a formal amendment down.⁴ However, the experience of the CCC shows that judicial involvement with amendments is far from being just a matter of annulment. The CCC not only has voided several amendments, but also, perhaps in an unorthodox fashion, has exercised different forms of –more assertive– constitutional oversight of amendments. In several cases, the CCC has rendered decisions by which it (i) has determined that Congress is obliged to *introduce* an amendment with the content the CCC has previously indicated; (ii) has *established authoritative interpretations* of certain amendments; (iii) has *rewritten* constitutional rules and defined what the text of an amendment should look like; and (iv) has ordered Congress to *promulgate* an amendment bill the legislature had already shelved.

In this context, this article advances a twofold argument. First, it holds that there are neglected and unorthodox paths of judicial review of amendments in Colombia that could illuminate the ongoing global discussion on the role of judges in relation to constitutional amendments and proposes a typology of these nonconventional judicial interventions. Secondly, it contends that this nontraditional judicial involvement strikingly resembles the steps required to pass an amendment in virtually any constitutional democracy and comfortably fits into well-established definitions of what a constitutional amendment is. Therefore, the article will suggest that this type of case law –that will be termed ‘constitution-amending jurisprudence’– implies a problematic replacement of Congress (as the legitimate site of the amending power) by the judicial branch.

To substantiate these two claims, this document is structured as follows. The article begins by showing that, when examining the role of judges vis-à-vis amendments, contemporary comparative-law and constitutional-theory scholarship has

only court in the world since the year 2000 that has successfully prevented a chief executive from overstaying in power. See VERSTEEG, Mila; HORLEY, Timothy; MENG, Anne; GUIM, Mauricio and GUIRGUIS, Marilyn. The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion. *Columbia Law Review*, New York, Vol. 120, n. 1, p. 173–248, Jan. 2020. p. 178–9, 217, 231.

³ See LANDAU, David; ROZNAI, Yaniv and DIXON, Rosalind. Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine Lessons from Latin America. In: BATURO, Alexander and ELGIE, Robert (Eds.). *The Politics of Presidential Term Limits*. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019 p. 53–74.

⁴ See Subsection 2.2. *infra*.

grappled with a conundrum related to how to best protect the constitution from abusive amendments without producing a judicial overreach (subsection 2.1.). However, the way the scholarship has attempted to solve this dilemma has led scholars to be almost exclusively concerned about whether a court can quash an amendment and, if so, how judges should do it (subsection 2.2.). Afterwards, section 3 asserts that, besides these traditional nullification decisions, there can be (from a conceptual perspective) non-conventional forms of judicial intervention in the realm of formal constitutional change, suggests a typology, and discusses how this nonconventional scrutiny challenges extant categories of judicial review and constitutes a new exercise of judicial oversight which will be called ‘constitution-amending’ judicial review (subsection 3.1). Then, the second part of Section 3 illustrates nonconventional instances of judicial supervision of amendments in light of five rulings extracted from the ‘constitution-amending’ case law issued by the CCC. Finally, the article offers some concluding remarks and explores how ‘constitutional-amending’ jurisprudence might deepen the difficulties posed by more traditional expressions of judicial scrutiny of amendments.

2. THE STANDARD JUDICIAL ROLE IN AMENDMENT PROCESSES: A FIXATION ON AMENDMENT INVALIDATION

2.1. Setting the Scene for the Fixation: The Promises and Perils of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine

In the last decade or so, there has been an explosion of studies addressing, from a comparative perspective, the potential limitations applicable to the power to amend the constitution.⁵ While it is true that it is still hard to categorize the imposition of constitutional boundaries on the amending power as a norm of global constitutionalism,⁶ it is undeniable that multiple jurisdictions have adopted the idea of a limited secondary constituent power and, even more, in many of them these limitations have been deemed as justiciable. From India to Colombia and from Turkey to Brazil, to name a few, it is now common to see courts not only assessing the constitutional regularity of amendments, but, even more, striking them down.⁷

An overriding concern of most of the studies attempting to make sense of the place of judges in processes of constitutional change relates to the proper way in which the review of amendments should be carried out so that an amendment is struck down

⁵ See note 1, *supra*.

⁶ ALBERT, Richard; NAKASHIDZE, Malkhaz and OLCAY, Tarik. The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments. *Hastings Law Journal*. San Francisco, vol. 70, n. 3, p. 639-670, Apr./May 2019.

⁷ A complete inventory of these cases can be found in ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019.

only when necessary.⁸ And there is no simple answer to this problem. Excluding altogether any form of review of amendments can be pernicious but, at the same time, some types of review can be extremely problematic. Let me elaborate.

A wholesale exclusion of judicial review of amendments is a dangerous path as this situation can pave the way for abusive amendments. Time and again, scholars have suggested that, unlike old-fashioned autocrats, contemporary rulers aiming at dismantling constitutional checks now use the constitutional tools and pathways to achieve this end. Expressions such as “abusive constitutionalism,”⁹ “autocratic legalism”¹⁰ or “legal gaslighting”¹¹ not only describe this phenomenon but have become common currency in comparative constitutional-law and constitutional-theory parlance. Why do contemporary incumbents seeking to erode constitutionalism rely on legality to attain their aims? The usual answer is that consolidating power at the expense of the constitutional order is less costly if it is conducted by means of legality. Legality provides a façade of adherence to legal rules on the part of the ruler that, allegedly, provokes a softer opposition given that it is either more difficult to detect potential constitutional deviations or, once they are detected, defining whether they indeed depart from the constitution will be something trying due to the built-in indeterminacy of the Law. In contrast, a blatant breach of the law (e.g., unlawfully suspending a constitution via a presidential decree) will be met with more resistance as there will be a focal point around which the opposition can coordinate its actions.¹²

That said, a key tool at the disposal of would-be autocrats is that of constitutional amendments. An amendment is a useful instrument to reshape the constitutional order through legal means. As it is well known, constitutions contain the constitutional restrictions in order to keep public power at bay.¹³ As a consequence, the best way to get rid of these restrictions through legality is, of course, by way of the modification of the legal source that establishes such restrictions. Now, assume that a ruler controls a sizeable share of the seats of parliament enough to modify the constitution (which is

⁸ See note 1, *supra*.

⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, Davis, vol. 47, n. 1, p. 189-260, Nov./Dec. 2013. See also DIXON, Rosalind and LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: Legal globalization and the subversion of liberal democracy. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2021.

¹⁰ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 85, n. 2, p. 545-584, Mar./May 2018.

¹¹ CHEUNG, Alvin. Legal Gaslighting. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 72, n. 1, p. 50-80, Jan. 2022.

¹² See, on this point, LAW, David S. A Theory of Judicial Power and Judicial Review. **Georgetown Law Journal**. Washington D.C., vol. 97, n. 3, p. 723-802, Mar./Apr. 2009.

¹³ See, among many others, SAJÓ, András and UITZ, Renáta. **The Constitution of Freedom**: An Introduction to Legal Constitutionalism. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2017, p. 13; WEINRIB, Jacob. **Dimensions of Dignity**. The Theory and Practice of Modern Constitutional Law. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 141-147; WALUCHOW, Wilfrid. **Constitutionalism**. Stanford: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2022. Available at <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

not a far-fetched assumption).¹⁴ If this ruler knows that there is no judicial review of amendments,¹⁵ this will basically mean that s/he will have *carte blanche* to remake the constitution at his/her discretion. A classic example of this is that of the Constitutional Court of Hungary. In 2011, the Hungarian Parliament (dominated by the government) passed an amendment curbing the Constitutional Court's jurisdiction. The amendment's objective was to elude the review of the Court on certain key areas dear to the government's agenda.¹⁶ In an infamous decision, the Court refused to review the substantive constitutionality of the amendment and, for this reason, it indirectly greenlighted it.¹⁷ After this, and knowing that the Court was not going to be a serious obstacle for the implementation of an illiberal project, the government not only enacted a new constitution, but also promoted another amendment reversing all the case law of the Hungarian Court.¹⁸ Halmai has observed the majority of the Court's judges gave 'up on the ideal of constitutionalism'.¹⁹

At first glance, the solution to this problem could be the institution of a strong system of judicial review of amendments. Yet, a full-blown judicial scrutiny of amendment could also prove to be problematic in some cases for three reasons. To begin with, and on the legal front, a court that nullifies an amendment because it presumably contradicts certain implied unamendable contents (which the court itself discerns/constructs) or relatively broad explicit unamendable limitations (which are interpreted by the very same court), stands on a very shaky legal ground. The parameter with which the court ascertains the constitutionality of the amendment might come to be perceived as something which is identified/constructed by the very court on an ad-hoc basis, and then, applied to the case at hand. This mode of decision-making could impact the legal and sociological forms of legitimacy of the respective court—the image of a judge as an impartial subject who interprets/applies an external legal standard crafted by

¹⁴ This has happened, for instance, in India (where an amendment was passed in just four days under the auspices of Prime Minister Gandhi) and Hungary (where Fidesz revolutionized the constitutional order via amendments). See SATHE, S.P. **Judicial activism in India**. Transgressing borders and enforcing limits. 1. Ed. New Delhi: Oxford University Press, 2011, p. 75 and SCHEPPELE, Kim Lane. *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)*. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Iowa City, vol. 23, n. 1, p. 51-118, Jan./Jun. 2014.

¹⁵ On the anticipatory effect of judicial review of constitutional amendments see ROZNAL, Yaniv. Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy. **William & Mary Bill of Rights Journal**, Williamsburg, vol. 29, n. 2, p. 327-366, Dec. 2020. p. 349-355.

¹⁶ SCHEPPELE, Kim Lane. *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)*. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Iowa City, vol. 23, n. 1, p. 51-118, Jan./Jun. 2014. p. 70.

¹⁷ See HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? **Constellations**, New York, vol. 19, n. 2, p. 182-203, Jun./Sep. 2012. p. 194, 199.

¹⁸ HALMAI, Gábor. **The End of Liberal Constitutionalism in Hungary?** Int'l J. Const. L. Blog., 2013. Available at: <http://www.iconnectblog.com/2013/04/the-end-of-liberal-constitutionalism-in-hungary>

¹⁹ HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? **Constellations**, New York, vol. 19, n. 2, p. 182-203, Jun./Sep. 2012. p. 199.

someone else is diluted and, with this, the distinction between the judiciary and the politically elected branches is blurred.²⁰

Reason number two has to do with democracy. A constitutional amendment is sometimes the last resort societies have at their disposal to modify their constitutions through peaceful channels. One implication of this is that, in general terms, the process to adopt an amendment is usually more burdensome than that required to enact an ordinary statute.²¹ This more onerous process oftentimes requires the consent of legislative supermajorities and/or even the people themselves through mechanisms such as referenda.²² As a result, quashing an amendment could be considered as an undue intrusion of unelected and unaccountable officials in the realm of the people and their representatives. To put it differently, and following Albert, judicial review of amendments amounts to a 'supercountermajoritarian' difficulty.²³ Recall that when Bickel posited his famous 'countermajoritarian' difficulty, he hinted at one possible (but certainly unlikely in the U.S. context) solution: an amendment is the only legal instrument capable of overturning the Supreme Court's interpretation of the Constitution.²⁴ Nevertheless, in those situations where the very same court whose precedents the legislature or the people are trying to override has the power to nullify amendments, the last option for legal change is foreclosed. This is the reason why judicial review of amendments (particularly when done in light of implied unamendable limitations) has been rightly labeled as a form of super-strong judicial review.²⁵ The locus of the last

²⁰ The acceptability of judicial decisions might be enhanced by the fact that the judge seems to be applying 'rules which he himself did not make.' See FULLER, Lon and WINSTON, Kenneth. *The Forms and Limits of Adjudication*. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), vol. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. p. 393. On the question of sociological legitimacy and how courts strive to attain it see FALLON, Richard H. *Legitimacy and the Constitution*. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), vol. 118, n. 6, p. 1787-1853, Apr./May 2005. p. 1827-1833; BASSOK, Or. *The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy*. **German Law Journal**, Cambridge, vol. 21, n. 2, p. 131-162, Feb./Mar. 2020. On how sociological legitimacy is affected by an image of partiality see CALDEIRA, Gregory and GIBSON, James. *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*. **American Journal of Political Science**, Bloomington, vol. 36, n. 3, p. 635-664, Aug./Oct. 1992.

²¹ A constitutional change is thought of as an example of an extraordinary decision made in moments of high constitutional lawmaking. See ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 99, n. 3, p. 453-548, Dec. 1989. p. 461, 464-465, 469-470.

²² On the particular procedural requirements to pass an amendment in contemporary constitutional democracies see ALBERT, Richard. *The Structure of Constitutional Amendment Rules*. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, vol. 49, n. 4, p. 913-976 [Jul./Aug.?] 2014. p. 949-950, 952-955.

²³ See ALBERT, Richard. *Nonconstitutional Amendments*. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cambridge, vol. 22, n. 1, p. 5-48, Jan./Jul. 2009. p. 43. On the 'trumping function' of amendments over judicial interpretations see DIXON, Rosalind. *Constitutional amendment rules: a comparative perspective*. In: GINSBURG, Tom and DIXON, Rosalind (Eds.). **Comparative Constitutional Law**, 1. Ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 98-99.

²⁴ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16, 21.

²⁵ See LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. *Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan*. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 192-195.

word in constitutional interpretation is in the hands of the court. And, of course, this is problematic in a democracy.

The last problem of granting a judge the power to determine the constitutionality of an amendment is the risk of abusive judicial review. For Landau and Dixon, “it is not uncommon for judges to issue decisions that intentionally attack the core of electoral democracy”.²⁶ In several jurisdictions, courts have used the unconstitutional constitutional doctrine to, for instance, nullify presidential term limits thus allowing the continuation of undemocratic chief executives in power as it has occurred in Honduras, Bolivia, and Nicaragua.²⁷ Therefore, as it has been argued, the lack of a clear teleological normative commitment embedded in the unconstitutional constitutional amendment doctrine facilitates its manipulation by judges who can abusively quash amendments or even constitutional rules written in the original constitutional text so as to serve the interests of the executive branch.²⁸

2.2. The Scholars’ Fixation on Amendment Annulment

How to solve this conundrum? How should constitutional regimes protect the core of constitutional democracies and, simultaneously, avoid judicial overreach? These are important and complex questions. Thus, it does not come as a surprise that scholars have strenuously tried to find answers. Keeping the executive’s power in constitutional line is at the core of constitutionalism (especially in Latin American constitutional regimes).²⁹ Even so, it goes without saying that this significant normative end cannot be attained by any available means or, more specifically, through the excessive aggrandizement of the judiciary or through its perversion as some courts in the Latin America bear witness to it.

The quest for a forceful response to these pressing questions is the source of the academic attention to the annulment of amendments as the sole (or dominant, at the very least) form of judicial intervention in amendment processes. In other terms, to provide an answer to the foregoing queries and to solve one of toughest challenges for contemporary comparative constitutional law and constitutional theory alike,

²⁶ LANDAU, David and DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts against Democracy*. **U.C. Davis Law Review**, Davis, vol. 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb./Apr. 2020.

²⁷ LANDAU, David and DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts against Democracy*. **U.C. Davis Law Review**, Davis, vol. 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb./Apr. 2020.

²⁸ LANDAU, David. *Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*. **Law & Ethics of Human Rights**, Berlin, vol. 12, n. 2, p. 225-249, Nov. 2018. p. 247.

²⁹ See, on this point, ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 137-138; NINO, Carlos Santiago, *El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia*. **Propuesta y Control**, Buenos Aires, p. 39-56, 1990, and GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 157-62.

scholars have devoted all their energies to delineating the proper ways to scrutinize amendments so that invalidation of an amendment can only occur when it is strictly necessary. Alas, by doing this, they have neglected some other paths through which judicial power can intervene in processes constitutional amendment.

A short survey of the main exponents of the literature about the unconstitutional constitutional amendment doctrine is helpful to demonstrate the lack of awareness on alternative forms of judicial review. Consider two of the leading books on constitutional amendments and constitutional change: Yaniv Roznai's *Unconstitutional Constitutional Amendments* and Richard Albert's *Constitutional Amendments*. Despite the fact that Roznai and Albert espouse different views on the proper role of the judiciary vis-à-vis a constitutional amendment,³⁰ there is an important point of agreement. For both of these renowned scholars, judicial review of amendments is almost tantamount to judicial invalidation.

Let us start with Roznai who holds a favorable view towards judicial limitation of the amendment power. Part III of his book starts by laying out the reasons that would justify the institution of a system of judicial review of amendments. Vertical separation of powers, the rule and supremacy of the constitution, and political process failure, among others, would be key arguments that militate in favor of a judicial scrutiny of amendments.³¹ But when elaborating on these arguments, there seems to be an equation of judicial review and annulment of amendments. For Roznai, (a) "judicial review" or "[i]nvalidating an amendment", would not compromise –but instead they protect– separation of powers;³² (b) the principle of the rule of the constitution is accomplished "[w]hen courts declare an amendment 'unconstitutional'",³³ and (c) "in a democratic society a court has the inherent authority to annul even constitutional amendments when a failure exists in the work of democratic institutions".³⁴ Once Roznai has justified the intervention of the judiciary understood as amendment nullification on these grounds, he advances his interesting theory of the spectral-like nature of the amendment power and how courts should adjust the standard of review according to the

³⁰ Compare ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 179-196 with ALBERT, Richard. *Constitutional Amendment and Dismemberment*. **Yale Journal of International Law**, New Haven, vol. 43, n. 1, p. 1-84, [Jan./Jun.?] 2018. p. 66-73.

³¹ Cfr. ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 180-186.

³² ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 180-181.

³³ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 182.

³⁴ ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 184.

level of public participation in the amendment process.³⁵ And then he concludes that “[i]nvalidation of constitutional amendments should be a remedy of last resort, or a ‘judgement day weapon’”.³⁶

Something similar can be said of Albert’s compelling book. The first sentence after the section on “Judicial Review of Constitutional Amendments” is this one: “according to the dominant view in the field today, the judicial *invalidation* of constitutional amendments rests on democratic foundations”.³⁷ Afterwards, he moves on to explain the possibilities a court has at its disposal to “become supreme”, namely procedural- and substantive-based modes of review. And all these modes point to the same place: the invalidation of an amendment which, at the end of the day, is a reflection of the judicialization of mega-politics.³⁸ Put differently, in Albert’s account in the extant literature there seems to be a binary (lack of review or judicial invalidation), and this is the reason why he posits his theory of “constitutional dismemberment” in which judges should be cautious before striking an amendment down.³⁹

Equating judicial review and annulment of amendments is also a pervasive assumption both, in some other normative as well as empirical accounts on this matter. As for the former, Dixon’s and Landau’s overarching preoccupation in their influential article on “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment” is to come up with a sensible mode of judicial review that targets and invalidates only those amendments that “clearly pose a substantial threat to core democratic values”.⁴⁰ In the context of Colombia, Jiménez and Arboleda, on their part, advocate for the application of Jiménez’s persuasive “weak procedural constitutionalism” theory to the review of amendments so as to prevent the unilateral judicial invalidation of constitutional changes and the CCC from having the last say on constitutional matters.⁴¹ Likewise, Bernal-Pulido explains that thanks to the substitution

³⁵ ROZNAL, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 224. See also Ch. 6.

³⁶ ROZNAL, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 225.

³⁷ ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 217 (Italicized not in the original text).

³⁸ ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 218.

³⁹ To be fair, Albert’s “constitutional dismemberment theory” proposes a potential new manner of judicial intervention in constitutional amendments (akin to advisory opinions), but there is a heavy weight in his theory placed on avoiding invalidation. See ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, New Haven, vol. 43, n. 1, p. 1-84, [Jan./Jun.?] 2018.

⁴⁰ DIXON, Rosalind and LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 13, n. 3, p. 606-638, Jul./Oct. 2015. p. 628.

⁴¹ See JIMÉNEZ-RAMÍREZ, Milton César and ARBOLEDA-RAMÍREZ, Paulo Bernardo. La sustitución de la constitución en Colombia: alcances y límites. In: JIMÉNEZ-RAMÍREZ, Milton César (Ed.). **El control de**

doctrine the CCC “can declare that an amendment is unconstitutional” and justifies this form of judicial review in the framework of Colombian hyper-presidentialism through conceptual and normative arguments.⁴²

From an empirical perspective, the situation is not very different. Understanding judicial review of amendments as invalidation is the hegemonic view. For a start, several Latin American courts (like Brazil, Colombia, Argentina, Peru) have asserted (and some of them exercised) their power to “completely stop certain formal constitutional changes”.⁴³ Something analogous takes place in India: whereas Koshla notes that the first four landmark cases on constitutional amendments issued by the Supreme Court entertained the question about the possibility of a judicially-declared “unconstitutional constitutional amendment”,⁴⁴ Mate observes that the “Supreme Court of India today wields a degree of power [and has] reaffirmed, that under the Indian Constitution, constitutional amendments may be held *unconstitutional* as violative of the ‘basic structure’ of the Constitution”.⁴⁵ To summarize, the unconstitutional constitutional amendment doctrine and judicial review of amendments have been usually associated to “[c]ourts around the world –from Bangladesh to Belize, India to Peru, Colombia to Taiwan– [that] have either asserted or exercised the power to invalidate a constitutional amendment”.⁴⁶

2.3. Brief Recapitulation and the Paths not Taken

So far, this first section has presented a dilemma spurred by the notion of an unconstitutional constitutional amendment and the judicial justiciability of the limitations

constitucionalidad en episodios: acerca del control constitucional como límite al poder. 1. Ed. Manizales: Sello Editorial Universidad de Caldas, 2020, p. 199-201.

⁴² BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, I-CON, Oxford, vol. 11, n. 2, p. 339-357, Apr./Jul. 2013. p. 340, 350-357.

⁴³ ROZNAI, Yaniv. Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong? In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos and BENVINDO, Juliano Zaiden (Eds.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. 1. Ed. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 108. See also CAJAS-SARRIA, Mario Alberto, Judicial review of constitutional amendments in Colombia: a political and historical perspective, 1955–2016. *The Theory and Practice of Legislation*, London, vol. 5, n. 3, p. 245-275, Dec. 2017. p. 246. (noting that “first, the Supreme Court, and then the Constitutional Court, reviewed constitutional amendments, and several times they declared that these amendments were unconstitutional”).

⁴⁴ KHOSLA, Madhav. Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, Sujit, KHOSLA, Madhav and MEHTA, Pratap Bhanu (Eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 1. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 235, 236.

⁴⁵ MATE, Manoj. Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective. *San Diego International Law Journal*, San Diego, vol. 12, n. 1, p. 175-222, 2011. p. 176.

⁴⁶ ALBERT, Richard; NAKASHIDZE, Malkhaz and OLCAY, Tarik. The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments. *Hastings Law Journal*. San Francisco, vol. 70, n. 3, p. 639-670, Apr./May 2019. p. 640. See also BARAK, Aharon. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*. Cambridge, vol. 44, no. 3, p. 321-341, Jun. 2011. p. 333.

imposed on the amendment power. Namely, it has argued that not having any judicial supervision whatsoever might be counterproductive in times of democratic erosion and abusive constitutionalism operationalized via constitutional amendments. On the other hand, a judicial examination on constitutional amendments might produce equally relevant troubles: courts might lose their legitimacy and/or could use the unconstitutional constitutional amendment doctrine in an abusive fashion.

In addition to this, this section showed how this complicated dilemma has led scholars to be at pains to find a solution that makes judicial review acceptable, that is, to open the door for amendment invalidation only when it is absolutely necessary. The main issue with paying heed this much to judicial invalidation and to when and how courts should quash an amendment is that many scholars have not considered the possibility of alternative forms of judicial review of amendments.⁴⁷

What do I mean by “alternative forms of review”? I am referring to types of judicial analysis that go well beyond the conception of a judge as a mere “negative legislator” or, for that matter, “negative amendment power”.⁴⁸ In other words, manifestations of judicial scrutiny that entail a more positive behavior by judges than simply striking an amendment down. Forms of judicial review that, as Law and Hsieh have aptly concluded, make judicial vigilance of amendments stronger than the super-strong judicial review (commonly linked to amendment invalidation) as they, for instance, allow courts to command the amendment power to initiate amendments or modify the constitution as it has happened in South Africa and Taiwan.⁴⁹ I turn now to develop these ideas and to explain these nonconventional modes of judicial review of amendments taking Colombia as a case study.

3. NON-TRADITIONAL JUDICIAL INTERVENTIONS IN COLOMBIA

3.1. CONSTITUTION-AMENDING CASE LAW

Following Kelsen, in the civil-law tradition constitutional judges are usually conceived of as *negative legislators*. This means that judges scrutinizing the constitutionality

⁴⁷ A notable exception to this trend can be found in LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. *Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan*. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 185-215.

⁴⁸ The notion of constitutional courts as “negative legislators” was coined by KELSEN, Hans. *The Nature and Development of Constitutional Adjudication*. In: VINX, Lars (Ed. and Trans.) **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 45-46 and KELSEN, Hans. *Who Ought to be the Guardian of the Constitution*. In: VINX, Lars (Ed. and Trans.) **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 193-194.

⁴⁹ See LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. *Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan*. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 185-215.

of, say, a statute, just have the power to either declare that the statute in question is compatible with the constitution or strike it down (similar to a legislative repeal).⁵⁰ Now, from a common-law perspective, this sort of review has been categorized, with certain nuances, as a *strong-form of judicial review* by which the court has the final say in constitutional matters. The rules contained in a sub-constitutional rule previously struck down by the court cannot be enacted again as a statute as it will be quashed again. So, unless a constitutional amendment is enacted to overturn the court's interpretation, the court's reading of the constitution trumps the legislature's.⁵¹

However, these conceptions of judicial review change if we move to the field of constitutional amendments. For a start, strong judicial review becomes *super-strong judicial review* if the judge has the power to quash an amendment based on implied limitations or broad explicit limitations to the amendment power.⁵² Consider the CCC's case on the second presidential re-election. The CCC invalidated an amendment seeking to allow the incumbent to run for a third term in office as, pursuant to the Court, it destroyed essential implicit features of the 1991 Constitution.⁵³ As a result, not even a new amendment can reverse this interpretation by the CCC.

But these conventional conceptions on the role of the judiciary vary even more dramatically if we think of judicial review of amendments as an endeavor that does not get exhausted by the mere invalidation of formal constitutional change. To elaborate on this, allow me to make a comparison. Judicial review might stunningly resemble the process to create a constitutional amendment, process that comprises not only the possibility of repealing an amendment, but also positive acts of norm creation. In that vein, a constitutional court vested with powers to review amendments can, theoretically, traverse the whole path an amendment initiative requires to be finally adopted. A court's case law on amendments can hypothetically replicate the stages of the amendment process by (i) commanding the initiation or proposal of certain amendments; (ii) adding and suppressing contents to/of the proposed amendments; (iii) passing the amendments, that is, writing and rewriting their final text; and (iv) commanding the promulgation of amendments.

Assuming for a moment that a court can do that by means of its jurisprudence (we will shortly analyze the case of Colombia where it has, indeed, happened), we could

⁵⁰ See note 48 *supra*.

⁵¹ TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003. One example of strong judicial review can be found in the U.S. Supreme Court's decision on *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). A criticism to the dichotomy between strong and weak forms of judicial review can be found in DIXON, Rosalind. The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review. *International Journal of Constitutional Law, I-CON*, Oxford, vol. 17, n. 3, p. 904-930, Jul./Oct. 2019.

⁵² LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan. In: LAW, David S. (Ed.). *Constitutionalism in Context*, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 193.

⁵³ See COLOMBIA. Decision C-141 of 2010.

confidently say that its case law could be fairly categorized as *constitution-amending case law*. The court, in this scenario, would behave not only as a negative amending power, but as a truly positive amending power with all the prerogatives a power like this does have. But there is more. The court in question would have something more than simply a super-strong judicial review—not only would it have the power to quash amendments on an undisputed basis, but it also would have the power to introduce, modify (by way of content addition and suppression), draft, and promulgate amendments and, with this, entrench more deeply its understanding of the constitution over that of the elected branches.

Add to the previous considerations this: if one closely looks at the canonical definitions of constitutional amendments available in the literature, the similarities between those characterizations and what I have called constitution-amending case law will be apparent. Understanding what a constitutional amendment is can be addressed from various angles. A *formal definition* would say that an amendment is a constitutional modification that has followed the procedure devised for such alterations.⁵⁴ A *textual definition* would identify an amendment as something that explicitly changes the text of the constitution.⁵⁵ Finally, according to a *substantive definition*, an amendment would be a change to the constitution which is consistent with the design, the framework and the fundamental foundations of the constitution, a change that seeks to correct, elaborate on, reform, or restore certain aspects of the constitutional project.⁵⁶

The four nontraditional types of judicial review of amendments mentioned above, perfectly fit these three definitional approaches. When a court can force the legislature to table amendment bills, can by itself define their content, can by itself draft and redraft their words, and can direct the legislature to promulgate them, many of the procedural stages to enact amendments will have been reproduced by the court and the text of the constitution will have changed as a result of a judicial ruling (*formal and textual definitions*). Now, supposing this judicially-made change is coherent with the existing constitutional structure, the *substantive definition* will have been met as well.⁵⁷

All the foregoing reasons (i.e., judicial decisions that look almost identical to the stages of the amendment and sit comfortably with accepted definitions of a constitutional amendment) allow me to conclude that this type of case law can properly be

⁵⁴ See ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom and MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 55.

⁵⁵ ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 77. See also, LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 175, 185.

⁵⁶ ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p.78-82.

⁵⁷ If the change is not consistent, the judicial intervention is even deeper and could count as a constitutional dismemberment.

labelled as *constitution-amending jurisprudence*. Let us explore now some examples of this kind of case law in Colombia.

3.2. Constitution-amending Case law in Colombia

The decisions that come next exemplify the expansion of judicial review of the amendment process beyond the mere possibility of voiding an amendment. It is important to clarify from the outset that the CCC did not deploy all these unorthodox forms of judicial review in a single case. On the contrary, this was done in a multiplicity of cases that give us a good sense of these new types of judicial interventions. The following chart summarizes the cases.

Corresponding Amendment Stage	Decision's Number	Action Resembling the Amendment Stage
Initiation	1.- C-792 of 2014 (right to impugn a criminal conviction)	-Order to Congress to introduce an amendment to guarantee the right to impugn a criminal conviction before a higher judge
Content Discussion	2.- C-574 of 2011 (prohibition personal dose of narcotics) 3.- C-579 of 2013 (prosecution of former FARC combatants)	-‘Prohibition’ cannot include criminal punishments -Inclusion of nine interpretative conditions to ‘save’ the amendment
Drafting	4.- C-285 of 2016 (suppression of the Administrative Chamber of the Superior Council of the Judicature)	-Rewriting the text of article 254 of the Constitution
Promulgation	5.- SU-150 of 2021 (congressional seats for victims of the armed conflict)	-Determining, against Congress, that the amendment at hand had been passed -Directing Congress to submit the amendment for promulgation

3.2.1. Initiation Powers: The Court Tables an Amendment Proposal

One of the key manifestations of the amendment power pertains to the authority to table amendment bills. Proposing an amendment is not something minor—it not only represents a stage that activates the power to amend the constitution and set the

constitutional agenda,⁵⁸ but it also can have political and legal repercussions down the road regardless of whether the amendment initiative is finally enacted⁵⁹ (of course, if the amendment is passed, these repercussions will be more intense).

A court discharging such a function is not common in comparative constitutional law.⁶⁰ What is usual, instead, is to vest this power on certain officials (like congressmembers) or even on a specific share of the citizenry. Despite this, the CCC has challenged this assumption in recent years. In 2014, the Court held in decision C-792/2014 that Congress had an obligation to adjust the legal system so as to enshrine and protect the fundamental right to impugn before a higher judge a judicial decision that, for the first time, holds that a certain individual committed a crime. This fundamental right, in other words, allows a person found guilty in a criminal trial to have his conviction reviewed by a second (higher) judge. According to the CCC, this fundamental right is grounded on several international treaties on human rights, as well as in the case law of the Inter-American Court of Human Rights.⁶¹

Now, how adjusting the legal system in such a way is related to the power to initiate amendments and does it entail an obligation to do so on the part of Congress? The response to this query is this: the original text of the 1991 Constitution established that the criminal trials conducted against certain high-ranking officials (like Cabinet Ministers to mention but one example) would be heard solely by the Supreme Court of Justice, to wit, these are trials with just one instance as they cannot be appealed in order to be reviewed by a higher judge (the Supreme Court does not have a hierarchically superior judge who can review its decisions as it has the final say in criminal law matters in the country).⁶² Phrased differently, the Constitution did not contain the abovementioned right to impugn or appeal a conviction issued against one of some specific public servants before a higher judge or court and this was problematic. The problem the CCC had to face, then, was that the original constitutional design laid out in the Constitution of 1991 regarding the criminal prosecution of these high-ranking public servants (who could not request the revision of their conviction) was in tension with the abovementioned right to impugn or appeal a conviction before a higher judge or court.

⁵⁸ See LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 194, 213.

⁵⁹ How politically momentous an amendment bill is, explains perhaps why many so-called omnibus amendment initiatives have failed in Canada. See ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 165-168.

⁶⁰ Law and Hsieh explore the case of Taiwan and mention the example of South Africa in their recent piece. See LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 185-215.

⁶¹ COLOMBIA. Decision C-792 of 2014.

⁶² See articles 186 and 235.2 of the 1991 Constitution before their amendment in 2018.

The way the CCC found to solve the tension was to order Congress to issue a constitutional regulation (i.e., to introduce an amendment to the Constitution) by means of which high-ranking public servants could have the opportunity to request a new judicial examination of an adverse criminal-law ruling before a higher court. Taking into consideration that there is no higher court than the Supreme Court when it comes to criminal-law matters, the CCC suggested that Congress should modify the structure of the Supreme Court so that a decision holding a high-ranking official criminally liable could be reviewed by someone else different from the one who issued the original conviction.⁶³ The Court also set a deadline for Congress to do so: it said that if Congress did not modify the legal order to accommodate for the right to impugn unfavorable criminal-law judgements in one year, all citizens would have the right to impugn such decisions irrespective of whether Congress had adjusted the Constitution.⁶⁴

Some time after the deadline had lapsed, Congress introduced the amendment bill contemplated by the CCC in its decision. This bill, that would be eventually approved in 2018, created a new chamber within the Supreme Court which acts as the first instance in criminal cases against these high-ranking officials and specified that a different chamber (its Criminal Law Chamber) would serve as a second-instance reviewer.⁶⁵ It is interesting to notice that in the legislative reports that provide an account of the legislative discussions that led to this amendment, all relevant players (the congressmembers and the Minister of Justice who proposed the bill, as well as the legislators involved in the congressional debates) agreed on two fundamental facts. First, among the main reasons that supported and motivated the introduction of the amendment initiative in the legislature, decision C-792/2014 figured prominently as one of the arguments promoters of the amendment had at hand to push it forward in Congress.⁶⁶ Second, many members of Congress and even the Minister of Justice acknowledged, time and again, that there was a clear judicial mandate by the CCC that ought to be complied with and that introducing this proposal was the only way they had to implement the CCC's orders contained in decision C-792/2014.⁶⁷

As it can be seen, one of the driving forces that animated the introduction of these amendment bill was, indeed, the "need to comply with the Court's decision" and to guarantee, to everybody (including high-ranking officials), the fundamental right to

⁶³ COLOMBIA. Decision C-792 of 2014, fn. 141.

⁶⁴ COLOMBIA. Decision C-792 of 2014.

⁶⁵ See Acto Legislativo (constitutional amendment) 01 of 2018.

⁶⁶ See COLOMBIA. Gaceta del Congreso (Legislative Reports) 155 of 2017, p. 4; and COLOMBIA. Gaceta del Congreso 167 of 2017, p. 4.

⁶⁷ See COLOMBIA. Gaceta del Congreso 442 of 2017, p. 4, 9, 12; COLOMBIA. Gaceta del Congreso 565 of 2017, p. 10, 19, 23; COLOMBIA. Gaceta del Congreso 238 of 2017, p. 3; and COLOMBIA. Gaceta del Congreso 867 of 2017, p. 22-23. In the first Gaceta referred here, several of the interveners stated that national legislation (including the Constitution) ought to be harmonized with the CCC's case law.

impugn a conviction.⁶⁸ In some way, the CCC behaved as the agent that put in motion the amendment process in Colombia or, put more simply, as the real initiator of a formal constitutional change to the Constitution of 1991.

3.2.2. *Discussion Stage: The Court Defines the Amendment's Content*

Once an amendment project is introduced to, say, the legislature, the next step is to discuss and vote on the content of the amendment. In an ideal world, members of congress discuss in an open environment the advantages and disadvantages of the proposal in a deliberative framework.⁶⁹ Afterwards, they vote to add, modify, and suppress some contents of the amendment originally proposed. This is valuable in a democracy for it empowers each citizen to decide on major political issues (like an amendment) on equal terms through their representatives who, given the circumstances of politics and the disagreements they have, resort to voting to make a decision.⁷⁰

The CCC has also noticeably intervened in the content of duly passed amendments by way of suppression and addition. Let us start with the former. The case has to do with the prohibition of carrying and consuming a personal dose of narcotics which has been a controversial issue in recent constitutional history in Colombia. In 1986, a statute penalized anyone who carried or consumed any dose of narcotics. Nevertheless, and after the enactment of the current Constitution in 1991, the CCC struck this statute down claiming that it breached the right to free development of personality for it imposed a governmentally-sanctioned model of virtue.⁷¹ As a response, the government promoted an amendment to *prohibit* said behaviors.⁷² This amendment was challenged before the CCC. The petitioner contended that it constituted a substitution or replacement of the Constitution because it affected personal autonomy which is one essential constitutional feature that cannot be replaced by the amendment power. In this context, even though the Court did not invalidate the amendment, it concluded that the word “prohibited” contained in the amendment could not be understood as criminalization but, rather, as a series of administrative measures (pedagogical, therapeutic, and prophylactic) impossible to people carrying and consuming small quantities of drugs.⁷³

It must be noted that it is not far-fetched to posit that the expression “prohibition” could eventually include the criminalization of said conducts. In a democracy,

⁶⁸ COLOMBIA. Gaceta del Congreso 442 of 2017, p. 4.

⁶⁹ See ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 46-47.

⁷⁰ See, in general, WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 1999.

⁷¹ COLOMBIA. Decision C-221 of 1994.

⁷² Acto Legislativo 02 of 2009.

⁷³ COLOMBIA. Decision C-574 of 2011, § 5.5.

there exist disagreements over complicated issues such as this one and, after all, a democratic mechanism like an amendment furnishes the last escape hatch to settle these differences of opinion. However, once the Court the CCC discussed what the content of the amendment should be and after being unable to reach a unanimous verdict, it voted to solve the disagreement.⁷⁴ And the voting outcome was clear: the CCC deeply intervened on the content of the amendment and excluded a reasonable interpretation from it. As of today, carrying or using drugs is not punished through criminal law. As Dixon and Landau have aptly argued, this case reveals one of the perils of the unconstitutional constitutional amendment doctrine: its overuse which, in turn, risks ordinary uses of the amendment power.⁷⁵

We can now focus on an example of content addition. In 2012, and in the framework of the by-then in-progress peace process between the Government of Colombia and the FARC-EP guerrilla group, Congress adopted an amendment that provided that the General Attorney's Office **(a)** shall focus its prosecutorial efforts on the FARC-EP members with the highest degree of liability in the systematic commission of crimes against humanity, war crimes or genocide; and **(b)** can stop the prosecution of all the rest of the demobilized members who committed other types of (less serious) crimes.⁷⁶ A group of citizens filed an *actio popularis* against the amendment and asserted that just focusing on the most serious crimes committed by former FARC-EP commanders amounted to a replacement of essential features of the Constitution. For them, the amendment significantly curtailed the rights of victims to truth, justice, restitution, and non-recurrence guarantees.

After a quite long analysis, the CCC determined that the amendment was not a constitutional replacement.⁷⁷ Nonetheless, the Court also maintained that for the amendment to be totally consistent with the Constitution, its interpretation should incorporate nine additional aspects that, although did not explicitly appear in the amendment's text, the Court made sure to add them throughout its ruling. For instance, the CCC observed, *inter alia*, that **(a)** and **(b)** mentioned above could only be applied if the FARC-EP members surrendered their weapons and if the victims did have a legal action to object the General Attorney's Office decision not to prosecute a given behavior. These two conditions cannot be found in the text of the amendment. Yet, they were indispensable for it to be declared as constitutional. Although it has been argued that this type of substantive addition (via a CCC's judicial decision) to the amendment was

⁷⁴ One judge dissented, while four of them filed concurring opinions.

⁷⁵ See DIXON, Rosalind and LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional Law*, I-CON, Oxford, vol. 13, n. 3, p. 606-638, Jul./Oct. 2015. p. 627.

⁷⁶ Acto Legislativo 01 of 2012.

⁷⁷ COLOMBIA. Decision C-579 of 2013.

necessary to attain peace with a sensible level of justice,⁷⁸ some scholars have recognized that this was a true additive decision that resembles the type of ruling traditionally issued by European constitutional courts (most prominently the Italian Constitutional Court) by which some new content is added to the text of the law under scrutiny.⁷⁹

The CCC, thus, in these cases behaved as something more than a mere negative legislator (or, for that matter, negative amendment power). After discussing the content of the amendment and voting to settle disagreements, it intensely has intervened the content of amendments through judicial interpretations that have suppressed or added substantive elements to their text.

3.2.3. *Drafting Stage: The Court Defines the Amendment's Text*

Once the amendment's content has been discussed and determined by the legislature, the next phase is to agree on its final text. An amendment, ultimately, entails a textual modification of the constitution's words. So, an intrinsic feature of an amendment is its wording in a constitutional provision-like formula. While it is true that there are several models to codify formal amendments,⁸⁰ all of them share a common ground: since they seek to alter the constitution's words, they are composed of, fundamentally, phrases meant to change a provision or set of provisions.⁸¹ As such, amendments are drafted, usually by the legislature, in the specific manner of a constitutional provision.⁸²

In 2016, however, the CCC drafted the final text of a constitutional amendment which is still in force.⁸³ The amendment in question was passed by Congress and, among other things, intended to modify article 254 of the original Constitution. Article

⁷⁸ See BERNAL, Carlos. *Transitional Justice Within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia*. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**. Cambridge, vol. 3, n. 4, p. 1136-1163, [Dec.?] 2014.

⁷⁹ Some have agreed that this judgement adds some substantive contents to the amendment via an additive decision. See ROBLEDO-SILVA, Paula and RAMÍREZ-CLEVES, Gonzalo. *La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional*. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, vol. 18, n. 2, p. 567-620, Jul./Dec. 2014. p. 607 and BENÍTEZ-R., Vicente F. and GONZÁLEZ, Julián. In: STEINER, Christian (Ed.). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015**. 1. Ed. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 437-478. The addition of interpretive content to legal rules under judicial scrutiny is a usual technique frequently employed in Italy and has been called "additive decisions". See CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**. Vol. 2. 1. Ed. Padua: CEDAM, 1984.

⁸⁰ See ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 229-240.

⁸¹ This definition was adopted by the German Basic Law. See art. 79.1. Levinson, on his part, describes an amendment as a "legal invention". See LEVINSON, Sanford. *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change*. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. 1. Ed. Princeton: Princeton University Press, p. 16.

⁸² Of course, the concrete formulation varies according to the political culture of the respective jurisdiction. But, all things considered, they are drafted as if they were, indeed, a constitutional provision.

⁸³ COLOMBIA. Decision C-285 of 2016.

254, in turn, regulated the structure of the Superior Council of the Judicature (*Consejo Superior de la Judicatura*) and disposed that it was to be divided in two chambers: an Administrative Chamber (charged with the task of managing the day-to-day matters of the judiciary and nominating candidates to fill vacancies in the Supreme Court and the Council of State), and a Disciplinary Chamber (with the power to investigate disciplinary misdemeanors committed by lawyers and members of the judicial branch). The original text of article 254 was the following one:

Article 254. *The Superior Council of the Judicature will be divided into two chambers:*

1. *The Administrative Chamber, made up of six (6) judges elected for a period of eight (8) years, [will be elected] as follows: two (2) by the Supreme Court of Justice, one (1) by the Constitutional Court, and three (3) by the Council of State.*
2. *The Jurisdictional Disciplinary Chamber [will be] made up of seven (7) judges elected for a period of eight (8) years by the National Congress from lists originating with the Government. Sectional councils of the judicature may also be established as stipulated by law.⁸⁴*

Article 15 of the amendment thoroughly changed article 254 for it suppressed both of the Council's Chambers. Whereas the Administrative Chamber (deemed as an inefficient body responsible for the impressive judicial backlog) was replaced by a new Judicial Governance Council (composed of members of all levels of the judicial hierarchy and experts on public policies for the judicial sector), the Disciplinary Chamber was to be substituted by a new Committee on Disciplinary Judicial Affairs. One relevant peculiarity of this amendment's text was that although it abolished both Chambers, it only regulated the Judicial Governance Council (the Committee on Disciplinary Judicial Affairs' regulation was moved to a different provision of the amendment).⁸⁵

In this context, the CCC, in decision C-285/2016, held that the introduction of the Judicial Governance Council was a substitution of the Constitution because it breached the essential principle of judicial autonomy. As for the Committee on Disciplinary Judicial Affairs, the Court refrained from issuing any decision on the merits. This means that the Committee on Disciplinary Judicial Affairs remained in place, but the Judicial Governance Council was quashed. One consequence of this ruling, according to the Court, was that the original article 254 (already transcribed) was again back in force. But this generated a dilemma for the CCC. Bringing back to life the whole original provision would have also resuscitated the old Disciplinary Chamber and, thereby, the Constitution would have had two bodies endowed with the very same power to adjudicate on

⁸⁴ Excerpt taken from the English version of the Colombian Constitution of 1991 by Constituent Project, available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf

⁸⁵ Constitution of 1991, art. 257.

judicial disciplinary matters (i.e., the Disciplinary Chamber and Committee on Disciplinary Judicial Affairs). An alternative solution could have been just to restore the Administrative Chamber. However, as the Court says, the provision would not have made any sense from a grammatical standpoint as it would look like this:

Article 254. *The Superior Council of the Judicature will be divided into two chambers:*

1. The Administrative Chamber, made up of six (6) judges elected for a period of eight (8) years, [will be elected] as follows: two (2) by the Supreme Court of Justice, one (1) by the Constitutional Court, and three (3) by the Council of State. (Italicized added for emphasis)

To solve this predicament, and “for the sake of constitutional coherence and harmony”, the CCC decided to rewrite article 254 in light of its judgement. Both in its reasoning and in the disposition section of the ruling, the Court asserted that the new wording of article 254 shall be as follows:

Article 254. *The Superior Council of the Judicature will be composed of six (6) justices elected for an eight-year term as follows: two (2) by the Supreme Court of Justice, one (1) by the Constitutional Court, and three (3) by the Council of State.*⁸⁶

As it can be observed, the Court not only came up with a new textual formula for this constitutional provision (which, by the way, is the textual formula contained in the official versions of the Colombian Constitution), but it also transformed the Superior Council of the Judicature into a body with just one Chamber. With this, I am not claiming that the Court was in the wrong when it drafted the text of this provision after quashing the Judicial Governance Council. My point, in this section, is different: I just want to point out at novel forms of judicial review which are clearly more sophisticated than simply invalidating an amendment.

3.2.4. *Promulgation Stage: The Court Declares the Amendment was Passed by Congress and Publishes it*

One of the exigencies imposed by the Rule of Law is that of transparency/publicity.⁸⁷ The Law applicable to a specific factual scenario must be known in advance to the occurrence of the facts. One device to attain this end is the promulgation or publication of the respective legal rules in order for them to be known by all. A published

⁸⁶ This is the actual phrasing of the provision according to the English version of the Constitution published by the CCC. See Constitution of 1991 written English available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Constitucion%CC%81n%20en%20ingle%CC%81s.pdf>

⁸⁷ Even in its thin conception, publicity is an inherent component of the Rule of Law. See FULLER, Lon. **The Morality of Law**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 51.

piece of legislation offers some guarantees to law-abiding citizens that it has been duly approved by an institution with the competence to do so and that it is in force. In the field of constitutional amendments, it can be argued that the need for this requirement is enhanced. After the administrative bodies of the legislature have certified that a piece of legislation has been duly passed by the required majority, it needs to be published. An amendment modifies the supreme law of the country and, hence, this last step injects an important and final dose of transparency to the process of constitutional change.⁸⁸

The case that illustrates how the CCC materially declared that an amendment had been approved by the required majority and needed to be promulgated transpired amidst the implementation of the Peace Agreement reached between the government and the FARC-EP in 2016. One of the commitments reached by the parties by virtue of the Peace Agreement was that in the congressional elections of 2018 and 2022, Congress' size was going to be expanded. Sixteen new seats in the Chamber of Representatives were going to be created and these new sixteen representatives were supposed to represent the interests of and give voice to the victims of the armed conflict. Just people who lived or had lived in certain geographical areas of the country particularly affected by the war had the right to run for these newly-created seats and vote to elect these representatives.⁸⁹

Both parties knew that this commitment's implementation required a constitutional amendment as it modified the structure of one of the chambers of the legislature whose configuration is governed by the Constitution. To that end, the government promoted and Congress passed an amendment that put in place an expedited amendment procedure (known as 'Fast Track') to be exclusively used to adopt the amendments needed to implement Peace Agreement commitments like this one.⁹⁰ This extraordinary amendment procedure to enact 'peace amendments' indicated that, to pass such constitutional changes, a number equal to the 50% plus one of the members of each of the two chambers of Congress (i.e., absolute majority) had to vote in favor of the amendment bill.⁹¹

Following this abbreviated amendment procedure, the government submitted an amendment initiative to increase the number of members of the House of

⁸⁸ On the importance of transparency and predictability in the amendment process see ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 44.

⁸⁹ See Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace, August 24, 2016. Available at: <https://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf>

⁹⁰ For a good description of the legal proposals brought to the table by the two negotiating parties and some of the peace talks' vicissitudes see DURÁN, Diana and CRUZ, David. El "fast track": ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, vol. 48, p. 3-29, Jan./Apr. 2018. p. 14-18.

⁹¹ Acto Legislativo 01 of 2016.

Representatives and create the new sixteen victims' seats. The proposal smoothly navigated most of the procedural stages. In the House of Representatives, it was passed by a number of votes higher than the absolute majority. In the Senate, it was approved in most of the discussion sessions. However, in the last voting session the body of the Senate in charge of verifying the compliance of the procedural requirements determined that the bill fell short of the required majority. It was argued that since the Senate was composed of 102 senators, the number of votes to adopt the amendment was 52. As the amendment bill just got 50 votes, it was shelved.⁹²

Several victims and a congressman filed a tutela action (akin to a constitutional complaint)⁹³ asking the CCC to protect their rights to due process and equality, as well as the right to restitute the rights of the victims of the armed conflict. This fact is relevant because amendments and any other decisions connected to the amendment process in Colombia are usually reviewed through abstract-type mechanisms of judicial review. For this first time in the constitutional history of Colombia, the CCC accepted to evaluate the constitutionality of the process that led to a failed amendment via a mechanism of concrete review.⁹⁴ In its decision (SU-150/2021), the Court found that the interpretation by the Senate about the number of votes necessary to approve the amendment was mistaken and, for this reason, it violated the fundamental rights of the petitioners. The CCC pointed out that the absolute majority in this case was 50 votes and not 52 as claimed by the Senate's body. For the Court, it was true that the number of members of the Senate was 102. Yet, three Senators had been suspended from their posts and these suspensions had reduced Senate's membership to 99. Then, the Court explained that the absolute majority of 99 members is 50 votes. In the Court's eyes, since 50 Senators did vote for the amendment initiative, it was correctly passed.⁹⁵

The Court reasserted its interpretative supremacy over that of Congress and said that the latter's reading of the Constitution regarding the requirement for absolute majority was flawed. As a consequence, the CCC declared that the amendment had been duly approved. But the CCC not only determined that the amendment had been, indeed, passed. In the remedies of its ruling it went well beyond and (a) commanded Congress to reverse its decision to shelve the amendment proposal; (b) ordered Congress to rewrite the final text of the amendment and include that the new victim's seats would be elected in the congressional elections of 2022 and 2026 given that the CCC's

⁹² See COLOMBIA. Decision SU-150 of 2021.

⁹³ A good explanation of tutela can be found in CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José and LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 11-14.

⁹⁴ An explanation of these mechanisms from a Latin-American standpoint can be seen at NAVIA, Patricio and RÍOS-FIGUEROA, Julio. The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America. **Comparative Political Studies**. Thousand Oaks, vol. 38, n. 2, p. 189-217, Mar./Apr. 2005.

⁹⁵ COLOMBIA. Decision SU-150 of 2021.

judgement was issued after the 2018 legislative elections; (c) directed the Presidents and General Secretaries of the Senate and the House of Representatives to sign the text of the amendment; and (d) ordered these officials to send the amendment to the President of the Republic for its promulgation.⁹⁶

All the concerned authorities adhered to the Court's mandates and the amendment was finally promulgated in August 2021. As of today, it makes part of the Constitution. In the legislative elections held in March 2022 the first batch of victims' representatives was elected to the House of Representatives.⁹⁷ All of this due to the judicially imposed promulgation of the amendment.

4. CONCLUDING REMARKS

Some years ago, it was relatively unusual to talk of an unconstitutional constitutional amendment. How can a duly enacted amendment that allegedly belongs to the constitution be deemed as unconstitutional? Those years are largely gone. The notion of an unconstitutional amendment and the limitation of the amendment power now is part of the mainstream discourse of comparative constitutional law. The explosion of academic pieces devoted to this, as well as the courts across the world that have asserted or exercised the power to invalidate amendments bear witness to this.

Recognizing this significant progress to understand and evaluate a complex phenomenon, this paper has attempted to take a step forward. Its main contribution is the suggestion that courts can do much more than simply evaluate the constitutionality of amendments and, eventually, striking them down. And the CCC supplies a useful instantiation of the extension that judicial review of amendments can take: the Court has initiated, discussed, drafted, and promulgated amendments. In one word, the judicial involvement in processes of formal constitutional change is not exhausted by the mere possibility of amendment invalidation and, on the contrary, it can take a more assertive tone by means of which courts transcend the idea of constitutional judges as negative legislators (or constitutional reformers).

Understanding judicial review of amendments through this prism might not only help us to have a more fine-grained comprehension and a more complete (and realistic) picture of judicial involvement in the amendment process. It also hopes to open the door to new avenues of inquiry, be them explanatory or normative. For example, providing an account of why courts do this, in what types of cases, and under what

⁹⁶ COLOMBIA. Decision SU-150 of 2021.

⁹⁷ ACOSTA, Luis Jaime. Colombian conflict victims will head to Congress after Sunday vote, Reuters, 2022 <https://www.reuters.com/world/americas/colombian-conflict-victims-will-head-congress-after-sunday-vote-2022-03-11/>

political circumstances, could be useful to deepen our knowledge on judicial decision-making and on these forms of constitution-amending case law.

From a normative perspective, constitution-amending case law like the one studied throughout this article might ratchet up classical challenges and give rise to new ones. To begin with, this type of jurisprudence could make judicial review even stronger than the super-strong form of judicial scrutiny involving invalidation of amendments. Apart from having the final say in constitutional matters through nullification of amendments, constitutional courts might also have in their hands the first and intermediate words in the process of amendment-making via the powers to initiate, discuss, draft, and promulgate formal constitutional changes. In the separation of powers game between the legislature/the people and courts, the potential interactions and range of responses has now significantly expanded in favor of courts.⁹⁸ Drawing on Landau's work,⁹⁹ the CCC, at least in some situations, has effectively replaced the legislature and the popular discussion as the sites where the amendment power dwells. On that note, Schapiro has convincingly maintained that these positive forms of judicial review entail a double (super)counter-majoritarian difficulty: the court does not limit itself to inspect the task of the legislature or the people by defining whether the amendment passes constitutional muster. In addition to this, the court substitutes them by initiating, determining the content, drafting and promulgating amendments.¹⁰⁰

Although this can be acceptable in some situations, it, of course, casts doubts about democracy, self-government, and the power of the people to define their constitutional fate. Let us not forget that the labels "weak", "strong", and "super-strong" forms of judicial review primarily refer to in whose hands the final determination of constitutional issues lies. A super-super-strong form of review might foreclose the last institutional option the people and their representatives have at their disposal to modify their constitution by legal means. As Albert has observed, legal continuity in processes of constitutional change is an important value.¹⁰¹

But, aside from this, this institutional replacement the court makes in its favor might be particularly troublesome in cases of captured courts in scenarios of democratic decay. These new powers of review can be irresistible for illiberal rulers planning to

⁹⁸ See, in this regard, the interesting conclusions of LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. *Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan*. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 211-213 (showing how the gamut of options increases as a response to a novel reaction created by the other player).

⁹⁹ See LANDAU, David. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. **Harvard International Law Journal**, Cambridge (MA), vol. 51, n. 2, p. 319-378, [Jul./Dec.?] 2010.

¹⁰⁰ See SCHAPIRO, Robert A. *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 99, n. 1, p. 231-250, Oct./Nov. 1989, p. 245.

¹⁰¹ See ALBERT, Richard. *Constitutional Amendment and Dismemberment*. **Yale Journal of International Law**, New Haven, vol. 43, n. 1, p. 1-84, [Jan./Jun.?] 2018, p. 53-56 and ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019, 44.

deactivate the constitutional safeguards in the road to their agenda's accomplishment. Courts in the service of illiberal ends and dominated by the head executive could abusively use these nonconventional forms of review as formidable weapons to initiate amendments favorable to an abusive agenda, modify their content in unconstitutional ways, rewrite them to please the incumbent ruler, and direct the promulgation of arbitrary amendments already shelved. These normative observations are, certainly, tentative and need to be refined. However, a prerequisite to do good normative assessments is to understand the phenomenon to be evaluated and this article hopes to have made some progress in that direction.

A final and more modest contribution is that this work, in some sense, follows and accepts David Law's invitation to comparative scholars to broaden our horizons of research.¹⁰² Even though this document studies a jurisdiction that has increasingly become more and more popular in comparative constitutional law like Colombia, it tries to show and examine judgements situated beyond the "usual suspects" or landmark cases such as the second re-election case which has become a must when talking about Colombia.¹⁰³ Paying attention to underexplored jurisdictions and judgements can assist us in finding unknown and promising paths like the ones hopefully have just opened in the realm of judicial review of constitutional amendments.

5. REFERENCES

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 99, n. 3, p. 453-548, Dec. 1989.

ACOSTA, Luis Jaime. Colombian conflict victims will head to Congress after Sunday vote, Reuters, 2022 <https://www.reuters.com/world/americas/colombian-conflict-victims-will-head-congress-after-sunday-vote-2022-03-11/>

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019.

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, New Haven, vol. 43, n. 1, p. 1-84, [Jan./Jun.?] 2018.

ALBERT, Richard. Nonconstitutional Amendments. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cambridge, vol. 22, n. 1, p. 5-48, Jan./Jul. 2009.

¹⁰² See LAW, David S. Introduction: Pedagogy and Conceptualization of the Field. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 11-12, 17.

¹⁰³ 0An example of how this can be done can be found in WUNDER HACHEM, Daniel and PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, Jan./Apr. 2021 (analyzing the possibility of dialogue between the judiciary and the legislature in cases involving judicial review of amendments).

ALBERT, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, vol. 49, n. 4, p. 913-976, [Jul./Aug.?] 2014.

ALBERT, Richard; NAKASHIDZE, Malkhaz and OLCAY, Tarik. The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments. **Hastings Law Journal**. San Francisco, vol. 70, n. 3, p. 639-670, Apr./May 2019.

BARAK, Aharon. Unconstitutional Constitutional Amendments. **Israel Law Review**. Cambridge, vol. 44, no. 3, p. 321-341, Jun. 2011.

BASSOK, Or. The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy. **German Law Journal**, Cambridge, vol. 21, n. 2, p. 131-162, Feb./Mar. 2020.

BENÍTEZ-R., Vicente F. and GONZÁLEZ, Julián. In: STEINER, Christian (Ed.). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015**. 1. Ed. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 437-478.

BERNAL, Carlos. Transitional Justice Within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**. Cambridge, vol. 3, n. 4, p. 1136-1163, [Dec.?] 2014.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 11, n. 2, p. 339-357, Apr./Jul. 2013.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

CAJAS-SARRIA, Mario Alberto. Judicial review of constitutional amendments in Colombia: a political and historical perspective, 1955–2016. **The Theory and Practice of Legislation**, London, vol. 5, n. 3, p. 245-275, Dec. 2017.

CAJAS-SARRIA, Mario. Lessons from the history of courts on the review of constitutional amendments in Colombia. In: TATE, Joshua C.; DE LIMA LOPES, José Reinaldo and BOTERO-BERNAL, Andrés (Eds.). **Global Legal History. A Comparative Law Perspective**. 1. Ed. London: Routledge, 2019, p. 87-105.

CALDEIRA, Gregory and GIBSON, James. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**, Bloomington, vol. 36, n. 3, p. 635-664, Aug./Oct. 1992.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José and LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017.

CHEUNG, Alvin. Legal Gaslighting. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 72, n. 1, p. 50-80, Jan. 2022.

COLOMBIA. Decision C-141 of 2010.

COLOMBIA. Decision C-221 of 1994.

COLOMBIA. Decision C-285 of 2016.

COLOMBIA. Decision C-574 of 2011.

COLOMBIA. Decision C-579 of 2013.

COLOMBIA. Decision C-792 of 2014.

COLOMBIA. Decision SU-150 of 2021.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 155 of 2017.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 167 of 2017.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 238 of 2017.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 442 of 2017.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 565 of 2017.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso 867 of 2017.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**. Vol. 2. 1. Ed. Padua: CEDAM, 1984.

DIXON, Rosalind. Constitutional amendment rules: a comparative perspective. In: GINSBURG, Tom and DIXON, Rosalind (Eds.). **Comparative Constitutional Law**, 1. Ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 96-111.

DIXON, Rosalind. The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 17, n. 3, p. 904-930, Jul./Oct. 2019.

DIXON, Rosalind and LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: Legal globalization and the subversion of liberal democracy. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2021.

DIXON, Rosalind and LANDAU, David. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. **International Journal of Constitutional Law, I-CON**, Oxford, vol. 13, n. 3, p. 606-638, Jul./Oct. 2015.

DURÁN, Diana and CRUZ, David. El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? **Revista Derecho del Estado**. Bogotá, vol. 48, p. 3-29, Jan./Apr. 2018.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom and MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), vol. 118, n. 6, p. 1787-1853, Apr./May 2005.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon and WINSTON, Kenneth. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge (MA), vol 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

GARCÍA-JARAMILLO, Santiago and GNECCO ESTRADA, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. **Universitas**, Bogotá, vol. 65, p. 59-104, Jul./Dec. 2016.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2013.

HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? **Constellations**, New York, vol. 19, n. 2, p. 182-203, Jun./Sep. 2012.

HALMAI, Gábor. **The End of Liberal Constitutionalism in Hungary?** Int'l J. Const. L. Blog., 2013. Available at: <http://www.iconnectblog.com/2013/04/the-end-of-liberal-constitutionalism-in-hungary>.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. Courts as Guarantors of Democracy. In: LINARES, Alejandro, VALDIVIESO, Camilo and GARCÍA, Santiago (Eds.). **Constitutionalism. Old Dilemmas, New Insights**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2021, p. 123-135.

JIMÉNEZ-RAMÍREZ, Milton César and ARBOLEDA-RAMÍREZ, Paulo Bernardo. La sustitución de la constitución en Colombia: alcances y límites. In: JIMÉNEZ-RAMÍREZ, Milton César (Ed.). **El control de constitucionalidad en episodios: acerca del control constitucional como límite al poder**. 1. Ed. Manizales: Sello Editorial Universidad de Caldas, 2020, p. 159-206.

KELSEN, Hans. The Nature and Development of Constitutional Adjudication. In: VINX, Lars (Ed. and Trans.) **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 22-78.

KELSEN, Hans. Who Ought to be the Guardian of the Constitution. In: VINX, Lars (Ed. and Trans.) **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 174-221.

KHOSLA, Madhav. Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, Sujit, KHOSLA, Madhav and MEHTA, Pratap Bhanu (Eds.). **The Oxford Handbook of the Indian Constitution**, 1. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 232-250.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, Davis, vol. 47, n. 1, p. 189-260, Nov./Dec. 2013.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal**. Cambridge (MA), vol. 51, n. 2, p. 319-378, [Jul./Dec.?] 2010.

LANDAU, David. Presidential Term Limits in Latin America: A Critical Analysis of the Migration of the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. **Law & Ethics of Human Rights**, Berlin, vol. 12, n. 2, p. 225-249, Nov. 2018.

LANDAU, David and DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts against Democracy. **U.C. Davis Law Review**, Davis, vol. 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb./Apr. 2020.

LANDAU, David; ROZNAL, Yaniv and DIXON, Rosalind. Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine Lessons from Latin America. In: BATURO, Alexander and ELGIE, Robert (Eds.). **The Politics of Presidential Term Limits**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019 p. 53-74.

LAW, David S. A Theory of Judicial Power and Judicial Review. **Georgetown Law Journal**. Washington D.C., vol. 97, n. 3, p. 723-802, Mar./Apr. 2009.

LAW, David S. Introduction: Pedagogy and Conceptualization of the Field. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 3-22.

LAW, David S. and HSIEH, Hsiang-Yang. Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan. In: LAW, David S. (Ed.). **Constitutionalism in Context**, 1. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 185-215.

LEVINSON, Sanford. How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. 1. Ed. Princeton: Princeton University Press, p. 13-36.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MATE, Manoj. Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective. **San Diego International Law Journal**, San Diego, vol. 12, n. 1, p. 175-222, 2011.

NAVIA, Patricio and RÍOS-FIGUEROA, Julio. The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America. **Comparative Political Studies**. Thousand Oaks, vol. 38, n. 2, p. 189-217, Mar./Apr. 2005.

NINO, Carlos Santiago, El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia. **Propuesta y Control**, Buenos Aires, p. 39-56, 1990.

RAMÍREZ-CLEVES, Gonzalo. **Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción**. 1. Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROBLEDO-SILVA, Paula and RAMÍREZ-CLEVES, Gonzalo. La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, vol. 18, n. 2, p. 567-620, Jul./Dec. 2014

ROZNAI, Yaniv. Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong? In: ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos and BENVINDO, Juliano Zaiden (Eds.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. 1. Ed. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 93-116.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2019.

ROZNAI, Yaniv. Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy. **William & Mary Bill of Rights Journal**, Williamsburg, vol. 29, n. 2, p. 327-366, Dec. 2020.

SAJÓ, András and UITZ, Renáta. **The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 2017.

SATHE, S.P. **Judicial activism in India**. Transgressing borders and enforcing limits. 1. Ed. New Delhi: Oxford University Press, 2011.

SCHAPIRO, Robert A. The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction. **The Yale Law Journal**, New Haven, vol. 99, n. 1, p. 231-250, Oct./Nov. 1989.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 85, n. 2, p. 545-584, Mar./May 2018.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary). **Transnational Law and Contemporary Problems**, Iowa City, vol. 23, n. 1, p. 51-118, Jan./Jun. 2014.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, vol. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003.

U.S.A. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

VERSTEEG, Mila; HORLEY, Timothy; MENG, Anne; GUIM, Mauricio and GUIRGUIS, Marilyn. The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion. **Columbia Law Review**, New York, Vol. 120, n. 1, p. 173-248, Jan. 2020.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. 1. Ed. New York: Oxford University Press, 1999.

WALUCHOW, Wilfrid. **Constitutionalism**. Stanford: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2022. Available at <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

WEINRIB, Jacob. **Dimensions of Dignity**. The Theory and Practice of Modern Constitutional Law. 1. Ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

WUNDER HACHEM, Daniel and PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, Jan./Apr. 2021.



Conexidad prospectiva: del estado de cosas inconstitucional a los ecosistemas como sujetos de derecho - aportes desde la experiencia colombiana

Prospective connection: from the unconstitutional state of affairs to ecosystems as subjects of law - contributions from the Colombian experience

JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO ^{I, *}

^I Universidad de La Sabana (Chía, Colombia)
jpsarmiento@uninorte.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-7303-3300>

LUIS MIGUEL LLORENTE ^{II, **}

^{II} Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia)
lmllorente@uninorte.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-3464-3747>

LAURA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ^{III, *}**

^{III} Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia)
lauraam@uninorte.edu.co
<https://orcid.org/0000-0003-3167-2259>

Recebido/Received: 07.02.2022/ February 7th, 2022

Aprovado/Approved: 14.07.2022/ July 14th, 2022

Como citar esse artigo/How to cite this article: SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo; LLORENTE, Luis Miguel; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Laura. Conexidad prospectiva: del estado de cosas inconstitucional a los ecosistemas como sujetos de derecho - aportes desde la experiencia colombiana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 301-328, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.84608

* Profesor de Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de La Sabana (Chía, Colombia), vinculado al Miembro del grupo de investigación Justicia, ámbito público y derechos humanos. Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. E-mail : jpsarmiento@uninorte.edu.co.

** Miembro del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia). Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en derecho público para la gestión administrativa en la Universidad de Los Andes. Email: lmllorente@uninorte.edu.co.

*** Miembro del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia). Abogado de la Universidad del Norte. Email: lauraam@uninorte.edu.co

Resumen

En los últimos años, la protección al medio ambiente en la experiencia colombiana se ha profundizado, transformando la interpretación del derecho al ambiente sano como un derecho colectivo, para construir una narrativa en torno a la personalidad jurídica de la naturaleza y el derecho humano a la pervivencia, como un ejercicio prospectivo que parecerían realizar los tribunales. En este artículo se argumenta que este giro jurisprudencial parecería convertirse en una segunda ola de sentencias estructurales y probablemente, una expansión hacia una nueva generación de derechos, reconocidos a quienes están por nacer, que parecería soportarse en lo que el texto propone como una conexidad prospectiva.

Palabras clave: constitucionalismo biocéntrico; naturaleza como sujeto de derechos; estado de cosas inconstitucional; derecho a la pervivencia; conexidad prospectiva.

Abstract

In recent years, environmental protection in the Colombian experience has deepened, transforming the interpretation of the right to a healthy environment as a collective right, to build a narrative around the legal personality of nature and the human right to survival, as a prospective exercise that the courts seem to carry out. This article argues that this jurisprudential turn would seem to become a second wave of structural judgments and probably an expansion towards a new generation of rights, recognized for those who are yet to be born, which would seem to be supported by what the text proposes as a prospective connection.

Keywords: biocentric constitutionalism; nature as a subject of rights; unconstitutional state of affairs; right to survival; prospective connection.

SUMARIO

I. Introduction; II. El Estado de Cosas Inconstitucional en la Jurisprudencia Colombiana; III. El Ecocentrismo y la Conexidad Prospectiva; 1. Sentencias Estructurales de Segunda Generación en Colombia: el Caso del Río Atrato, La Amazonía Colombiana y el Río Cauca; 2. El Discurso Ecocentrista en la Jurisprudencia Colombiana y el Retorno a la Conexidad con los Derechos Humanos; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo experimental, fallido o de la alteridad, parte de la premisa según la cual, la conciencia jurídica latinoamericana se encuentra subordinada y constituye una versión deformada de la europea¹, que por demás, ha fallado en su promesa de transformación social, dada la ineficacia instrumental de sus contenidos. Efectivamente, una de las ficciones del derecho que también ha sido reforzada, es que el sur global, como centro de recepción, y a la vez, por el derecho fallido, fracasó en su promesa de transformación, emancipación o inclusión². No obstante, el estado de cosas inconstitucional y las sentencias estructurales pueden dar cuenta de este fenómeno, como consecuencia del litigio estructural que se originó en la década de los cincuenta en Estados Unidos, con la sentencia *Brown vs. Board of Education*, que fue seguida, cincuenta años más tarde, por la jurisprudencia colombiana.

¹ ESQUIROL, Jorge L. **Las ficciones del derecho latinoamericano**. Siglo del hombre Editores, 2014.

² ESQUIROL, Jorge L. **Las ficciones del derecho latinoamericano**. Siglo del hombre Editores, 2014.

La Corte Constitucional colombiana ha invocado los “remedios estructurales” desde 1997, en diversos conflictos que supusieron la violación masiva y sistemática de derechos fundamentales. En primer lugar, se presentó con la omisión de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. En segundo lugar, en 1998, por la mora habitual de resolución en las solicitudes de pensionados. En tercer lugar, y quizá uno de los más persistentes, ha sido el relativo al hacinamiento y condiciones de reclusión de la población carcelaria. Ese mismo año, por cuarta ocasión la Corte volvió a emplearla para conminar al superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración a convocar al concurso público de notarios. En igual periodo, al confrontar la situación de inseguridad de los defensores de derechos humanos, declaró el estado de cosas inconstitucional debido a la situación a la violación de la Constitución, los tratados internacionales y las leyes³. Por último, y en un asunto que no ha sido posible superar junto a la cuestión carcelaria, se declaró el estado de cosas inconstitucional como consecuencia del desplazamiento forzado por el conflicto armado interno que sufre Colombia⁴.

En estos asuntos, la Corte Constitucional identificó la violación reiterada, sistemática y masiva de derechos, que proviene de acciones u omisiones de diversas instituciones y que agudiza la profunda crisis económica y la desigualdad social, demostrando la incoherencia entre los principios plasmados en el ordenamiento jurídico y el efectivo cumplimiento de los mismos en los aspectos sociales de las comunidades⁵. Así, la Corte justifica una mayor intervención judicial y amplía los efectos de sus fallos de amparo a derechos fundamentales, al constatar la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, que afecta a un número significativo de personas, como consecuencia de la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos fundamentales, que es indicada por la pluralidad de acciones de tutela con el mismo objeto, garantizar el derecho conculcado, que se ve profundizado por la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos, y cuya social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante⁶.

Sin embargo, quizá desde el 2005, la Corte Constitucional parecería haber dejado de emitir sentencias estructurales, motivada probablemente por la persistencia

³ SARAVIA, Jackeline & RODRÍGUEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, n. 35, 2015. p. 121-134.

⁴ SARAVIA, Jackeline & RODRÍGUEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, n. 35, 2015. p. 121-134.

⁵ SARAVIA, Jackeline & RODRÍGUEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, n. 35, 2015. p. 121-134.

⁶ SARMIENTO Juan Pablo. La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 18, 2020. p. 221-264.

e inacabada revisión del conflicto con la población reclusa en el período del encarcelamiento masivo⁷ y el desplazamiento forzado, que no parecería tener un horizonte cercano para su solución. Sin embargo, el cambio climático y la degradación de varios ecosistemas estratégicos han conducido a que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y varios jueces de instancia, reconocieran a distintos ecosistemas como sujetos de derecho.

En Colombia, la región de la Amazonía, los ríos Cauca, Magdalena, Quindío, Pance, La Plata, Otún, Combeima, Cócora y Coello; el páramo de Pisba, el Complejo de Páramos Las Hermosas, el Parque Nacional Natural los Nevados, la Vía Parque Isla de Salamanca (VPIS), el Valle del Cocora en Quindío y la Laguna de Tota en Boyacá, entre otros, han sido reconocidos como sujetos de derecho. Todos ellos, amenazados por actividades antrópicas intensivas, que, a la vez, podrían poner en riesgo los derechos de los individuos⁸. Dos aspectos son llamativos de estas sentencias: primero, se trata de ecosistemas amenazados por monocultivos, cultivos ilícitos, ganadería intensiva, explotación de minería legal e ilegal y deforestación; segundo, los derechos fundamentales que se están defendiendo son los de las generaciones presentes y futuras, en una suerte de solidaridad intergeneracional⁹.

Aunque experiencia comparadas como Nueva Zelanda –fue el primer país en reconocer derechos a un río (río Whanganui), en el 2017–¹⁰, e India, –nación que hizo lo propio con los ríos Ganges y Yamuna, en el mismo año–¹¹, ya habían reconocido subjetividad a varios ecosistemas, parecería tratarse del mismo problema global, a saber: el derecho a la pervivencia de la especie humana. En efecto, en los asuntos señalados, progresivamente, el discurso ha ido avanzando de la protección el medio ambiente, por su conexidad con los derechos de generaciones presentes y poblaciones que se ven afectadas directamente por la contaminación en estos ecosistemas, a una protección a las generaciones futuras, en una conexión prospectiva, anticipando, sea por el principio de precaución o por los efectos que tendría para la salud y vida de quienes están por nacer, la degradación grave e irreversible que tendrán los ecosistemas, como consecuencia de las actividades antrópicas–lícitas e ilícitas– en los ecosistemas señalados.

⁷ SIMON, Jonathan. **Juicio al encarcelamiento masivo: una destacada decisión judicial y el futuro de las prisiones en los Estados Unidos**. Buenos Aires, Ediciones Didot. 2019

⁸ SARMIENTO Juan Pablo. La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 18, 2020. p. 221-264.

⁹ SARMIENTO Juan Pablo. La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 18, 2020. p. 221-264.

¹⁰ Río Whanganui. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. HSIAO (2012), p. 371. Ver también el Te Urewera Act 2014, por medio del cual el Parlamento Neozelandés también reconoció como sujeto de derecho a un parque natural.

¹¹ *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others* (2017), High Court of Uttarakhand at Nainital.

Aunque la tesis pretendería ser biocéntrica o ecocéntrica, sin embargo, retorna al antropocentrismo. Efectivamente, como señalan Uribe & Uribe (2021), los argumentos que pretenden dar el giro hacia la centralidad de los derechos de la tierra, necesariamente retornan a la vida de los seres humanos. A manera de ejemplo, proponen los autores, el derecho humano a la vivienda, se vincula con el derecho humano a un medio ambiente sano, antes que al derecho de un río o de un monte; incluso, los dos derechos humanos aquí identificados como el derecho a la vivienda y el derecho a un medio ambiente sano, se relacionan *a fortiori*, con el derecho al desarrollo, al cual sirven de precondition y asiento. De esta forma, la importancia para el cuidado de nuestro ambiente tiene una relación irreductible, en primer término, con la necesidad de vivir y, en segundo lugar, con la vida en las mejores condiciones posibles.

Lo expuesto se justifica, inclusive, desde los instrumentos internacionales de derechos humanos. El derecho humano a la pervivencia se ha construido desde la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, en la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el Protocolo de Kyoto de 2005 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes que, en su artículo 3º, reconoce el derecho a habitar el planeta y al medio ambiente. Igualmente, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Convenio Europeo de Derechos Humanos —artículo 8.1— el Protocolo de San Salvador —artículos 7 (e) y 11— y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —artículo 24—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Sin embargo, de estos instrumentos y la misma opinión consultiva, tanto de la Corte IDH como de las Naciones Unidas, y otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, conecta o subsume el derecho al ambiente sano en un derecho humano. En otras palabras, las obligaciones ambientales de los Estados son inescindible de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (ONU, Opinión consultiva OC-23/17).

Es por lo antedicho, que este documento pretende argumentar que las sentencias que reconocen ecosistemas como sujetos de derecho, encarnan una segunda generación de sentencias —y remedios— estructurales, vinculadas a la violación masiva y sistemática de derechos humanos, en una conexidad prospectiva, profundizada por el cambio climático y la degradación exponencial y veloz de ecosistemas estratégicos. Para demostrar este argumento, se realizará una breve aproximación a la figura del Estado de Cosas Inconstitucional y las órdenes complejas, así como los efectos *inter pares* e *intercommunis* que toman las Cortes (I), para luego ilustrar el argumento ecocéntrico y el retorno a la conexidad con los derechos fundamentales de los seres humanos,

cuando se han reconocido algunos ecosistemas como sujetos de derecho (II), tomando como ejemplo el caso colombiano.

II. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Tradicionalmente, los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales han sido diseñados para brindar respuestas a las violaciones individuales de los mismos, sobre todo por medio de la protección jurisdiccional a través de órganos constitucionales sobre la base de derechos consagrados en el propio texto constitucional¹². Bajo este entendido, para el constitucionalismo ortodoxo, la actividad judicial en un sistema de filiación romano-germánico se limita a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que los jueces puedan inmiscuirse en el diseño o puesta en marcha de políticas generales, ya que estas funciones están reservadas a las otras ramas del poder público¹³.

No obstante, la evolución de los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional han llevado a replantear la labor de los jueces de cara a la protección de los derechos y libertades de los individuos. El juez constitucional concreta y determina el alcance y contenido de los derechos fundamentales¹⁴, procurando además su efectividad a través de decisiones que –en ocasiones– ofrecen lineamientos generales para la adopción de políticas públicas por parte del Estado, la expedición de normas y en general, la adopción de medidas que buscan beneficiar, ya no un individuo en particular, sino a un extenso número de personas.

Este fenómeno es conocido como el amparo estructural de los derechos y en él se inscriben las llamadas *sentencias estructurales*. Las decisiones de este tipo se caracterizan por amparar a un amplio número de personas afectadas en sus derechos, por la pluralidad de entidades estatales responsables de esas violaciones y, sobre todo, por la adopción órdenes de ejecución compleja. En Colombia existe todo un desarrollo jurisprudencial acerca de las llamadas sentencias estructurales, liderado por el activismo de la Corte Constitucional que, dentro del trámite de acciones de tutela y en ejercicio de su función de revisión, introdujo la doctrina de la declaración del *estado de cosas inconstitucional*.

De conformidad con la Corte Constitucional, esta figura tiene como objetivo “buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general (...) y cuyas causas sean de naturaleza estructural (...) y, por

¹² NASH, Claudio & NÚÑEZ, Constanza. Sentencias estructurales: momento de evaluación. **Revista de Ciencias Sociales**, volumen monográfico, 2015. Pp. 267-293.

¹³ OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. En BAZÁN Víctor (Ed.) **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer. 2015. p. 91-117.

¹⁴ OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. En BAZÁN Víctor (Ed.) **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer. 2015. p. 91-117.

lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades”¹⁵. En este sentido, la Corte considera que, dado que son tantas las personas se encuentran en la misma situación, lo más indicado es proferir órdenes a las entidades competentes con el fin de poner en acción sus facultades de forma conjunta –lo que demanda su articulación– para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

La adopción de esta figura dio pie en Colombia al litigio estructural y la misma se declara por la Corte cuando se presentan acciones u omisiones por parte de las autoridades públicas que conllevan la vulneración de los derechos de la población y que se tornan repetidas y constantes, lo que provoca que se acuda masivamente al sistema judicial para garantizar el respeto de esos derechos fundamentales¹⁶. Concretamente, la misma Corte estableció los criterios que conllevan a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, a saber:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales (...); (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela (...) se produciría una mayor congestión judicial”¹⁷.

Como se puede apreciar, a través de la declaratoria de esta figura y de las subsecuentes medidas adoptadas por la Corte en cada caso –generalmente con implicaciones económicas–, se pretende buscar una solución estructural a situaciones de hecho caracterizadas por la ausencia de políticas públicas eficientes o la falta de articulación institucional para responder a un cierto estado de cosas contrarias a la Constitución y que terminan lesionando de forma reiterada y generalizada los derechos fundamentales de un amplio número de personas.

Como se anticipó, la Corte Constitucional ha proferido varias decisiones de este tipo. La primera vez que declaró la existencia de un orden de cosas inconstitucional fue en 1997 en la Sentencia SU-559 al conocer el caso de 45 docentes que no habían sido afiliados a un fondo de prestaciones sociales. La Corte encontró que el generalizado

¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-153, 1998.

¹⁶ SARAIVA, Jackeline & RODRÍGUEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, n. 35, 2015. p. 121-134.

¹⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-025, 2004.

incumplimiento obedecía a un estado de cosas que contravienen la Constitución, como problemas de carácter fiscal, inadecuado manejo y distribución de recursos públicos y la concentración inequitativa de educadores en zonas urbanas. Este fue el primer pronunciamiento en el que la Corte se refirió a la doctrina del estado de cosas inconstitucional, por lo que su formulación fue incipiente y poco estricta al impartir las órdenes a la autoridades involucradas, ordenándoles “que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable”¹⁸.

Posteriormente, en la Sentencia T-068 de 1998 la Corte vuelve a declarar un estado de cosas inconstitucional, esta vez por la ineficacia administrativa para resolver peticiones acerca de los derechos de los jubilados por parte de CAJANAL, afectando a un gran número de personas que buscaban obtener prestaciones económicas. La Corte señaló que tal situación constituía un problema estructural, debido a que, durante los años 1995, 1996 y 1997 se presentaron alrededor de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión. En este caso la Corte ordenó comunicar la providencia a los Ministerios de Hacienda y Trabajo, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Caja Nacional de Previsión, entre otras entidades, para que dentro de seis meses corrigieran las fallas de organización y procedimiento que afectaban la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones.

Como no se pretende aquí hacer una exposición exhaustiva de todas las sentencias estructurales proferidas por la Corte Constitucional, mencionadas las dos primeras en las que se declaró el estado de cosas inconstitucional, en lo sucesivo nos referiremos a los tres fallos estructurales más ambiciosos y de mayor impacto: la situación en el sistema penitenciario y carcelario en el país, el desplazamiento forzado y los problemas estructurales del sistema de salud. Si bien en este último caso la Corte se abstuvo de hacer la declaratoria explícita del estado de cosas inconstitucional, se profirió una sentencia de un innegable carácter estructural con órdenes complejas.

En ese orden, en las sentencias T-153 y T-606 de 1998, la Corte Constitucional abordó la grave situación de hacinamiento y abandono que históricamente han padecido las personas privadas de la libertad en las cárceles colombianas, caracterizada por las condiciones inhumanas y degradantes a las que se ven sometidos los internos. En ambas decisiones, el Alto Tribunal realizó un giro tutelar que condujo del amparo ordinario, es decir más allá de los hechos particulares puestos a su conocimiento en cada caso concreto, y abordó el asunto en general de forma estructural. Así, se refirió a las condiciones negativas que afectan a los reclusos en todas las cárceles de Colombia, aun cuando las circunstancias fácticas de los casos que dieron lugar a estas sentencias eran solicitudes de personas privadas de la libertad en dos cárceles del país que sufrían situaciones extremas de hacinamiento y desatención en salud.

¹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. SU-559, 1997

La Corte sostuvo que las condiciones precarias en la que se encuentran los reclusos en las cárceles colombianas “se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos (...)”¹⁹. Por lo anterior, la Corte requirió a distintas ramas y órganos del poder público para que tomaran las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema, como el Congreso de la República, a la Fiscalía General de la Nación, a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a gobernadores y alcaldes, personeros municipales, entre otros.

En ese sentido, la Corte ordenó, entre otras medidas, elaborar un plan de construcción y reparación de establecimientos carcelarios tendente a garantizar condiciones de vida digna para los reclusos, la remodelación de celdas en las cárceles, separar a los internos sindicados de los condenados, medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión y solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones. En la Sentencia T-606 de 1998²⁰ también declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas, pero esta vez frente a la grave y sistemática violación del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. Al respecto, la Corte ordenó al INPEC²¹ iniciar los trámites administrativos, presupuestales y de contratación necesarios para convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que cobijara a la totalidad de los centros de reclusión del país.

Por otro lado, la Corte también ha declarado el estado de cosas inconstitucional producto del desplazamiento forzado por el conflicto armado en Colombia. En el año 2004 la Corte acumuló las acciones de tutela presentadas por 1.150 familias víctimas del desplazamiento forzado y profirió, como ha sido considerada por algunos autores, la sentencia “más ambiciosa en dos décadas de existencia”²²: la Sentencia T-025 de 2004. En esta decisión la Corte declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional, tras estudiar la grave emergencia humanitaria que enfrentaban muchas personas con ocasión del desplazamiento forzado de millones de personas en el país.

¹⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-153, 1998.

²⁰ Posterior a esta sentencia, en el año 2013 se profirió la T-388 en la que la Corte reiteró que en las cárceles existe un estado de cosas inconstitucional. Llama la atención que en este caso la Corte se alejó de la Sentencia T-153 de 1998 y consideró que el estado de cosas contrarias a la Constitución no era igual al declarado en esa sentencia, en tanto que el Gobierno había adoptado las medidas ordenadas. Aquí la Corte fue más allá y a través de 24 órdenes dirigidas a varias entidades estatales, se propuso la formulación de una política criminal que tuviera en cuenta la prevención en las distintas fases de criminalización, participativa y que responda a los principios constitucionales.

²¹ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

²² RODRÍGUEZ, César & RODRÍGUEZ, Diana. **Juicios de exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores y Dejusticia. 2015. p.22

El Alto Tribunal identificó un estado generalizado de violaciones de los derechos humanos en cabeza de la población desplazada, persistente en el tiempo y atribuible a defectos sistémicos del Estado. En concreto, la Corte identificó una serie de problemas en el sistema que hasta entonces se había puesto en marcha para atender a las víctimas del desplazamiento forzado, como insuficientes apropiaciones presupuestales, escasa cobertura de los programas, elaboración e implementación descoordinada de políticas, dispersión de funciones y responsabilidades, ausencia de participación de la población en el diseño de las políticas, etc. Para conjurar las causas que llevaron a ese estado de cosas, la Corte ordenó una serie de medidas estructurales de ejecución compleja, tales como, entre otras, el diseño e implementación de un plan de acción para superar el estado de cosas inconstitucional, un programa de acción encaminado a corregir falencias en la capacidad institucional en lo que respecta a la atención de la población desplazada y encargó a los Ministerios del Interior y de la Justicia promover que gobernadores y alcaldes adopten las decisiones necesarias para asegurar la coherencia entre las obligaciones, constitucionales y legales, de atención a la población desplazada.

A su turno, la Corte también se ha ocupado de los problemas estructurales del sistema de salud. En la Sentencia T-760 de 2008 la Corte acumuló 22 procesos de tutela y, al igual que en las decisiones anteriores, abandonó los efectos *interpartes* de las decisiones de tutela, argumentando que los casos seleccionados para su estudio "(...) más allá de describir situaciones particulares de usuarios del sistema de salud refleja (sic) un problema estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud generado, entre otros, por diversas fallas en la regulación"²³. La Corte identificó fallas relacionadas con la existencia de incertidumbres sobre el alcance de los planes de beneficios, vacíos en la regulación del trámite para que la EPS autorice servicios médicos excluidos del POS, obstáculos en el acceso a servicios contemplados en planes obligatorios de salud ya financiados, falta de vigilancia y control por parte de las autoridades competentes a las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios y falta de información a los pacientes sobre sus derechos y el desempeño de las EPS.

Para superar este problema, la Corte ordenó a varias entidades estatales una serie de medidas dirigidas a superar las fallas de regulación en los planes de beneficios, incluyendo su precisión, actualización y unificación, asegurar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad en Salud, diseñar un plan de contingencia para pagar los recobros atrasado, entre otras. A pesar de que en este caso no fue declarado, el contexto descrito por la Corte en cuanto a las barreras estructurales para el goce efectivo del derecho a la salud y las órdenes impartidas llevan a concluir, sin mayor esfuerzo, que en este caso también se puede hablar de la existencia de un estado de cosas inconstitucional.

²³ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-760, 2008.

Como se pudo observar, desde 1997 la Corte Constitucional ha proferido una serie de sentencias en las que ha identificado un estado de cosas inconstitucional en distintos ámbitos y ante los que ha adoptado remedios estructurales con el fin de superarlos. Este tipo de sentencias tiene como característica común, por un lado, el abandono del efecto *interpartes* para irradiar sus efectos más allá de las personas involucradas en los respectivos procesos, al tratarse de fallas sistémicas del Estado que afectan a un número significativo de personas. Por otro lado, estas sentencias se caracterizan también por la formulación de órdenes complejas, con las que se buscan resolver problemas estructurales que son consecuencia de la inoperancia de distintas instituciones estatales y que requieren de la articulación institucional para conjurarlos, lo que muchas veces incluye el diseño e implementación de políticas públicas, planes complejos, ajustes legislativos e importantes asignaciones presupuestales²⁴.

Estos fallos, que aquí denominaremos sentencias estructurales de “primera generación” se han ocupado, desde la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de problemas que son el resultado de las endeble estructuras del Estado en la gestión de políticas públicas coherentes que respondan de manera eficaz y suficiente a las demandas de ciertos grupos, especialmente de aquellos en situaciones relativas a las condiciones sociales y económicas básicas para llevar una vida digna. En otras palabras, estas sentencias se han centrado en solucionar injusticias socioeconómicas que se evidencian en la carencia de condiciones necesarias que impiden la materialización de los principios de dignidad humana y libertad. La falta de estas condiciones se traduce, en últimas, en formas de exclusión social de grupos que pueden ser de por sí marginados, como la población desplazada o las personas privadas de la libertad, por ejemplo.

No obstante, desde el año 2005, aproximadamente, la Corte Constitucional ha dejado de proferir sentencias estructurales con el alcance de las señaladas y parecería haber abandonado la figura del estado de cosas inconstitucional como herramienta para la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, desde el año 2016 la narrativa de las cortes se orientó, a la solución de las violaciones sistemáticas y masivas de derechos fundamentales de generaciones futuras, que tienen su origen directo en conflictos ambientales. La crisis medioambiental que enfrenta Colombia, reflejada en el cambio climático, el desequilibrio ecológico, extinción masiva de especies y, sobre todo, en la degradación de importantes ecosistemas estratégicos para el país, han llevado a las altas cortes y a varios jueces de instancia a reconocer a la naturaleza como como sujetos de derechos, dando lugar a lo que aquí proponemos como sentencias estructurales de segunda generación.

²⁴ GUTIÉRREZ, Andrés. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis para optar al título de Doctorado. Universidad Autónoma de Madrid, España. 2016.

III. EL ECOCENTRISMO Y LA CONEXIDAD PROSPECTIVA

Por mucho tiempo la naturaleza ha sido entendida como objeto al servicio de la humanidad, reconocida y valorada en función de los beneficios que de ella se obtienen, mas no por poseer un valor propio. En este sentido, la idea de la subjetivación jurídica de la naturaleza y de sus elementos representa una progresión de la relación entre el hombre y su entorno. Esta corriente, que busca incorporarse en el derecho nacional e internacional, trasciende de una visión *antropocéntrica* a una *ecocéntrica*. La postura antropocéntrica concibe a la naturaleza sin derechos propios, los cuales recaen únicamente en cabeza de las personas, de manera que solo los seres humanos, en tanto seres cognoscentes, son los agentes morales legitimados para otorgar esos valores y discutir en el ámbito político la administración del entorno²⁵. En contraste, el ecocentrismo pasa de enfocarse exclusivamente en el ser humano a centrarse en la naturaleza, otorgándole un valor intrínseco.

La perspectiva antropocéntrica viene siendo relevada por la visión ecocéntrica, la cual reconoce un valor intrínseco a la naturaleza, como consecuencia de lo que Martínez (2019) denomina la *vis expansiva* de la evolución de los derechos. Según el autor, el concepto moderno de derechos surgió vinculado a la aparición del Estado moderno y a partir de entonces ha venido expandiéndose y adaptándose a las nuevas realidades, lo que da paso a nuevas construcciones o interpretaciones de las instituciones ya existentes. En la actualidad la *vis expansiva* de la evolución de los derechos ha alcanzado a la naturaleza como titular, por lo que desde el siglo XX los derechos de la naturaleza han ido experimentado de forma lenta pero progresiva un proceso de objetivación en la regulación jurídica en diferentes países²⁶.

Desde fines de la década de 1960 surgieron intentos por reconocer valores propios a la naturaleza, con independencia de su utilidad para el ser humano. Gudynas (2010), siguiendo a O'Neill (1993) identifica al menos tres corrientes involucradas en reconocer valores intrínsecos al medio ambiente: i) como sinónimo de valor no-instrumental en contraposición al valor instrumental, cuyas expresiones más conocidas son los valores de uso y de cambio; ii) como valor que expresa solamente las propiedades y virtudes intrínsecas y que no depende de atributos relacionados con otros objetos o procesos y iii) como valor objetivo, en el sentido de ser independiente de las evaluaciones que realizan otros evaluadores²⁷.

²⁵ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, 2010. p. 45-71.

²⁶ MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. En ESTUPIÑÁN Liliana, STORINI, Claudia, MARTÍNEZ Rubén, & CARVALHO Fernando (Coord.) **La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático**. Bogotá, D.C., Universidad Libre. 2019. p. 31-49.

²⁷ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, 2010. p. 45-71

De acuerdo con Gudynas (2010), de estas tres opciones la primera es la que ha sido más utilizada, sobre todo en oposición al antropocentrismo convencional de corte utilitarista, aunque también se han invocado interpretaciones vinculadas al valor objetivo de las especies y de los ecosistemas. La idea del valor intrínseco plantea que la naturaleza posee atributos que son independientes de los seres humanos y que permanecen aún ante la falta de aquellos. Si hacemos el ejercicio de imaginar un mundo sin la presencia de seres humanos, tanto la flora como la fauna seguirían con su marcha evolutiva y continuarían en sus contextos ecológicos, y esa manifestación de la vida tiene un valor en sí mismo. Esta corriente se denomina *biocentrismo*, pues valora todas las formas de vida, tanto humanas como aquellas que no lo son²⁸.

A partir de lo anterior surge la corriente de la *Deep Ecology*, de la que nace la idea de la naturaleza como sujeto de derechos. Esta corriente considera a la naturaleza y en general al planeta tierra como un ser viviente, como una forma de buscar la convivencia entre la humanidad y la naturaleza²⁹, partiendo de reconocerle a esta última valores inherentes, “independientes de la utilidad del mundo no-humano para los propósitos humanos”³⁰. Reconocer a la naturaleza con un valor intrínseco implica concebirla más allá de los fines instrumentales y económicos propios de la postura antropocéntrica, convirtiéndose así en un sujeto.

Este cambio de paradigma ha alcanzado el éxito para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en distintos países del mundo y a través de una variedad de escenarios como el legislativo, constitucional y judicial³¹. Los países que han acogido esta tesis lo han hecho mayoritariamente desde el campo legislativo, como es el caso de Estados Unidos³². En el escenario constitucional es ilustrativo el caso de algunas constituciones latinoamericanas, como las de Ecuador (2008)³³ y Bolivia (2009) que incorporaron novedosos conceptos como “el vivir bien” (o buen vivir) y la Madre Tierra (o

²⁸ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, 2010. p. 45-71

²⁹ MACÍAS, Luís. ¿Qué significa que la Amazonía sea un sujeto de derecho? *Revista Colombiana Amazónica*, n. 11, 2018. p. 103-121.

³⁰ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, 2010. p. 50.

³¹ BOTINA, Álvaro. **Un recorrido a la naturaleza como sujeto de derechos**. Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente - Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/un-recorrido-a-la-naturaleza-como-sujeto-de-derechos/>. 2020.

³² Véase, por ejemplo, la Ordinance 2006 del Distrito de Tamaqua (Pensilvania) que reconoce a los ecosistemas como personas, la Ordinance 2006 de la ciudad de Barnstead (New Hampshire) y la Marcellus Shale Natural Gas Drilling Ordinance de 2010 (Pittsburgh) que reconocieron derechos inalienables y fundamentales a la naturaleza.

³³ El artículo 71 de la Constitución de Ecuador establece que la naturaleza o “pacha mama” tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Pachamama) asociados a nuevas visiones de desarrollo que expresan una crítica profunda a las nociones tradicionales de progreso y bienestar en relación con la naturaleza³⁴.

A diferencia de otros países, la recepción de esta corriente en Colombia se ha venido integrando por medio de la vía judicial con ocasión de la judicialización de los conflictos ambientales. Desde el año 2016 se han proferido una pluralidad de sentencias que le han otorgado el reconocimiento de sujetos de derechos a distintos elementos de la naturaleza y que se fundamentan sobre todo en la visión ecocéntrica de la *Deep Ecology* y, aunque los jueces no lo manifiesten explícitamente, el reconocimiento de ecosistemas como sujetos de derechos en Colombia responde también a la falta de eficacia instrumental del ordenamiento jurídico ambiental. De ahí que con esta figura se busca la protección de ecosistemas estratégicos que se encuentran seriamente afectados, lo que a su vez compromete por conexidad los derechos de las generaciones presentes, discurso que ha sido extendido también a las generaciones futuras, en una especie de conexidad prospectiva.

1. Sentencias estructurales de segunda generación en Colombia: el caso del río Atrato, la Amazonía colombiana y el río Cauca

Desde hace algunos de años, las Cortes colombianas han venido ejerciendo un activismo judicial ambiental que se ha reflejado en la adopción de sentencias de gran relevancia en materia de protección a la naturaleza. En este tipo de decisiones, la jurisprudencia se ha ocupado de la degradación y afectación del medio ambiente, provocada por las acciones u omisiones de entidades públicas, como la falta de coordinación y diligencia para prevenir o mitigar los daños ambientales. Ello involucra problemas ambientales de gran escala, como la contaminación de importantes ríos, la degradación de humedales, el cambio climático e incluso de la deforestación de una de las selvas tropicales más grandes del mundo, que afectan o amenazan con afectar a un número significativo de personas y que, por la gravedad que suponen, requieren de soluciones estructurales y complejas.

Llama la atención que, si bien a través de estas sentencias se buscaba la protección de derechos fundamentales, las Cortes han intentado adoptar una visión ecocéntrica, lo que supone una mayor protección a la naturaleza en la medida en que el medio ambiente se toma como un bien a proteger por sí mismo. Ello quiere decir que la naturaleza no se concibe ya como pertenencia del hombre o que su protección se justifique solo en la medida en que es el presupuesto de la supervivencia humana, sino que, por el contrario, es el hombre quien pertenece a la naturaleza, como cualquier otra especie.

³⁴ BARIÉ, Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza, *Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59. 2014. p. 9-40.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a la visión ecocéntrica de la naturaleza, aunque sin hacer alusión al término en algunas de ellas, como se puede constatar en las sentencias C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-449 de 2015 y T-080 de 2015 donde reconoce la necesidad de proteger la naturaleza en sí misma y concebirla como un sujeto de derechos propios, nunca se había hecho una declaración formal en tal sentido. En el año 2016, mediante la Sentencia T-622, la Corte Constitucional declaró por primera vez a un ecosistema como sujeto de derechos en Colombia, convirtiéndose hasta entonces en el tercer río en recibir ese status en el mundo, después del Ganges en la India y el Whanganui en la región de Manawatu-Wanganui, al norte de Nueva Zelanda. En este fallo histórico la Corte reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas³⁵.

En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional, en sede de revisión, conoció de una acción de tutela con la que se perseguía el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas asentadas en las riberas del Atrato, afectadas por la contaminación –principalmente de mercurio y cianuro– y degradación del río y su entorno como consecuencia del uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales. Al respecto, la Corte sostuvo que a la situación histórica de pobreza, marginación, aislamiento institucional y de acumulación de un gran número de necesidades básicas insatisfechas, en una región que ha sido afectada por la violencia, el desplazamiento y el conflicto armado interno, se suma el aumento exponencial de la minería ilegal. Ello ha derivado, según la Corte, en una crisis humanitaria y social sin precedentes en el departamento del Chocó que demanda la acción conjunta y articulada de varias instituciones del Estado.

La Corte encontró que las actividades de minería en el Atrato han ocasionan “alteraciones como taponamientos y desvíos de cursos de agua, desecación de ciénagas, pérdidas en la conectividad de los ecosistemas acuáticos con graves efectos para la biodiversidad, pérdida de cobertura vegetal y la contaminación del agua”³⁶. Esto a su vez impacta en el derecho a la salud, ya que varios estudios citados por la Corte sugieren que el uso del mercurio y metales pesados en las actividades de explotación minera ilegal afectan a las comunidades en las zonas aledañas al río Atrato y sus afluentes, al quedar depositados en el agua y ser acumulado por peces y plantas que son consumidas por los humanos. Las afectaciones incluyen enfermedades vaginales, cutáneas, malformaciones en niños, infecciones, afectaciones neurológicas, entre otras. El deterioro ambiental también incide en el derecho a la seguridad alimentaria, ya que la contaminación generada por la minería y la explotación forestal han afectado las prácticas ancestrales y los modos

³⁵ SARMIENTO Juan Pablo. Los ecosistemas como sujetos de derecho, entre la conexidad y las sentencias estructurales. **Revista de Derecho**, n. 54, 2021. p. vi-ix.

³⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

de vida tradicionales, lo que ha llevado a la desaparición de cultivos en los territorios de la cuenca del Atrato, la desaparición de especies endémicas de peces y en general la disminución de la pesca en territorios que dependen de esa actividad.

Visto este escenario, el Alto Tribunal sostuvo que el asunto a resolver se trataba de un problema profundo y estructural, que ameritaba la adopción de medidas complejas y de la articulación institucional. De hecho, según la Corte, “el caso de las comunidades étnicas del Chocó (...) representa uno de los desafíos más grandes para el juez constitucional frente a lo que ha sido la adopción o no de medidas estructurales por parte del Estado colombiano en la construcción de un genuino Estado Social de Derecho”³⁷. Lo anterior encuentra sustenta en el hecho de que “la actividad minera ilegal es sumamente compleja en la medida en que conjuga varios factores a un mismo tiempo: pobreza, falta de oportunidades, desigualdad, prostitución, ilegalidad, violencia, actores armados, posconflicto, por nombrar solo algunos”³⁸.

Ante la complejidad del asunto, la Corte aseguró que se requiere la construcción de una gobernanza sostenible y el fortalecimiento de las instituciones del Estado, especialmente a nivel municipal y departamental, de modo que puedan responder de forma efectiva y responsable a los desafíos que la industria minera representa, máxime con el creciente fenómeno de la minería ilegal. Así, para remediar la grave crisis ambiental y humanitaria, la Corte emitió una serie de órdenes dirigidas a que se adopten decisiones efectivas y concretas que permitan superar de forma progresiva y permanente la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional en el Chocó. En la parte resolutive del fallo, la Corte reconoció al río Atrato, su “cuenca y afluentes como un sujeto de derechos, a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”³⁹. Dentro de las medidas adoptadas se ordenó a varias entidades del sector central y territorial, entre otras, el diseño de varios planes conjuntos para descontaminar las fuentes hídricas del Chocó y evitar otros daños, neutralizar y erradicar actividades de minería ilegal en la zona, así como también recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación.

El segundo ecosistema en ser declarado como sujeto de derechos en Colombia, esta vez en una sentencia más ambiciosa en términos geográficos, fue la región de la Amazonía colombiana. En esta ocasión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia conoció en segunda instancia de una acción de tutela incoada por un grupo de 25 niños, niñas y adolescentes, apoyados por el centro de estudios jurídicos y sociales Dejusticia, en contra de 27 entidades del Estado. Los accionantes alegaban la amenaza de sus derechos fundamentales como generación futura a la vida digna, a la salud, a la

³⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

³⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

³⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

alimentación y al agua como consecuencia de la vulneración al derecho a gozar de un ambiente sano ante el incremento de la deforestación en la Amazonía, lo que reflejaba la omisión y el incumplimiento del deber de protección de esa zona por parte de las autoridades accionadas.

Los hechos que motivaron la acción de tutela se fundamentaban en que, según el Boletín de Alertas Tempranas de Deforestación (AT-D) del 2017 del IDEAM, la Amazonía es la región con mayor ATD del país, con un 66,2% del total. Los accionantes relataron que en 2016 el país perdió 178.597 hectáreas de bosque, aumentando la deforestación en un 44% respecto del año anterior, siendo la Amazonía la más afectada. Como causa de este fenómeno denunciaron los cultivos de uso ilícito, el acaparamiento de tierras, la extracción de minerales, los cultivos agroindustriales y la extracción de madera ilegal, a lo que el Estado no ha prestado mayor atención. Lo anterior, alegaron los accionantes, tiene serias consecuencias para los lugares donde viven, alterando sus condiciones de vida y arrebatándoles la posibilidad de gozar de un ambiente sano.

La Corte Suprema, con base en los informes aportados por los accionantes, pudo constatar la existencia de un serio problema de deforestación en la Amazonía colombiana, lo que a su vez provoca a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminentemente grave para los accionantes y en general para a todos los habitantes del territorio nacional, tanto para las generaciones presentes como futuras, comoquiera que la deforestación “desboca incontroladamente la emisión de dióxido de carbono (CO₂) hacia la atmósfera, produciendo el efecto invernadero, el cual transforma y fragmenta ecosistemas, alterando el recurso hídrico y con ello, el abastecimiento de agua de los centros poblados y degradación del suelo”⁴⁰, afectando además distintas especies de flora y fauna.

Ante este panorama, la Corte Suprema encontró que el Estado no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía. A este respecto, se refirió a la falta de esfuerzos en materia de monitoreo y control de las corporaciones autónomas con jurisdicción en ese territorio para reducir la deforestación, la omisiones de evitar la reducción de la masa forestal en áreas protegidas por parte de Parques Nacionales Naturales de Colombia y el incumplimiento de las funciones que la ley impone a los departamentos y municipios con jurisdicción en territorios amazónicos, sobre todo para aquellos que tienen alteras tempranas de deforestación, como La Macarena, Valle del Guamuez, Puerto Asís, San Vicente del Caguán, Vistahermosa, San José del Guaviare, entre otros.

Con el propósito de proteger este ecosistema tan vital y de garantizar los derechos fundamentales de los accionantes y de las generaciones futuras, la Corte Suprema decidió, siguiendo la misma línea de la Sentencia T-622 de 2016 de la Corte

⁴⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, 2018.

Constitucional, reconocer a la Amazonía colombiana como una entidad *sujeto de derechos*, “titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran”⁴¹. En consecuencia, ordenó a varias entidades, entre ellas a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y de Agricultura, *inter alia*, la formulación, de un plan de acción de corto, mediano y largo plazo, que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía y la construcción de un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano –PIVAC donde se adopten medidas dirigidas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de GEI.

El camino abonado por la Corte Constitucional en relación con la subjetivación jurídica de la naturaleza y de sus elementos sirvió de precedente no solo para la Corte Suprema de Justicia, como vimos en el caso anterior, sino también para distintos Tribunales Judiciales de inferior jerarquía. Este es el caso del Tribunal Superior de Medellín, que en la Sentencia T-038 de 2019, reconoció al río Cauca, el segundo más importante del país, como un sujeto de derechos. La decisión fue tomada con ocasión de una acción de tutela conocida por el Tribunal en segunda instancia, a través de la cual se perseguía el amparo de los derechos fundamentales a la salud, al agua, al medio ambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en la zona de influencia del río Cauca y de las generaciones futuras.

La demanda se basó en los hechos ocurridos el 6 de febrero de 2019, cuando la empresa EPM, líder del proyecto hidroeléctrico “Hidroituango”, ubicado sobre el cauce del río Cauca, tomó la determinación de cerrar la compuerta 1 de la casa de máquinas de la represa. Este hecho generó una disminución dramática del caudal del río Cauca, afectándose considerablemente todo el ecosistema de fauna y flora que depende directamente de él. Si bien en 2018 se habían denunciado implicaciones ambientales y sociales en la zona de influencia del proyecto, los hechos del 6 de febrero de 2019 generaron graves impactos en el caudal del río y subsecuentes afectaciones para las poblaciones ribereñas, dedicadas principalmente a actividades de pesca, transporte y turismo.

El Tribunal encontró ampliamente probadas las afectaciones al recurso íctico y pesquero, y aseguró la existencia de una crisis sin precedentes que afectó al ecosistema del río Cauca en general, llevando su caudal a un mínimo histórico. En este contexto, el Tribunal reconoció al río Cauca, sus cuencas y afluentes como un sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo de EPM y del Estado; así mismo, reconoció a las generaciones futuras como sujetos de derecho de especial protección. A renglón seguido, el Tribunal ordenó al Gobierno Nacional ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río y con el propósito de asegurar su protección y recuperación ordenó la creación de una comisión de guardianes del río, integrado además por otras entidades del orden territorial, cuyo seguimiento está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

⁴¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, 2018.

En los casos mencionados se observa que las constantes omisiones de distintas entidades públicas frente a su deber de protección, conservación y restauración del medio ambiente han generado no sólo serias afectaciones para los ecosistemas en cada caso, sino, además, y como consecuencia de lo anterior, una violación sistemática y generalizada de derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso del río Atrato, la contaminación por mercurio y otros químicos afectan a las comunidades étnicas del Chocó en sus derechos a la subsistencia, integridad étnica, propiedad colectiva, seguridad alimentaria, a la vida y a la salud. En igual sentido, el aumento de la deforestación en la Amazonía y el consecuente aumento de la emisión de gases efecto invernadero, principal causa del cambio climático en Colombia, han provocado un aumento de la temperatura en el país y el incremento de precipitaciones en algunos departamentos, lo que pone en riesgo los derechos a la vida digna, salud, alimentación y agua de los colombianos, principalmente de quienes habitan los territorios que se encuentran en mayor alerta. En el caso del río Cauca, producto de la disminución del recurso hídrico ante el suceso ocurrido en 2019 en el marco de las operaciones de la hidroeléctrica Hidroituango, las comunidades asentadas en la ribera del río se vieron seriamente afectadas en sus derechos a la vida digna, a la alimentación, al trabajo y a la subsistencia.

Como vemos, en los tres casos existe una violación masiva de derechos fundamentales que afecta a un amplio número de personas, de ahí que, si cada uno de ellos decidiera acudir individualmente ante el juez constitucional para hacer valer sus derechos, se produciría todo un caos judicial ante el gran número de acciones. Es en escenarios como estos donde el litigio estructural cobra especial importancia, toda vez que permite corregir esas deficiencias de la administración con remedios encaminados a producir efectos que cobijen a toda la comunidad en general.

En ese sentido, en Colombia se puede hablar recientemente de una segunda generación de sentencias que buscan el amparo estructural de los derechos fundamentales, cuya violación o amenaza se derivan de la degradación ambiental de distintos ecosistemas y de las consecuencias perversas que ello supone, tanto para las personas como para el medio ambiente en sí mismo. Estos fallos, caracterizados por la subjetivación de la naturaleza y de sus elementos, son auténticas sentencias estructurales. En primer lugar, ofrecen soluciones con vocación colectiva a los problemas que buscaban resolver. En efecto, en las sentencias de los ríos Atrato y Cauca, la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Medellín otorgaron efectos *inter comunis* a sus decisiones para quienes se encontraran en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes. En el caso de la Amazonía, la Corte Suprema no le otorgó este efecto a su decisión, pero es innegable que las órdenes establecidas en el fallo desempeñan una función global con un impacto que trasciende más allá de los 25 accionantes.

En segundo lugar, un elemento común en las tres sentencias referidas es que las causas que dieron lugar a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales

tuvieron su origen en afectaciones al medio ambiente en las que tienen responsabilidad distintas entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, al omitir sus deberes de protección, conservación, prevención y restauración. En los casos de la Amazonía y el río Atrato se accionaron alrededor de 26 entidades estatales, tanto del orden nacional como territorial, incluyendo a la Presidencia de la República, distintos ramos ministeriales, departamentos, municipios, Corporaciones Autónomas Regionales, entes de control, entre otros. Por su parte, en el caso de la disminución del caudal del río Cauca, se incluyó, además de entidades estatales en sentido estricto, a EPM, una empresa industrial y comercial de propiedad del municipio de Medellín.

Por último, la magnitud de los problemas ambientales que se abordan en las tres sentencias requirió de órdenes igualmente complejas y articuladas para hacerles frente. Estas órdenes incluyeron la creación e implementación de distintos planes dirigidos a contrarrestar la deforestación y la emisión de GEI en la Amazonía, la descontaminación por mercurio y demás metales en el río Atrato, la erradicación de actividades de minería ilegal en sus cuencas, la creación de una comisión de guardianes del río Cauca, entre otras medidas en la que se ven involucradas diversas entidades del Estado.

2. El discurso ecocentrista en la jurisprudencia colombiana y el retorno a la conexidad con los derechos humanos

Como vimos en el acápite anterior, las denominadas sentencias estructurales de segunda generación se caracterizan, entre otras cosas, por la subjetivación jurídica de la naturaleza, erigiendo ecosistemas estratégicos como sujetos de derechos bajo argumentos ecocentristas. En efecto, en la Sentencia T-622 de 2016, primera en reconocer a un elemento de la naturaleza como sujeto de derechos en Colombia, la Corte Constitucional se apoyó en la visión ecocéntrica para declarar al río Atrato como sujeto de derechos:

“el enfoque ecocéntrico parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella”⁴² (cursivas por fuera del texto).

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

Partiendo de la concepción de la naturaleza como una entidad viviente sujeto de derechos individualizables, la Corte Constitucional sostuvo que su respeto y protección integral se convierten en un nuevo imperativo para el Estado y la sociedad. Sin embargo, la Corte reconoce que lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, más allá de su utilidad para el ser humano, consiste en “el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental”⁴³. Para la Corte, la justicia con la naturaleza debe darse más allá del escenario humano, permitiéndole ser sujeto de derechos, lo que encuentra justificación en el interés superior del medio ambiente que se constata en numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución ecológica” o “Constitución verde”.

En estos términos la Corte Constitucional acogió abiertamente la corriente ecocéntrica para plantear un nuevo relacionamiento entre el hombre y la naturaleza, de manera que los roles se invierten y ya no es la naturaleza la que pertenece al hombre sino viceversa. Como consecuencia de este planteamiento, la Corte concluye entonces que la naturaleza debe considerarse como un auténtico sujeto de derechos. Nótese, además, que la Corte le otorga este reconocimiento al río Atrato con el propósito de protegerlo y hacer justicia, es decir, el discurso de la subjetivación jurídica de la naturaleza esgrimido por la Corte es la respuesta a la necesidad, como ella misma expresa, de “lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza”⁴⁴.

Esta necesidad de protección del río Atrato y la subsecuente declaratoria como sujeto de derecho no surge sino ante la necesidad de protección, no en términos de prevención, sino ante el evidente estado de deterioro y degradación como consecuencia de la actividad minera ilegal en el departamento del Chocó. Ello pone en evidencia que la motivación de la Corte al otorgar el mencionado estatus al río Atrato, más allá de considerar que la naturaleza posee un valor inherente desde la perspectiva ecocéntrica, es una medida desesperada ante a la necesidad de reacción respecto de un ordenamiento jurídico ambiental incapaz de proteger eficazmente al medio ambiente, el cual además es reconocido como un derecho y cuya violación impacta por conexidad los derechos de las comunidades que habitan en la zona. Prueba de lo anterior es que la misma Corte Constitucional manifestó en la sentencia dar aplicación al principio de precaución⁴⁵ con el objetivo “(i) prohibir que en adelante se usen sustancias tóxicas como el mercurio [...]; y (ii) declarar que el río Atrato es sujeto de derechos (...)”.

⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

⁴⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

⁴⁵ Disentimos de la Corte en cuanto a la aplicación del principio de precaución ambiental en el caso. Este principio busca la adopción de medidas protectores y la abstención de desarrollar determinadas actividades cuando existen sospechas fundadas (aunque no haya certeza científica) de que estas pueden acarear un riesgo grave para el medio ambiente o para la salud. Sin embargo, en el expediente había suficiente evidencia que daba cuenta de la afectación que sufre el río Atrato producto de la minería ilegal, así como también es cierto que los efectos nocivos del mercurio para la salud humana y para las especies que habitan en los ecosistemas

En otras palabras, la Corte fundamentó la declaratoria del río Atrato como sujeto de derechos ante el peligro que implica para este ecosistema la contaminación por mercurio y otros materiales contaminantes, asumiendo que ese reconocimiento garantizaría su protección y, en consecuencia, la de las comunidades que allí habitan. En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia STC-4360 de 2018, le otorgó el mismo reconocimiento a la Amazonía colombiana siguiendo el precedente de la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016:

“Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran”⁴⁶.

Los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia, más allá del nivel alarmante de deforestación que padece la Amazonía colombiana, se sustentó también en el ecocentrismo:

“(…) paulatinamente ha venido creándose conciencia de la obligación de cambiar nuestros comportamientos. Hay surgimiento de movimientos favorables a una nueva ideología de sociedad “ecocéntrica antrópica”, que supere la desmedida “homomensura” “autista” antropocentrismo; que tome en consideración al medio ambiente dentro del ideal de progreso y de la noción efectiva de desarrollo sostenible, para alcanzar “(...) un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir (...)”⁴⁷.

Al respecto, esta Sala [encuentra que] la tesis sostenida por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016, relacionada con el reconocimiento de la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, [es una] postura acorde con la relevancia del medio ambiente y su conservación, desde la perspectiva ecocéntrica definida en acápites precedentes”.

La Corte Suprema de Justicia en la STC-4360 de 2018 no solo se sumó al reconocimiento de ciertos elementos de la naturaleza como sujetos de derecho, en este caso la Amazonía colombiana, sino que además acogió y citó *in extenso* los mismos fundamentos utilizadas por la Corte Constitucional para apoyar tal declaratoria. La Corte Suprema manifestó además que el reconocimiento de la Amazonía como sujeto de

contaminados están más que probados por la ciencia, de ahí que no había lugar a dar aplicación al mencionado principio.

⁴⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

⁴⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-622, 2016.

derechos tenía como propósito su protección y fue más explícita al señalar que “pese a existir numerosos compromisos internacionales, normatividad y jurisprudencia sobre la materia, el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía”⁴⁸.

De todo cuanto antecede queda claro que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema, obedece a la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la protección de ecosistemas afectados antes la ineficacia de la normativa ambiental y la falta de acciones contundentes por parte del Estado para proteger el medio ambiente. Ello justifica porqué en Colombia, si realmente lo que se busca es incorporar la visión ecocéntrica, no se ha declarado a toda la naturaleza en general como sujeto de derecho -como es el caso de Ecuador⁴⁹-, sino a determinados ecosistemas que presentan un mayor grado de afectación y degradación. En este sentido, las Cortes han declarado a ciertos elementos de la naturaleza como sujetos de derecho ante la ineficacia de la legislación ambiental y la falta de acciones preventivas y restaurativas a cargo del Estado colombiano.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín mediante la Sentencia T-038 de 2019, siguiendo el precedente sentado por la Corte Constitucional, declaró al río Cauca como sujeto de derechos. Sin embargo, el Tribunal no ofreció ningún tipo de argumentación o sustento dirigido a justificar su decisión y solo se remitió, sin ni siquiera hacer un razonamiento propio, a los fundamentos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016.

Si bien la jurisprudencia colombiana ha basado el reconocimiento de subjetividad a los ecosistemas en argumentos ecocentristas, lo cierto es que en últimas la defensa del medio ambiente y el reconocimiento de un valor intrínseco a la naturaleza para garantizar su protección parte de su conexidad con los derechos humanos, retornando a la tesis antropocéntrica. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en la sentencia STC-4360 de 2018 en la que declaró a la Amazonía colombiana como sujeto de derechos que los derechos fundamentales, como la vida, salud, mínimo vital, libertad y dignidad humana se encuentran “ligados sustancialmente y determinados por el entorno y el ecosistema. Sin ambiente sano los sujetos de derechos y los seres sintientes en general no podremos sobrevivir, ni mucho menos resguardar esos derechos, para nuestros hijos *ni para las generaciones venideras*”⁵⁰.

En este sentido, el discurso de la protección al medio ambiente ha ido movilizándose de la conexidad con los derechos humanos de las generaciones presentes que directamente se ven afectadas por la degradación de ecosistemas y el cambio climático, a

⁴⁸ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, 2018.

⁴⁹ Artículos 71 y 72 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁵⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, 2018.

una protección de las generaciones futuras, es decir de quienes están por nacer o pueden llegar a existir. Esta conexidad prospectiva busca de algún modo limitar el accionar de las generaciones presentes e impone el deber de detener las causas que provocan el deterioro ambiental para que las futuras generaciones también puedan gozar de condiciones ambientales que le permitan su supervivencia y la disponibilidad de recursos.

Retomando nuevamente los argumentos de la sentencia que declaró a la Amazonía colombiana como sujeto de derecho, encontramos que ésta se fundamentó principalmente en la violación de los principios de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad. En lo tocante al principio de precaución, la Corte Suprema aseguró que no cabía duda de la existencia de peligro de daño, en tanto que la deforestación de la selva amazónica ocasiona el aumento de emisiones de GEI, y este a su vez generaría un incremento de la temperatura en el país entre los 1,4°C y 1,7°C entre 2071 a 2100. Esto aumentaría las precipitaciones en varias regiones del país, mientras que en otras conllevaría al efecto contrario, causando la disminución del recurso hídrico y prolongadas sequías. Frente a la irreversibilidad del daño, y la certeza científica, la Corte se refirió a los informes del IDEAM que sustentan que el GEI liberado a raíz de la deforestación representa un 36% del sector forestal, erigiéndose en un factor de liberación incontrolada de CO₂.

Con fundamento en lo anterior, la Corporación también se refirió a la transgresión de los principios de equidad intergeneracional y solidaridad. El primero por cuanto el pronóstico de aumento de la temperatura evidencia que son las generaciones futuras las que se verán directamente afectadas, a menos que se reduzca a cero la deforestación. En cuanto al principio de solidaridad, este se determina por el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano de detener las causas que provocan las emisiones de GEI a raíz de la reducción boscosa de la Amazonía.

La sentencia del río Cauca también resulta ilustrativa, ya que si bien reconoce que los hechos que dieron lugar a la disminución del caudal del río tienen serias repercusiones en materia de derechos fundamentales para las poblaciones asentadas al margen del río y que dependen de él, lo cierto es que el Tribunal se concentró en los derechos de las generaciones futuras con base en el principio de equidad intergeneracional. Para el Tribunal el asunto trasciende más allá de los derechos de las comunidades riverañas, para quienes consideró que existían medidas de protección de manera que todo lo acaecido alrededor del proyecto Hidroituango se relaciona directamente con el desarrollo sostenible y las generaciones futuras como sujetos de derechos, a lo que el Tribunal se dedicó *in extenso*.

Así, con base en el artículo 3° de la Ley 99 de 1993 que definió el desarrollo sostenible como aquel que conduzca al desarrollo económico sin agotar los recursos ni los derechos de las futuras generaciones y la Ley 388 de 1997 que estableció que el ordenamiento territorial pretende lograr para ellas condiciones de vida digna, el Tribunal

concluyó que el ordenamiento jurídico “reconoce dignidad a las generaciones futuras”. En esta línea, en la sentencia se hizo referencia a una serie de disposiciones relativas a las futuras generaciones, como el preámbulo de la Carta de la ONU, principios 1° y 2° de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza, el principio 3° de la Declaración de Río de 1992, parte 11 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, entre otras. Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal sostuvo que “las generaciones futuras, por tener derecho fundamental a un ambiente sano, no son simples categorías muertas, son un verdadero sujeto de derechos”⁵¹.

Este argumento le sirvió de base al Tribunal para admitir el agenciamiento de los derechos fundamentales de las generaciones futuras, pues consideró imperativo otorgar desde ya acciones para la defensa de sus intereses. Por tanto, estableció que las consecuencias que produjo la reducción del caudal del río Cauca derivadas de las operaciones del proyecto Hidroituango, ameritan no sólo el resarcimiento actual, sino además garantizar la materialización de los derechos de las generaciones futuras.

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo constató que la Corte Constitucional colombiana, si bien parecerían haber dejado de emitir sentencias estructurales, motivada probablemente por la persistencia e inacabada situación del encarcelamiento masivo y el desplazamiento forzado, ha optado por adoptar los instrumentos y las decisiones estructurales para la violación sistemática y masiva de derechos fundamentales provocada por la degradación del medio ambiente, por medio de la declaración de ecosistemas como sujetos de derecho. Efectivamente, el cambio climático, la degradación de varios ecosistemas estratégicos y extinción masiva de especies han conducido a que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y varios jueces de instancia, reconocieran a distintos ecosistemas como sujetos de derecho.

De esta manera, las actividades antrópicas intensivas, que, a la vez, podrían poner en riesgo los derechos de los individuos, han sido objeto de limitaciones por medio de estas sentencias estructurales de segunda generación. Las Cortes, al identificar las consecuencias nocivas sobre ecosistemas por monocultivos, cultivos ilícitos, ganadería intensiva, explotación de minería legal e ilegal y deforestación, optaron por la protección de los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras, articulando los principios de solidaridad intergeneracional y el derecho humano a la pervivencia, este último, asido de las obligaciones ambientales de los Estados (ONU, Opinión consultiva OC-23/17).

⁵¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-038, 2019.

Es quizá esta novedosa categoría la que podría darle sentido al debate, pues la protección a las generaciones futuras se articula por medio de una conexión prospectiva, anticipando, sea por el principio de precaución o por los efectos que tendría para la salud y vida de quienes están por nacer, el daño grave e irreversible que tendrán los ecosistemas, como consecuencia de las actividades antrópicas–lícitas e ilícitas– en los ecosistemas reconocidos como sujetos de derecho.

Lo anterior permite identificar, sin embargo, que la sentencia más temprana fue rica en principios y reflexiones éticas que brindaban centralidad de los derechos de la tierra. No obstante, esa misma sentencia y las subsiguientes necesariamente retornaron a la vida de los seres humanos, que si bien discursivamente se sostenía en valores morales al medio ambiente, como el valor no-instrumental y virtudes intrínsecas de la naturaleza, independiente de la utilidad del mundo no-humano para los propósitos humanos, axiológicamente retornaba a la conexidad con derechos fundamentales como la pervivencia de generaciones futuras, y la salud y la vida de las comunidades humanas presentes.

Las órdenes complejas para la construcción de una gobernanza sostenible y el fortalecimiento de las instituciones del Estado, especialmente a nivel municipal y departamental para la protección, conservación y restauración del medio ambiente, se vincularon en todos los casos una violación sistemática y generalizada de derechos fundamentales de las poblaciones aledañas a los ecosistemas subjetivados, de manera que la perspectiva ecocéntrica se convierte en una categoría que reacciona a un ordenamiento jurídico ambiental, incapaz de proteger eficazmente al medio ambiente, el cual además es reconocido como un derecho y cuya violación impacta por conexidad los derechos de las comunidades que habitan en la zona.

Así, la conexidad prospectiva podría pretender de algún modo, limitar el accionar de las generaciones presentes e imponer el deber de detener las causas que provocan el deterioro ambiental, para que las futuras generaciones también puedan gozar de condiciones ambientales que le permitan su supervivencia y la disponibilidad de recursos.

V. REFERENCIAS

BARIÉ, Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza, **Revista de estudios Latinoamericanos**, n. 59. 2014. p. 9-40.

BOTINA, Álvaro. **Un recorrido a la naturaleza como sujeto de derechos**. Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente - Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/un-recorrido-a-la-naturaleza-como-sujeto-de-derechos/>. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de julio de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia C-449.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de enero de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-595.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de febrero de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-080.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de enero de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-025.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia C-632.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sentencia T-606.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de abril de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-153.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-622.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de junio de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia T-388.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-760.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de marzo de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-068.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia SU-559.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de abril de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armado Tolosa Villabona Sentencia STC. 4360-2018.

COLOMBIA. Tribunal Superior de Medellín. Sala Cuarta Civil. Sentencia del 17 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Juan Carlos Sosa Londoño. Sentencia 2019-076.

ESQUIROL, Jorge L. **Las ficciones del derecho latinoamericano**. Siglo del hombre Editores, 2014.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Tabula Rasa**, n. 13, 2010. p. 45-71.

GUTIÉRREZ, Andrés. **El amparo estructural de los derechos**. Tesis para optar al título de Doctorado. Universidad Autónoma de Madrid, España. 2016.

MACÍAS, Luís. ¿Qué significa que la Amazonía sea un sujeto de derecho?. **Revista Colombiana Amazónica**, n. 11, 2018. p. 103-121.

MARTÍNEZ, Rubén. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos". En ESTUPIÑÁN Liliana, STORINI, Claudia, MARTÍNEZ Rubén, & CARVALHO Fernando (Coord.) **La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático**. Bogotá, D.C., Universidad Libre. 2019. p. 31-49.

NACIONES UNIDAS, **Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017** solicitada por la República de Colombia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_se-rirea_23_esp.pdf, consultado el 23 de mayo de 2021.

NASH, Claudio & NÚÑEZ, Constanza. Sentencias estructurales: momento de evaluación. **Revista de Ciencias Sociales**, volumen monográfico, 2015. p. 267-293.

OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. En BAZÁN Víctor (Ed.) **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer. 2015. p. 91-117.

RODRÍGUEZ, César & RODRÍGUEZ, Diana. **Juicios de exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores y Dejusticia. 2015.

SARAVIA, Jackeline & RODRÍGUEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, n. 35, 2015. p. 121-134.

SARMIENTO Juan Pablo. La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 18, 2020. p. 221-264.

SARMIENTO Juan Pablo. Los ecosistemas como sujetos de derecho, entre la conexidad y las sentencias estructurales. **Revista de Derecho**, n. 54, 2021. p. vi-ix.

SIMON, Jonathan. **Juicio al encarcelamiento masivo: una destacada decisión judicial y el futuro de las prisiones en los Estados Unidos**. Buenos Aires, Ediciones Didot. 2019.

URIBE Diego & URIBE Enrique. El nuevo derecho humano a la pervivencia y sus retos frente al cambio climático. En LEALLUIS L. & SAMANIEGO G. Coordinadores, **Derecho y Cambio Climático**, México, Tirant lo Blanch. 2021. p. 57-73.



Does Brazil need a notwithstanding clause? *O Brasil precisa de uma cláusula do não obstante?*

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAÚJO^{1,*}

¹ Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil)

luizdinizaraujo@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-7682-0038>

Recebido/Received: 13.11.2021/ November 13th, 2021

Aprovado/Approved: 06.03.2022/ March 6th, 2022

Abstract

In the last decade, Brazilian Supreme Court has been playing a very important role in the democratic process, raising concerns on judicial activism and on the so-called “juristocracy”. One of the ideas that comes up to tackle those issues is the adoption of a Canadian-style notwithstanding clause. Revolving the notwithstanding clause features and its practical exercise in Canada, the paper contends that it is not suitable for Brazilian constitutional system of strong judicial review. It also demonstrates that such a constitutional instrument would not help the improvement of institutional dialogues between the judiciary and legislative branches nor effectively remedy hints of judicial activism.

Keywords: judicial review; notwithstanding clause; judicial activism; judicial review; institutional dialogues.

Resumo

Na última década, o Supremo Tribunal Federal (Brasil) tem desempenhado um importante papel no processo democrático, suscitando preocupação em relação ao ativismo judicial e à assim chamada “juristocracia”. Uma das ideias que surge para enfrentar esses temas é a adoção de uma cláusula do não obstante oriunda do constitucionalismo canadense. Partindo da análise das características da cláusula do não obstante e do seu exercício na prática canadense, este artigo defende que ela não é adequada para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade forte. Também demonstra que um tal instrumento constitucional não ajudaria no aprimoramento de diálogos institucionais judiciário-legislativo, tampouco teria utilidade prática no constrangimento ao ativismo judicial.

Palavras-chave: controle judicial de constitucionalidade; cláusula do não obstante; ativismo judicial; controle judicial de constitucionalidade, diálogos institucionais.

Como citar esse artigo/How to cite this article: ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Does Brazil need a notwithstanding clause? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 329-345, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86385

* Professor of Law at the Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brazil). Doctor of Laws and Master of Laws from the Universidade Federal de Pernambuco. Visiting Researcher at the University of California, Berkeley (California, USA). Post-Doctoral Fellowship at Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Federal Attorney. E-mail: luizdinizaraujo@hotmail.com

SUMÁRIO

1. Introduction; **2.** The Canadian *notwithstanding clause*; **2.1.** The Section 33 Provisions; **2.2.** The historical context of the enactment of the Charter; **2.3.** The notwithstanding clause in practice; **3.** Is a notwithstanding clause fit for Brazil?; **3.1.** Institutional dialogues; **3.2.** Court packing; **3.3.** The notwithstanding clause and judicial activism; **4.** Conclusion; **5.** References.

1. INTRODUCTION

Brazilian democracy has been completely refounded since the enactment of the Federal Constitution in October 1988, after having lived under a more than two decade military dictatorship.

The 1988 Constitution is an extensive one (it contains 250 articles and was amended more than 100 times). Subjects as diverse as individual rights, public health-care assistance, many aspects of family law, protection of the elderly people, protection of the indigenous people, the tax system, social security law, for instance, are entrenched in the text. These are issues that in many other democracies are left to the political process, but in Brazil they have a constitutional status and are subject to judicial review. *Per se*, this phenomenon brings those themes to potential litigation in courts.

This trend is reassured by the model of Brazilian judicial review adopted by the Constitution-1988, that combines the United States model (diffuse model) and the European model (abstract model). As a result, in Brazilian system, every judge is entitled to declare a statute unconstitutional in the case to be decided. In addition to that, there are direct actions (or direct constitutional lawsuits) that are decided exclusively by the Supreme Court in an abstract fashion (with general effects). A wide range of public and private actors is entitled to file these lawsuits directly into the Supreme Court.

In this broad context, Brazilian Supreme Court (and also the lower courts and judges) has been playing a very important role in the democratic process. This has led to many important decisions involving gay marriage, abortion, assisted suicide, the reform of the social security system, the reform of the political system, all sorts of environmental cases, tax matters, educational matters, criminal law matters, among others. In this context, judicialization of politics and judicial activism are current subjects in the media and among scholars's papers and conferences.

In the wake of all this growing participation of the Supreme Court into public decisions, not always in a deferential way, one of the major concerns in the media, among public actors, citizens and Constitutional Law scholars is to reconcile the exercise of judicial review with the role of Parliament.

In this complex context, one of the conceptions that comes up is the adoption of a Canadian-style "overriding clause" in Brazilian Constitution that would supposedly enhance institutional dialogues (judiciary-legislative) and constrain judicial activism.

There was even an actual proposal of amendment to the Constitution, the “PEC” 33/2011 that ended up being archived in the House of Representatives. In short, this proposal intended, among other provisions, to submit to parliamentary deliberation every Supreme Court decision in direct lawsuits (abstract judicial review) striking down constitutional amendments on the grounds of their unconstitutionality¹.

In this paper, we will start to revolve some features of the overriding clause in the Canadian Constitutional Law as a means of reconciling judicial review with the role of Parliament in that jurisdiction. Later in this paper we will evaluate if such a provision is suitable and/or necessary for constitutional model in Brazil for the purpose of enhancing institutional dialogues and constraining judicial activism.

2. THE CANADIAN *NOTWITHSTANDING* CLAUSE

Canada’s Constitution has become worldwide known and admired for its constitutional success even being recognized as a model for other democratic jurisdictions.² Part of this recognition must be credited to the Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) and its *notwithstanding clause* enshrined in Section 33(1).

1.1 The Section 33 Provisions

The Section 33(1)’s provisions allow the national Parliament or a provincial legislature to override Section 2 of the Charter (containing fundamental rights such as freedom of expression, freedom of conscience, freedom of association and freedom of assembly) and sections 7-15 (containing the right to life, liberty and security of the person, freedom from unreasonable search and seizure, freedom from arbitrary arrest or detention, a number of other legal rights, and the right to equality). The use of the notwithstanding power must be contained in an act, and not subordinate legislation (regulations), and must be express.

This provision values parliamentary sovereignty and is a very specific feature of the Canadian judicial review, once Parliament and the provincial legislative assemblies are conceived as the “heart and soul” of Canadian democracy³, so to speak. The adoption of the notwithstanding clause places Canada among jurisdictions that display an intermediate model of judicial review, one that lies between the supremacy of the constitution and judges (as in the United States) and the supremacy of the legislature

¹ Brazilian Constitutional Law enshrines the possibility of unconstitutional constitutional amendments.

² ALBERT, Richard. The Challenges of Canadian Constitutionalism. **ELTE Law Journal**, Budapest. Available at https://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads/2019/02/05_Albert.pdf. Access on: October 28th 2019.

³ McLACHLIN, Beverley. The Charter 25 years later: the good, the bad and the challenges. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 45, n. 2, p. 365-377, Summer 2007.

(as in the classic Diceyan tradition of the United Kingdom).⁴ This intermediate model accepts that when different branches of government legitimately and reasonably disagree about the interpretation of the constitution it is to the elected bodies to have the final say.⁵

Section 33(3) states that the adoption of the notwithstanding power can have a lifespan of five years or less, after which it expires, unless Parliament or the legislature re-enacts it under section 33(4) for another maximum period of five years.

On the other hand, there is a deal of rights entrenched in the Charter that are not subject to the provisions of section 33, such as democratic rights (sections 3-5 of the Charter), mobility rights (section 6), language rights (sections 16-22), minority language education rights (section 23), and the guaranteed equality of men and women (section 28). Also excluded from the section 33 override are section 24 (enforcement of the Charter), section 27 (multicultural heritage), and section 29 (denominational schools).

Considered as a whole, the Canadian Charter of Rights and Freedoms is quite an interesting combination of rights and freedoms fully entrenched with others enshrined by the Charter unless overridden by national Parliament or a provincial legislature.

2.2. The historical context of the enactment of the Charter

The law that created the country of Canada was called the British North America Act, 1867. It is normally referred to as “BNA Act”. In 1982, it was renamed the Constitution Act, 1982. The BNA Act was passed by the British Parliament (Westminster) because Canada was a British Colony at the time. As Canada was founded in 1867, there was no Canadian citizenship and Britain was still in charge of foreign affairs. There was no mention of a Supreme Court of Canada. Appeals were headed to the Judicial Committee of the Privy Council in London⁶. This state of affairs (the post-colonial legal age) lasted until the late 1940’s.

The post-colonial legal age ended in 1949 and was followed by a transitional moment, during which Canada progressively changed into a legal system that was genuinely Canadian. In 1960, Parliament enacted the Canadian Bill of Rights Act, an ordinary law that applied only to the federal government protecting freedom of speech, freedom of religion, and other rights.⁷

⁴ 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.

⁵ WEILL, Rivka. The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, vol. 62, pp 127-170, Feb. 2014.

⁶ DODEK, Adam. **The Canadian Constitution**. 2nd ed. Toronto: Dundurn, 2016.

⁷ DODEK, Adam. **The Canadian Constitution**. 2nd ed. Toronto: Dundurn, 2016.

During those transitional times, the idea of a notwithstanding clause (tracking text from the Canadian Bill of Rights-1960⁸) came to life during the Federal-Provincial Conference of First Ministers in Ottawa, 8-13 September 1980. The 1980 Federal-Provincial Conference broke down, but activity continued in the parliamentary, judicial and diplomatic arenas, culminating on 28 September 1981, when the Supreme Court of Canada issued rulings on three constitutional reference cases that had come from the Courts of Appeal of Manitoba, Newfoundland and Quebec.

In the occasion, the Supreme Court decided that the federal government had the strict legal right to engage in unilateral constitutional patriation⁹. However, it would need some degree of provincial support – less than unanimity but more than two provinces – to proceed.¹⁰

In the aftermath of the Supreme Court ruling, in 1981, a deal of meetings took place among federal and provincial officials and ministers in order to set the ground for a Federal-Provincial Conference of First Ministers to be held during 2-5 November 1981. One measure proposed at different times and in different forms by Alberta, British Columbia and Saskatchewan was the enactment of a notwithstanding provision. The First Ministers' Conference made an agreement possible leading all governments, except that of Quebec, to sign the constitutional accord containing the *notwithstanding clause*.¹¹

The Canadian constitutional reforms were then sent to the British Parliament for passage as the Canada Act 1982. That was a necessary legal step as the Canadian Constitution had consisted of laws passed by the British Parliament. This final act was required in order to legally liberate the Canadian Constitution from Great Britain. In April 17, 1982, the Constitution Act, 1982, came into effect and the BNA Act was officially renamed the Constitution Act, 1867. The first 34 sections of the Constitution Act, 1982, contain the Canadian Charter of Rights and Freedoms, simply known as The Charter.¹²

Since that year of 1982, legislatures and the executive branch should comply with the division of powers stated in the 1867 *BNA Act*, as well as to the *Charter* (1982) and other new guarantees. From that year on, citizens could challenge the constitutionality of laws before courts and the role of the judicial branch was highly enhanced.

⁸ NEWMAN, Dwight. **Canada's notwithstanding clause, dialogue, and constitutional identities**. SSRN, Rochester. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3019781>. Access on: October 24th 2019.

⁹ Political process that led to full Canadian sovereignty and culminated with the enactment of the Constitution Act, 1982.

¹⁰ ROY, Marc-André; BROSSEAU, Laurence. **The notwithstanding clause of the Charter (background paper)**. Library of Parliament, Ottawa. Available at <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-17-e.pdf>. Access on: November 17th 2019.

¹¹ ROY, Marc-André; BROSSEAU, Laurence. **The notwithstanding clause of the Charter (background paper)**. Library of Parliament, Ottawa. Available at <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-17-e.pdf>. Access on: November 17th 2019.

¹² DODEK, Adam. **The Canadian Constitution**. 2nd ed. Toronto: Dundurn. 2016.

Truly, the proposal of entrenching fundamental rights into a constitution was strongly favoured by the Canadian public support for negotiations lead by then Prime Minister Pierre Trudeau, who considered the Charter the major legacy of his fifteen years in power. Nevertheless, the Charter faced harsh opposition from almost all the provincial government leaders, who spoke out in practical grounds theoretical criticisms developed by a number of serious constitutional scholars.¹³

Finally adopted the Charter, the legitimacy of judicial review came to the agenda in Canadian Constitutional Law. From the enactment of the Constitution Act, 1982, judicial review has necessarily involved judges in scrutinizing the substance of legislative and governmental initiatives for their compliance with the constitution semantically open text. Not surprisingly, the scope of judicial activity expanded and rised concerns about the exercise of judicial power interpreting and enforcing the Constitution. Academic and judicial constitutional discourse has focused on methods of interpretation that can legitimate the exercise of judicial review.¹⁴

2.3. The notwithstanding clause in practice

The adoption of the Charter entrenching rights to which the legislative and executive branches are subject and constrained by judicial review completely changed the role of judges in Canada. Indeed, judges have been called upon for a much more public-facing role than ever. Thus, since 1982 judges in Canada are no more mere legal technicians, but they are also political actors who naturally perform their duties with their personal experiences and preferences.¹⁵

Since then, the participation of courts in Canadian political life has been raising charges of judicial activism and a claim for dialogue between courts and the other branches of government.¹⁶ Theoretically, one could expect the notwithstanding clause to be a constitutional possibility in order to tackle those issues. However, in practice, this instrument does not seem to have fulfilled those expectations.

Despite its innovative and peculiar feature, the notwithstanding power has never been exercised by the federal legislature. At the provincial level, the power has been exercised some dozen times, most of them by Quebec, which attached a

¹³ WEILER, Paul C. Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Ann Arbor, vol. 18, issue 1, p. 51-92, 1984.

¹⁴ BAKAN, Joel. **Just words. Constitutional rights and social wrongs**. 1st ed. Toronto. Buffalo. London: University of Toronto Press, 2012.

¹⁵ ALBERT, Richard. The expositor and guardian of our constitutional values. In: MOORE, Marcus; JUSTRAS, Daniel (coord.). **Canada's Chief Justice: Beverley McLachlin's Legacy of Law and Leadership**, Austin: University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, 2018, p. 193-212.

¹⁶ McLACHLIN, Beverley. **Canada's Legal System at 150: Democracy and the Judiciary**. Supreme Court of Canada, Ottawa. Available at <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2016-06-03-eng.aspx>. Access on: July 25th 2019.

notwithstanding clause to all its laws in the period 1982-1987 and used this power in a conflict over English-language signs between 1989 and 1993.¹⁷

Outside of Quebec, it happened only three times (once in Yukon, once in Saskatchewan and once in Alberta), with very little impact in all three cases. In Yukon, the act invoking the notwithstanding clause never came into force. In Saskatchewan, the protected act probably would have been considered within the scope of the Charter with no need to invoke the notwithstanding clause. In Alberta, the protected act was *ultra vires*, once legislating on a theme of federal jurisdiction and, as a consequence, being invalid regardless of any fundamental right matter.¹⁸

This phenomenon has lead some scholars to claim that there is a clear evidence of a slide into judicial supremacy in Canada, exactly the order of things that Section 33 was in theory intended to avoid.¹⁹ In fact, the notwithstanding clause was intended to reconcile the existence of entrenched rights with the tradition of parliamentary supremacy.²⁰

As a consequence, there are claims that the notwithstanding clause does not fullfill the three functions that is has been intended to. First, it does not ensure legislators the last word in shaping public policy. Second, it does not promote an institutional dialogue between courts and legislatures. Finally, the notwithstanding clause has not preserved parliamentary sovereignty.²¹

There is a more positive reading for this phenomenom, nevertheless. This reading claims that the non-use of Section 33 may derive of the reasonableness with wich Canadian judges are generally discharging their roles when interpreting the Charter. Such a moderate judicial behavior would have prevented legislators from exercising the override power.²²

As in this chapter we have discussed the adoption, purposes and practical aspects of the Canadian Notwithstanding Clause, in the next chapter we will be discussing if such a constitutional instrument would fit in Brazilian constitutional law in order

¹⁷ VERMEULE, Adrian. The Atrophy of Constitutional Powers. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 32, n. 3, p. 421-444, 2012.

¹⁸ ROUSSEAU, Guillaume; CÔTÉ, François. A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights. **Revue générale de droit**, v. 7, n. 2, p. 343-431, 2017.

¹⁹ HIRSCHL, Ran. How consequential is the commonwealth constitutional model? **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, issue 4, p. 1086-1093, October 2013.

²⁰ TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-majoritarian Difficulty. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 94, issue 2, p. 245-301, 1995.

²¹ ALBERT, Richard. Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause. **Alberta Law Review**, Calgary, n. 45, p. 1037-1070, 2008.

²² RUSSELL, Peter H. The notwithstanding clause : the charter's homage to parliamentary democracy. **Options Politiques**, Montréal. Available at <http://irpp.org/wp-content/uploads/assets/po/the-charter-25/russell.pdf>. Access: November 18th 2019.

to enhance institutional dialogues as well as play a relevant role in constraining hints of judicial activism.

3. IS A NOTWITHSTANDING CLAUSE FIT FOR BRAZIL?

We should start this chapter by scrutinizing the Canadian *notwithstanding clause* from the perspective of judicial review types based on their strong or weak forms. Following these types, nowadays` Canada displays a weak form judicial review²³, since, due to Section 33 of the Charter of Rights and Freedoms, the last word on a great deal of constitutional matters is up to the legislative and not to the judiciary branch.²⁴

Nevertheless, the aforementioned non-exercise or very rare exercise of the notwithstanding power by legislatures may, in practice, be turning Canada originally weak judicial review in a strong judicial review jurisdiction with an important role being played by its Supreme Court.

The exercise of judicial review by Canada`s Supreme Court has limited abusive provisions from the legislative and executive branches. It has heard highly political and institutional issues such as physician-assisted dying, constitutional reform of the upper house, election results and parliamentary authority to amend the legislation empowering the Court itself.²⁵ At the same time, the Court has managed to avoid the perception of inappropriate political or partisan conduct.²⁶

Under the 1988 Constitution, Brazil, on the other hand, has adopted in text and in practice a strong form judicial review. The Supreme Court has the last word interpreting the Constitution and protecting its authority. Over the decades, Brazilian Supreme Court (and also the lower courts and judges) has been playing a very important role in the democratic process.

This lead to many important judicial rulings involving gay marriage, interruption of pregnancy, assisted dying, the reform of the social security system, the reform of the political system, all sorts of environmental cases, tax matters, educational matters, criminal law matters, regulatory law, among others. In this framework, judicialization of politics and judicial activism are current major themes in the media and among scholars.²⁷

²³ KELLY, James B.; HENNIGAR. The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 10, issue 1, p. 35-68, jan./2012.

²⁴ TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 38, p. 813-838, 2003.

²⁵ ALBERT, Richard; PAL, Michael. **The democratic resilience of the Canadian Constitution**. SSRN, Rochester. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3089941. Access : October 28th 2019.

²⁶ ALBERT, Richard; PAL, Michael. **The democratic resilience of the Canadian Constitution**. SSRN, Rochester. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3089941. Access: October 28th 2019.

²⁷ BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa; VERBICARO, Loiane Prado. The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional

The eventual adoption of an override clause in the Brazilian system would embody a completely disruption in a strong-type judicial review system that is functioning quite properly in order to safeguard fundamental rights entrenched in the Constitution. Besides, it would probably not tackle court packing or judicial activism neither would it enhance institutional dialogues between the judiciary and the Parliament.

3.1. INSTITUTIONAL DIALOGUES

A claim that can be made for the adoption of a Canadian-type overriding clause in Brazil is that it could enhance institutional dialogues between the judiciary branch and Parliament. According to this reasoning, as Parliament would be legally entitled to enact law overriding the judiciary provision, it would lead to a public and transparent discussion on the matter.

However, dialogical doctrines of judicial review aim to understand court's behaviours from the broader perspective of their relations with the media and public opinion, as well as from its relations with the representative branches. From this dialogic perspective, a court's rulings does not prevent the numerous interactions that can be triggered from this very moment²⁸, regardless of the existence of an override power by the legislature.

Actually, transparent and sober dialogues among institutions concerning the interpretation of the Constitution can be attained in a model in which decisions leave room for legislative response even in the form of an amendment, not necessarily by an override clause²⁹. This is happening right now in Brazil when some members of Parliament intend to pass a proposal for amending the constitution in order to reverse a Supreme Court ruling stating that a second time criminal conviction is not sufficient in itself to send someone to jail.

In Brazilian practice Parliament has no legal duty to abide to a Supreme Court ruling striking down legislation. As a consequence, Parliament can pass legislation or even an amendment substantially contrary to the Supreme Court decision.³⁰ This is

system. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 137-159, jan./abr. 2020; 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; VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. *Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021;

²⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

²⁹ HOGG, Peter M. Hogg; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited: or "much ado about metaphors"*. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 45, n. 1, p. 1-65, Spring 2007.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder; PETECHUST, Eloi. *A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?* **Revista de Investigações**

conceived as a legal way to protect the will of the majority and to enhance institutional judiciary-legislative dialogues, as well.

Most important for actual and transparent institutional dialogues than the eventual adoption of a *notwithstanding clause* is the preservation of an environment of transparent public discussion, a specialized media in constitutional and judicial matters and public hearings in courts. If in Brazil we still have a way ahead about specialized media on judicial affairs, when it comes to transparency it is indisputable that Supreme Court's hearings and decisions do not fall short, even hearings from its *collegium* being widely broadcast on tv.

Indeed, the adoption of a notwithstanding clause is not the only or even the best way of promoting reciprocal checks between judiciary and legislative branches. This may be true even in Canada, a jurisdiction where the practice of the notwithstanding power seems to be far less auspicious than it was possibly envisaged by its drafters. Actually, assuming that there is dialogue when a judicial ruling striking down a law upon unconstitutionality can be reversed, modified or avoided by new law, there are records indicating that in Canada dialogue on this basis occurs in as few as 17.4 percent of cases.³¹

3.2. Court packing

Another argument favouring the notwithstanding clause asserts that it helps to avoid court-packing or court-bashing from democratic leaders when they have to deal with judicial interpretations of the constitution they strongly disagree with, as it was the case when Roosevelt threatened to pack the US Supreme Court or, in a more incremental way, when Republican Presidents intended to reverse decisions of the Warren Court³².

The argument contends that whenever an override clause exists such behaviours are less likely to happen because this is an appropriate device to enhance public debate and discussion for challenging judicial review. Thus, following this rationale, the *notwithstanding clause* would be a way for overriding those decisions in a publicly accountable forum, deviating legislatures from the free use of the override without a proper discussion and deliberation.³³

Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021; PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021.

³¹ MACFARLANE, Emmett. Dialogue, Remedies, and Positive Rights: Carter v Canada as a Microcosm for Past and Future Issues Under the Charter of Rights and Freedoms. **Ottawa Law Review**, Ottawa, v. 49, n. 1, p. 106-129, 2018.

³² RUSSEL, Peter H. Standing Up for Notwithstanding. **Alberta Law Review**, Calgary, v. 29, n. 2, p. 293-309, 1991.

³³ RUSSEL, Peter H. Standing Up for Notwithstanding. **Alberta Law Review**, Calgary, v. 29, n. 2, p. 293-309, 1991.

As aforesaid, in Brazilian judicial practice the legislature does not necessarily abide to any ruling of the Supreme Court striking down legislation. This is not seen as contempt of the decision, but mostly as respect for the will of the majority. This can be an efficient decompression valve regardless of an overriding clause.

It is also true that the new legislation enacted as a reaction to a Supreme Court ruling can be reappreciated by the Supreme Court. But, nobody knows if it would be challenged again neither if the Supreme Court would decide the same way it did previously. There can be peculiarities or even shifts on the jurisprudence or on the justices on the bench that can lead to a different result.

In Brazil, normally (with some recent exceptions), rulings are not questioned by the other branches of government in public and are complied with. Even serious threats of court-packing have historically been very rare. When detected, such threats represented strong rethoric rather than actual attempts against the Supreme Court independency and authority. Nevertheless, if it comes to happen, it is unlikely that the adoption of a notwithstanding clause would be more helpful than the existing legal apparatus.

3.3. THE NOTWITHSTANDING CLAUSE AND JUDICIAL ACTIVISM

There is vivid criticism of judicial activism in Brazilian Supreme Court,³⁴ what brings about the check that could be triggered by an overriding power by legislatures. The argument states that the possibility of an actual use of the overriding power by the legislature would help keep the judiciary branch inside its customary “rails”, leaving less room for judicial activism.

In many democracies since the end of World War II the importance of the judiciary has increased³⁵ and this is leading to a deal of judicial activism in many jurisdictions. In general terms, judicial activism can be seen as a side effect of constitutional supremacy and judicial review. Judicial review is necessarily about interpreting the constitution and creating norms that derive from the constitutional text.³⁶

In Brazil this is enhanced by a constitutional text that entrenches themes as diverse as family law rights, indigenous peoples rights, tax system, environmental law, social security law, administrative law, among others. In addition to that, the Constitution-1988 admits two systems of judicial review: the diffuse model (derived from the

³⁴ 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; DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

³⁵ BARAK, Aharon. A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 116, issue 16, p. 19-162, 2002.

³⁶ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 92-117, jan/mar 2011.

US model) permitting an allegation of unconstitutionality by any party in a lawsuit; and the concentrated model (deriving from the European model) that can be exercised exclusively by the Supreme Court through proposition of enumerated actors such as the Office of the General Federal Prosecutor and Political Parties.

However, a constraint on courts is not necessarily spurred by a notwithstanding clause. Open and transparent institutional dialogues can play a pretty effective role.³⁷ If a court is aware that a ruling it adopts will probably trigger reaction by Parliament and social actors this probably will be taken into consideration eventually avoiding judicial activism.

Besides that, judicial activism can be constrained by means of interpretation of the constitution in such a way that it reconciles fidelity to the past and needs of the present moment, between the general and the specific, between the abstract and the concrete.³⁸ And this could be attained (in addition to institutional dialogues) by dialogue with the court's own precedents and incremental interpretation of the constitution.

It is acknowledged that the interactions between constitutional text and the norms that derive from it can be pretty ambiguous. However, the broad interpretive spectrum of constitutional texts can be constrained by precedents preventing judges from doing or undoing rules as they please. As such, precedents are a force towards objectivity, uniformity and consistency of judicial rulings.³⁹ A court's decisions should not depart from ground zero but from its own precedents.⁴⁰

The dialogue with precedents should be associated to an incrementalist interpretation, meaning that jurisprudence should cautiously develop in a given direction. Incrementalism and consideration of precedents should together ensure that the interpretation of the constitution will follow a slow path of change, progressively, avoiding fundamental sudden changes.⁴¹ These are also important constraints against judicial activism. An eventual adoption of a Canadian-style notwithstanding clause would barely be of significant help.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder; PETECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

³⁸ FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. 1st ed. Oxford University Press: Oxford, 2008.

³⁹ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process-Lecture II**. Available at: <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatI.html>. Xroads, Charlottesville. Access: April 8th 2014.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. 1.^a ed. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012.

⁴¹ FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. 1st ed. Oxford University Press: Oxford, 2008.

4. CONCLUSION

Brazilian democracy has been completely refounded since the enactment of the Federal Constitution in October 1988, after having lived under a more than two decade military dictatorship. One of the changes brought about by the *new* constitutional system was the full reconfiguration of the design and of the actual functioning of all three branches of government.

The Constitution's extensive text entrenching matters as diverse as individual rights, public healthcare assistance, many aspects of family law, protection of the elderly people, protection of the indigenous people, the tax system, social security law, for instance, associated to a strong-form judicial review, paved the way to a progressive preeminence of the judiciary branch and of the Supreme Court role.

Especially in the last decade, there is hardly a relevant constitutional matter that does not go through a Supreme Court appreciation. In this time span, Supreme Court and its rulings are a frequent subject in media coverages and amid people's conversations. Justices became almost popstars, known by their names from normal people.

This growing partaking of the Supreme Court in many public affairs has been rising concerns about judicial supremacy and judicial activism among scholars, the media and people in general. As a consequence, much has been said and written about this relatively recent phenomenon and the ways that it could be tackled.

In this framework, criticism and proposals have abounded. Many proposals go towards means of constraining the Supreme Court and highlighting the role of Parliament. One idea that not rarely comes onto the table is the adoption of a constitutional instrument allowing Parliament to reverse or render ineffective Supreme Courts rulings, inspired by the Canadian notwithstanding clause of the charter.

In the year 2011, there was even an actual proposal of amendment to the Constitution, the "PEC" 33/2011, that ended up being archived in the House of Representatives. In short, this proposal intended, among other provisions, to submit to parliamentary deliberation every Supreme Court decision in direct lawsuits (abstract judicial review) striking down constitutional amendments on the grounds of their unconstitutionality.

However, these ideas come in a quite shallow and sometimes even distorted fashion. This considered, this paper tries to shed a light on the notwithstanding clause in order to better clarify the legal-political context that lead to its enactment in Canada, as well as on its actual exercise in that jurisdiction, showing that probably it falls short of the purposes it was thought for: ensure legislators the last word in shaping public policy, promote an institutional dialogue between courts and legislatures and preserve parliamentary sovereignty.

The first practical concern that arises about transposing a Canadian-type notwithstanding clause to Brazil is that if the overriding power has not fulfilled the

expectations in Canada would it in a quite different model of judicial review? Hardly. Brazilian Constitution clearly adopted a strong-form judicial review, in which the judiciary branch is designed to have the final say on constitutional matters. A notwithstanding power would sound quite unnatural.

An argument raised in favour of the notwithstanding clause highlights its theoretical ability for enhancing institutional dialogues between judiciary and legislature. Nevertheless, institutional dialogues already happen in Brazil, regardless of the existence of an override power by the legislature.

As for constraining judicial activism, it is also hard to believe that a notwithstanding clause would help much. Judicial activism is a side-effect of constitution supremacy and judicial review and could be better constrained by institutional dialogues, consideration of precedents and incremental interpretation of the constitution.

In conclusion, the eventual adoption of an overriding provision would be neither suitable nor necessary in Brazilian constitutional system. Its theoretical aims (enhance institutional dialogues and constrain judicial activism) can be better achieved by the improvement of the existing model and instruments.

5. REFERENCES

ALBERT, Richard. Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause. **Alberta Law Review**, Calgary, n. 45, p. 1037-1070, 2008.

ALBERT, Richard. The expositor and guardian of our constitutional values. In: MOORE, Marcus; JUSTRAS, Daniel (coord.). **Canada's Chief Justice: Beverley McLachlin's Legacy of Law and Leadership**, Austin: University of Texas Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, 2018, p. 193-212.

ALBERT, Richard. The Challenges of Canadian Constitutionalism. **ELTE Law Journal**, Budapest. Available at https://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads/2019/02/05_Albert.pdf. Access on: October 28th 2019.

ALBERT, Richard; PAL, Michael. **The democratic resilience of the Canadian Constitution**. SSRN, Rochester. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3089941. Access: October 28th 2019.

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.

BAKAN, Joel. **Just words. Constitutional rights and social wrongs**. 1st ed. Toronto. Buffalo. London: University of Toronto Press, 2012.

BARAK, Aharon. A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 116, issue 16, p. 19-162, 2002.

BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa; VERBICARO, Loiane Prado. The battle of narratives between the powers: party hyperfragmentation, judicialization of politics and supremocracy in the Brazilian political-institutional system. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 137-159, jan./abr. 2020.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process-Lecture II**. Available at: <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatI.html>. Xroads, Charlottesville. Access: April 8th 2014.

DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

DODEK, Adam. **The Canadian Constitution**. 2nd ed. Toronto: Dundurn, 2016.

FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanna. **Judgement calls: politics and principle in Constitutional Law**. 1st ed. Oxford University Press: Oxford, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

HIRSCHL, Ran. How consequential is the commonwealth constitutional model? **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, issue 4, p. 1086-1093, October 2013.

HOGG, Peter M. Hogg; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or “much ado about metaphors”. **Osgoode Hall Law Journal, Toronto**, v. 45, n. 1, p. 1-65, Spring 2007.

KELLY, James B.; HENNIGAR. The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 10, issue 1, p. 35-68, jan./2012.

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.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

MACFARLANE, Emmett. **Dialogue, Remedies, and Positive Rights: Carter v Canada as a Microcosm for Past and Future Issues Under the Charter of Rights and Freedoms.** *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 49, n. 1, p. 106-129, 2018.

McLACHLIN, Beverley. The Charter 25 years later: the good, the bad and the challenges. *Osgoode Hall Law Journal, Toronto*, v. 45, n. 2, p. 365-377, Summer 2007.

McLACHLIN, Beverley. **Canada's Legal System at 150: Democracy and the Judiciary.** Supreme Court of Canada, Ottawa. Available at <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2016-06-03-eng.aspx>. Access on: July 25th 2019.

NEWMAN, Dwight. **Canada's notwithstanding clause, dialogue, and constitutional identities.** SSRN, Rochester. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3019781>. Access on: October 24th 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 92-117, jan/mar 2011.

PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021.

ROUSSEAU, Guillaume; CÔTÉ, François. A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights. **Revue générale de droit**, v. 7, n. 2, p. 343-431, 2017.

ROY, Marc-André; BROSSEAU, Laurence. **The notwithstanding clause of the Charter (background paper).** Library of Parliament, Ottawa. Available at <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWeb-site/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-17-e.pdf>. Access on: November 17th 2019.

RUSSEL, Peter H. Standing Up for Notwithstanding. **Alberta Law Review**, Calgary, v. 29, n. 2, p. 293-309, 1991.

RUSSEL, Peter H. **The notwithstanding clause : the charter's homage to parliamentary democracy.** Options Politiques, Montréal. Available at <http://irpp.org/wp-content/uploads/assets/po/the-charter-25/russell.pdf>. Access: November 18th 2019.

TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 94, issue 2, p. 245-301, 1995.

TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 38, p. 813-838, 2003.

VERMEULE, Adrian. The Atrophy of Constitutional Powers. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 32, n. 3, p. 421-444, 2012.

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.

WEILER, Paul C. Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Ann Arbor, vol. 18, issue 1, p. 51-92, 1984.

WEILL, Rivka. The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, vol. 62, pp 127-170, Feb. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. 1.^a ed. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012.



Questioning our faith in the Judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution

Questionando nossa fé no Judiciário: do entrenchment institucional ao monopólio da constituição

RAFAEL BITENCOURT CARVALHAES^{1,*}

¹ Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)
rafael.carvalhaes.adv@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-0252-0419>

FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO^{1,}**

¹ Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)
fernandojuris@yahoo.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-5199-6050>

Abstract:

This paper intends to question the role of the Brazilian Supreme Federal Court as an agent of democratic construction and its role as guardian of the constitution. The interest in the Supreme Court is due to the political arrangement and the overlapping of powers and functions of the court than the other powers. A Constitutional Court with inflated powers can lead to democratic dysfunction and judicial hegemony about institutions. Notably, an expansion of the Brazilian Supreme Federal

Resumo:

Este trabalho pretende questionar o papel do STF como agente de construção democrática e de guardião da constituição. O interesse pelo STF se deve pelo atual arranjo político e a sobreposição de poderes e funções da corte perante os demais poderes. Uma Corte Constitucional com poderes inflacionados pode acarretar numa disfunção democrática e na hegemonia judicial em relação às instituições. Notadamente, a expansão dos poderes do STF se deve a forma como ele interpreta a Constituição e a sua influência no

Como citar esse artigo/How to cite this article: CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86725

* PhD candidate in Law, Institutions and Business-PPGDIN at Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil), Master in Law and Public Policies from the Federal University of the State of Rio de Janeiro-UNIRIO. Specialist in Constitutional Civil Law from the Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Specialist in Public and Private Law from UNESA/FEMPERJ. Bachelor of Laws from Centro Universitário da Cidade. Professor at the Faculty of Law of Rio Pomba-Instituto Federal Sudeste – MG. E-mail: rafaelfcarvalhaes.adv@gmail.com

** Associate Professor of Procedural Law at the Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil) since 2009, leader of the Fluminense Laboratory of Procedural Studies (UFF), and member of the Doctoral Programs in Sociology and Law (since 2011), and in Law, Institutions, and Business since 2017. Doctor of Law from Universidade Gama Filho (2007), with a one-year period (March/2006-2007) of research at the Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer (Germany) and at the Max-Planck-Institut (Heidelberg) with a CAPES/DAAD scholarship. He completed a post-doctoral internship in Constitutional Justice at the University of Salamanca (2011-2012). E-mail: fernandojuris@yahoo.com.br.

Court's powers should create a way for it to interpret the Constitution and its influence on the political process. There is no doubt that the Brazilian Supreme Federal Court has become an important political actor, making it present in almost all legal and political areas. However, constitutional monopoly, judicial activism, and excessive interference in the political process degenerate the original democratic model, deconstructing the excess of faith deposited in the judiciary.

Keywords: Brazilian Supreme Federal Court; judicial activism; guardian of the Constitution; democracy; constitutional monopoly

processo político. Não há dúvidas que o STF se tornou um importante ator político, fazendo-se presente em quase todas as áreas jurídicas e políticas. No entanto, o monopólio constitucional, o ativismo judicial e a excessiva interferência no processo político degeneram o modelo democrático original, desconstruindo o excesso de fé depositada no judiciário.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial; guardião da Constituição; democracia; monopólio constitucional.

CONTENTS

1. Introduction; 2. The STF's empowerment and the (de)construction of democratic institutions: questioning our faith in the judiciary; 3. Institutional entrenchment and monopoly of constitution; 4. The constitutional change of art. 102, caput, of the Constitution: deference, supremacy and judicial sovereignty; 5. Conclusion; 6. References.

1. INTRODUCTION

This paper aims to analyze the role of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in the construction of a new democratic model inaugurated by the 1988 Constitution. As main questions that are intended to answer: what is the role of the STF in the current Brazilian democratic model? Can the STF be considered an agent of democratization? How did your powers expand over these 33 years of the Constitution? What are the institutional effects of codification on other powers?

These issues are important for understanding the current political and legal scenario of the Supreme Court, mainly to identify the process of constitutional change in art. 102, which does not allow the expansion of the possible meanings of the term "guardian of the Constitution", highlighting three different features: deference, supremacy, and judicial sovereignty.

The methodology used in the present work is exploratory, as it aims to raise qualitative data of the judicial role through national and foreign bibliographies, an end of evaluation, or problem of judicial activism in the construction of Brazilian democracy. It is intended, therefore, to correlate the phenomenon of judicial expansion with a constitutional change in art. 102, caput, of the Constitution, demonstrating that the original role of being executed by the STF was gradually changed over 31 years.

In the first chapter, the excess of faith deposited in the judiciary for the construction of new democracies will be discussed, demonstrating the excess of competences and the powers associated with an imbalance between institutions. The second chapter

demonstrates how to configure or code the STF and its overlap over other powers. In the third chapter intends to prove that the expansion of the powers of the Supreme Court took place through a constitutional change in art. 102, caput, of the Constitution, in which the “guardian of the Constitution” went through a being interpreted as a monopoly interpretive of constitutional rules by the Brazilian Supreme Court.

2. THE STF’S EMPOWERMENT AND THE (DE)CONSTRUCTION OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS: QUESTIONING OUR FAITH IN THE JUDICIARY

In a recent study on the democratic construction and the role of the judiciary, Tom Gerald Daly pointed out that in the new democracies the courts had an important factor as an agent of democratization, especially in countries like Brazil. In *“The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders”*, Tom Gerald states that the new democracies adopt a strong model of judicial review and that the question of the final say on constitutional issues ends up becoming a mental component of political bargaining. In this way, judicial review in new democracies is a requisite for an eventual democratic project, such as in South Africa, which had the task of validating the South African Constitution.

Tom Gerald Daly¹ points out that the role of the Supreme Courts in new democracies is different from those in more mature democracies. New democracies are generally supported by a substantially revised constitution and legislative residues from the authoritarian era, requiring courts to filter past laws to build a new democratic model. This work of reorganizing and conforming the previous law to the current Constitution is different from the role of institutional improvement performed by the courts in mature democracies. Added to this is the limitation of other political actors, in the face of the dominance of coalition presidential, stifled by a process of corruption and the low political participation of civil society. The constituent power inspired by the post-authoritarian models understood well to place the STF as an institutional constructor of the new democratic process, allocating greater institutional autonomy to the judiciary.²

Now, if the milestone of the process of democratization was the Constitution, which in its widely prolix disposition designed several public policies linked to the

¹ DALY, Tom Gerald. **The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 6.

² Ernani Carvalho points out that: “In Brazilian political history, full of authoritarian passages, the political dependence of the courts on other branches of power, particularly on the Executive, only loses strength in the Constitution of 1988. Despite being a constant in constitutional history, the search for greater autonomy and independence of the Judiciary only took strong contours in 1988. The autonomy achieved will be an important explanatory vector for the process of judicialization of politics”. CARVALHO, Ernani. *Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207, Apr. 2010.

realization of fundamental and social rights, and article 102, caput, of the same constitution, makes it clear that the Supreme Court exercises primarily function of guardian of the constitution, there is no denying that there is a relevant role of this institution in this democratic enterprise.

When analyzing the STF, Tom Gerald Daly states that the Brazilian model maintained this idea of a classic Constitutional Court close to the European model, but that it remained as a Court of appeals. This hybrid model reinforces some questions for its classification of the STF as a democratic institution. In comparison with the post-war German Constitutional Court, for example, it can be said that the STF played a relevant role in the compatibility of laws of the authoritarian regime through the construction of a theory of reception, in the construction and effectiveness of a theory of rights in the construction of a public sphere as a mediator of the transition from the old regime to a new democratic order.

The author points out that the jurisprudence of the Federal Supreme Court in the first twenty years (1988-2008) is a fertile ground for analyzing time, progress, context, content and methodology in the role of democratization, highlighting that in the case of the Supreme Court the role of agent democratic remains to date.

This period was marked by the ideal of respect for the supremacy of the constitution, often used as an argumentative reinforcement for the construction of a new society, whose normative center was the Constitution itself. Note the efforts of the STF Justices and academics to implement an effective constitutional order in re-democratized Brazil, built through the jurisprudence of the Supreme Court itself and intense doctrinal mobilization of authors such as Luis Roberto Barroso, José Afonso da Silva, Clèmerson Merlin Clève, Lenio Streck, Paulo Bonavides among others.³

This era was marked by the introduction of German and American theories in the application and construction of the new constitutionalism, having as main authors Hans Kelsen, Konrad Hesse, Friederich Müller, Peter Härberle, Robert Alexy, Ronald Dworkin, and others. These authors were debating constitutional issues based on the structural problems of their countries, a fact that was very little respected in Brazil, generating a methodological syncretism that often contradicted the authors' theories. This problem directly interfered in the construction of a constitutional epistemology consistent in the STF, resulting in a casuistic and imprecise jurisprudence.

³ Luis Roberto Barroso, one of the precursors of the theory of effectiveness in Brazil, includes: "The constitution or the first legal document of the State, as the hierarchical chronological point of view. Endowed with supremacy, its rules should have a preferential application, condition, adequacy, and validity of all normative acts. A constitution, when establishing the State, (a) organizing the exercise of political power, (b) defining the fundamental rights of the people, and (c) defining the public principles and objectives of the people affected". In: BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291.

The process of hermeneutic construction in the STF goes far beyond the dogmatic approach of the institutes, often based on random models of collective or individual attitudinal argumentation by the justices themselves, without any improvement in the construction of the decision model. Sometimes the construction of votes does not obey a rational theoretical pattern, making the doctrinal constructions exported into mere rhetorical subterfuge, approaching much more a consequentialist and decisionist model.⁴

At this first moment, it is necessary to separate mature democracies from new democracies. The American and German models for example are more mature democracies. Therefore, criticisms of constitutionality control focus on the process of improving the democratic regime. Thus, the effects of the decision by *Marbury v. Madison*, decided in 1803 by the United States Supreme Court, which practically inaugurated the constitutionality control model through the idea of Constitution Supremacy, must be interpreted based on the ideals of the American Constitution of 1787, that is, a democratic model still under construction at that time.

Tom Gerald Daly points out that on the American scene the debate over the role of the courts has been debated since the end of the 19th century, both concerning the implications of the reasons for the US Supreme Court in *Marbury versus Madison*, as well as the application of judicial review strong, manifested in the *Lochner* era.

It should be noted that the American Supreme Court is seen by society itself as a legitimate constitutional coordinator to deliberate on constitutional issues, and there has been a vast study since the mid-twentieth century by political scientists on the democratic functions or dysfunctions of the judiciary.⁵

The Brazilian democratic model, on the other hand, had to learn to deal with an institution that gained enormous power with the 1988 Constitution, without a specific methodology for that, often requiring the uncritical use of standards of judicial control in more mature democracies. Between hits and misses, it can be said that the construction of a theory of fundamental rights, the implementation of rights, and the correction of some defects in the democratic process were important milestones for the democratization process. However, what was supposed to be a process of re-democratization

⁴ Note the problems of application of the principle of proportionality by the STF, which, in addition to not applying a collective institutional standard model, has left it up to each Justice and consequently to the other members of the judiciary to apply the theory. It should be noted that in Brazil, jurisprudence cites Robert Alexy in a hegemonic way, without highlighting that the German Constitutional Court sometimes uses a different decision pattern in the application of proportionality. NETO, João Andrade. **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**. Springer, 2018.

⁵ Martin Shapiro and Alec Stone Sweet point out that: "The judicialization of policy-making is, in essence, the formalization of an extensive and intimate form of what in American parlance has been called 'coordinate construction'. Justices and parliamentarians deliberate in the language of constitutional law and make reasoned decisions about the constitutionality of legislation; these deliberations then structure both judicial legislative behavior and constitutional lawmaking processes". SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 208.

and harmonization of the Constitution has become a project of institutional entrenchment and monopoly of the Constitution.

3. INSTITUTIONAL ENTRENCHMENT AND MONOPOLY OF CONSTITUTION

This role of constructing a new democracy was not well interpreted during the first years of the 1988 Constitution, as seen in the debates of the Supreme Court at the time, mainly the arguments against a more activist role of the Court by Justice Moreira Alves.⁶ Justice Moreira Alves was a voice for judicial self-restraint in the Supreme Court, sometimes criticizing the withdrawal of civilian powers from the Court, a fact that extended the use of a strong constitutionality control model for almost a decade.⁷

The Court was much more concerned with its image in the current political scenario and in building a strong judiciary than exercising the role of constructing a more comprehensive democratic model, in line with the process of democratization. It should be noted that the expansion of constitutionality control was a common phenomenon in the world, as Tom Ginsburg highlighted: “Judicial review reflects the incentives of constitutional designers to adopt a form of political insurance. By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution-making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable”.⁸

It can be said that the first ten years of Brazilian constitutionalism were of institutional self-construction, modeled after the international Supreme Courts, ceasing to be that institution hitherto unknown, as Aliomar Baleeiro pointed out.⁹ This period was of great importance, as stated by Fabiana Oliveira when she said that in the period

⁶ LEGALE FERREIRA, Siddharta; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, vol. 2, ago./dez. 2012.

⁷ In the speech of the mandate of Justice Sydney Sanches, Justice Moreira Alves declared: “The glaring imbalance, in our society, of the distribution of incomes, leads to the emergence of tendencies in the magistracy, especially the younger one, to reduce it through decisions that violate head-on. The law when it appears that it is not fair to apply it to the specific case. It is an old phenomenon in the times, although it presents itself with new names, as currently the movement of alternative judges. (...) Muratori said that the second of the maxims to regulate the balance of the Judiciary is that “judges should not under the pretext of equity murder Justice”. In commenting on it, he started by pointing out that, although it was necessary to attribute sometimes the power to judge by equity, this “easily becomes abuse and prejudice to Justice”, because “there were and will always be those who, in the Courts, they think they are superior to all laws and all contracts”. ALVES, Moreira. [Discurso]. In: **Solenidade de posse dos Ministros Sydney Sanches, na Presidência e Octavio Gallotti, na Vice-presidência**: sessão solene realizada em 10-5-1991. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993. p. 6-25.

⁸ GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 33.

⁹ The STF Justices of the pre-constitutional period did not ignore the political role of the STF, however, the Court was not a real power in the authoritarian period, resulting in disillusionment regarding its institutional role. Justice Aliomar Baleeiro pointed out that: “Around an institution relatively protected from public curiosity,

1988/1995 “the Supreme Court started to occupy a distinct space in the country’s political life”, highlighting “that the Supreme Court’s performance has changed, now the Supreme Court Justices openly assume their position as essential political actors”.¹⁰

The second decade of the STF, on the other hand, reflected the impacts of the construction of a Court that began to directly influence the Brazilian political scenario, developing a kind of constitutional messianism, establishing an institutional view that would soon be severely criticized by the indoctrinators. The construction of a more activist Court began in the first period of the 2000s, having its culmination with the reform of the judiciary through EC 45/2004, allowing the passage from a theory of constitutional supremacy to judicial supremacy, leading to the rise the judiciary to the detriment of the role of constitutional mediator in the process of re-democratization.

Alexandre Azevedo Campos explains that the advance of activism in the Federal Supreme Court is of an institutional nature, established many times by the legislative power itself with the creation of Constitutional Amendment n.45/2004, and by Ordinary Laws such as 9.868 / 1999 and 9.882 / 1999. According to the author, “it was not, however, just a radical change in the structure of constitutionality control, but in the structure of opportunities for a new dynamic of constitutional interpretation and construction of the legal order”.¹¹

It should be noted that in 2008, in the possession of Justice Gilmar Mendes, Justice Celso de Mello described the role of the Supreme Court in the Brazilian democratic model, paving the way for a premature debate on the judicialization of politics and judicial activism: “Practices of judicial activism, Mr. President, although moderately performed by this Court in exceptional moments, an institutional necessity becomes, when the organs of the Public Power omit or delay, excessively, the fulfillment of obligations to which they are subject by express determination of the constitutional statute itself, even more, if one bears in mind that the Judiciary, in the case of state behaviors that are offensive to the Constitution, cannot be reduced to a position of pure passivity”.¹²

José Ribas Vieira adds that the STF gradually took over the space designed by the 1988 Constitution and that the institutional enlargement of the court does not depend on the judicialization of politics. “Such a process means a centralization of power to the detriment of other instances of the judiciary. This institutional dynamic results,

such as the Supreme Court, myths are formed, which contribute to its prestige, albeit at the price of illusions. BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Federal, esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 110.

¹⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p.147.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 258.

¹² MELLO, Celso de. Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em Nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 199-247, 2008.

for example, that, in the universe of the STF, this jurisdictional activism conflicts with the judicialization of politics in the first instance”.¹³

Diego Werneck Arguelhes and Evandro Proença Sússekind point out that “high-intensity conflicts that profoundly affect that society - before the new constitution, the more we may question whether the expansion of the Supreme’s power was an umbilical phenomenon linked to re-democratization”.¹⁴

Faith in the Constitution resulted in faith in the judiciary, mainly in the figure of the STF as guardian of the Constitution of a new constitutional democracy. This democratic construction through a judicial institution has led to what American scholars, such as Mark Tushnet and Jeremy Waldron, call the Strong Judicial Review, questioning the democratic legitimacy of the role of the Supreme Courts to the detriment of the Legislative and Executive, which are majority institutions and elected by the people.

Jeremy Waldron, for example, argues that strong judicial control of legislation is inappropriate as a model for final decisions in a democracy. There is no evidence that the court when repealing legislation is speaking on behalf of the people, the theory of constitutional pre-engagement, in which the Supreme Court should protect previously established commitments is an unfounded mystique, since “when citizens disagree about this, it is not clear why granting judges the power to decide should be understood as maintaining a pre-commitment”.¹⁵

In twenty years of democracy, the STF has ceased to be a self-contained institution and intermediary in the institutional architecture of a new democracy, to become the main constitutional designer of democratic arrangements, often subjugating the other powers of the republic through strong judicial control. Luís Roberto Barroso, before becoming a Justice of the Supreme Court, pointed out in 2008 that the Court began to play a more active role in Brazilian institutional life, and that judicial activism at that time was not a problem, but a risky solution that should not be to deviate from the democratic dysfunctions that plagued institutions, such as the crisis of representativeness, legitimacy, and functionality of the Legislative Power.¹⁶

Oscar Vilhena Viera points out that the detailing of the 1988 Constitution resulted in the judicialization of all acts of public life and that the freedom of other political actors ends up being empty, since “any more abrupt movement by administrators or

¹³ VIEIRA, José Ribas. Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, p. 45-58, 2009.

¹⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; SUSSEKIND, E. P. Judicialização antes da democratização? O Supremo Tribunal Federal e o Destino da Emenda Constitucional das ‘Diretas Já’. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, p. 1-16, 2018, p. 5.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. O judicial review e as Condições da Democracia. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

legislators generates a constitutionality incident, which, as a rule, flows into the Supreme Court”.¹⁷

However, excessive judicial activism is often a phenomenon closer to the allocation of institutional power than the possible correction of democratic dysfunctions. Alexandre Garrido says that “the realistic approach to the phenomenon of the judicialization of politics allows us to affirm that the progressive transfer of powers to the judiciary in contemporary democracies serves the interests of a Supreme Court that seeks to highlight its political influence”.

It should be noted that this moderating power role attributed to the STF triggered a democratic imbalance in the institutions, concentrating too much power in the judicial sphere to the detriment of the other representative powers, transforming the STF into a permanent blocking institution (veto-player).¹⁸

The Supreme Court as a constitutional creature took possession of the Constitution through the theory of the last constitutional word, denaturing the Constitution in its political-democratic sense, taking possession of the constitutional soul, causing the creator and creature to merge into a single institution. So that in the eyes of society it is almost impossible to dissociate the Constitution from the STF, making the court a permanent constituent power, as Justice Luis Roberto Barroso himself pointed out.¹⁹

Walter F. Murphy, in analyzing the issue of American judicial supremacy, notes that the transition from judicial review to judicial supremacy is a matter of claiming purpose. This link rests on the judicial exclusivity for interpreting the law, including the

¹⁷ In the same sense, Ran Hirshl points out that: “Over the past two decades the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in numerous countries and several supranational entities, fundamental constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. Most of these policies have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review. National high courts and supranational tribunals meanwhile have become increasingly important, even crucial, policy-making bodies. To paraphrase Alexis de Tocqueville’s observation regarding the United States, there is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one. This global trend toward the expansion of the judicial domain is arguably one of the most significant developments in the late twentieth and early twenty-first-century government”. HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, 2004, p. 71.

¹⁸ This phenomenon was named by Oscar Vilhena Vieira as Supremocracy: “Supremocracy is unprecedented power conferred on the Supreme Federal Court to give the last word on decisions taken by other powers concerning an extensive list of political, economic, moral and social issues, even when these decisions are linked by amendments to the Constitution. The “supremocracy” is a consequence of mistrust in politics and the hyper-constitutionalization of Brazilian life. Its architecture is based on the concentration of three jurisdictional functions in the hands of a single court, as well as the creation of direct access channels for politicians to provoke the jurisdiction of the Court”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 447.

¹⁹ As José Adércio Leite Sampaio rightly pointed out: “We are not going to take sides on the legitimacy of the constitutional judge to rework, reinventing, the constituent work, but affirm that, empirically, it re-elaborates or reinvents, sometimes intentionally intricate”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 893

Constitution itself as the supreme law, on the ambiguity of the constitutional text on the interpretative authority of other branches, and on the need for an institution that has supreme power to guarantee the supremacy of the constitution.²⁰

The Supreme Court gradually drew up an invulnerable institution under the control of the other powers, placing itself as a messianic institution that should be responsible for constitutional custody alone, based on a judicialized democracy whose representative bases were about to collapse. The culmination of the problem occurred in the judgment of AP (Criminal Prosecution) N. 470, commonly referred to as big allowance (mensalão) since it was not a simple case of corruption in a vote-buying scheme that was being judged, but also the legislature itself as a democratic institution. Note that the STF emerged from an institutional omission in the case of the impeachment of ex-President Collor, to a total monopoly on the power to subdue an agonizing and corrupt legislative power.

The mastery of interpretive techniques, at the time, was not intended to correct and improve legislative power, but to condemn an entire political class and, consequently, the legislative power itself. What was witnessed was an inter-institutional battle at the Supreme Court, followed daily by society through TV Justiça and other radio and television channels, generating a feeling of revolt and dissatisfaction with politics. For Oscar Vilhena Vieira, this trial projected the STF to a new level in Brazilian public life, highlighting that “with the big allowance (mensalão), the Supreme Court took a definitive step in affirming its power to control the conduct of the highest authorities in the country”.²¹

With a constitution dehydrated by constitutional supremacy and a framework of instruments such as the binding summary, the STF started to exercise a normative power similar to the legislative one, only much more powerful in terms of argumentation and legal construction. The binding summary is born to correct the problem of the Supreme Court’s *stare decisis*, given the dispersion of jurisprudence about the STF judgments. However, by establishing a legal effect on the binding, the legislator ignored the common law tradition and instrumentalized a Supreme Court that was undergoing extensive institutional expansion.

Still in the expansion phase, with the new reformulation of the STF composition, especially with the entry of Justice Luis Roberto Barroso, the STF gradually underwent a theoretical refinement in the exercise of its functions. Under the (neo)constitutionalist and post-positivist foundation, a doctrine that became hegemonic in the law professions, the STF started to legitimize it is judicial sovereignty through antipositivist legal

²⁰ MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L. (Orgs.). *Encyclopedia of the American Constitution*. United States: Macmillan, 2000, p. 1488.

²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 199.

theories. Neoconstitutionalism presented itself as a new feature of contemporary constitutionalism in the face of overcoming legal positivism, intending to overcome the existential crisis of Law. According to Miguel Carbonell, the term (neo) constitutionalism is not one, it can be read both in the plural and in the singular, dividing itself into two distinct doctrinal questions. The first can be defined by the new characteristics of contemporary constitutionalism, and how these changes operate on the new constitutional model. The second, on the other hand, refers to a new theory of law that aims to justify and explain this new theoretical paradigm.²²

However, what should be a criticism of a systematic model of describing law independent of morality has become a motto against the law itself, often mistaking positivism as a theory with democratically produced legislation. Theoretical confusions created a judge who was no longer bound by the “cold letter of the law”, having political, moral and institutional legitimacy to overcome the law as a normative source, under an alleged ideal of justice. Nevertheless, the legal positivism of an exegetical matrix of the judge’s total binding to the law had already been overcome by Kelsen’s positivism, for whom “the validity of a legal norm cannot be questioned on the pretext that its content is incompatible with some moral value or political”.²³ For positivism, the separation between law and morality was only on the plane of validity and not of efficacy and effectiveness.

However, Brazilian legal theory has come to view positivism as an enemy to be defeated, accusing it, often mistakenly, of having legitimized Nazism. How can a persecuted Jew, who criticized Carl Schmitt’s theory about the “Guardian of the Constitution” in the figure of the Reich president, proposing a democratic Constitutional Court model for law control, have created a theory that legitimized his persecutors?²⁴

The war against legislation involved the use of the *ad hominem* argument against Kelsen himself, who instead of attacking the theoretical inconsistencies of the fundamental rule, for example, national authors began to attack any positivist theoretical model that had some legitimacy legislation. Positivism came to be confused with a positive norm and a “cold letter of the law”, giving rise to decision-making and arbitrary model, in which the judicial will prevails.

²² Para Miguel Carbonell, “Lo que haya de ser El neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas”. CARBONELL, Miguel. *Prólogo: nuevos tempos para el Constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 9-10.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 166.

²⁴ RODAS, Sérgio. Positivismo jurídico não legitimou nazismo, e sim combateu o movimento de Hitler. **Conjur**, 2019. In: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo-sim-combateu>. Access in 21/01/2019.

The overlap of the judiciary over the legislator and the legislation itself had two bases: the first with the deconstruction of a law theorist, in which authors such as Alexy and Dworkin²⁵ were used inappropriately and decontextualized to dispose of that a certain model of legal positivism had defeated, demanding that any norm could be interpreted by judicial voluntarism through a moral appeal. The second occurred at the institutional level, in which the judiciary became a type of superego in a society tired of ineffectiveness, inefficiency, and political corruption, with the Justices as the central figure when judging the criminal cases of original jurisdiction.

This phenomenon had its peak in the last decade, leading to a crisis in the legislature itself as a democratic institution and in its institutional legitimacy to perpetuate social changes. Jeremy Waldron points out that we have come to see the legislative activity as unworthy, and that “people have convinced themselves that there is something unseemly in a system in which a legislature is elected, dominated by political parties and making their decisions based on majority government, has the final say on issues of rights and principles.”²⁶

The institutionalization of aggressive control of constitutionalism resulted in the loss of space for political debate and self-government, weakening the democratic process in the representative sphere. Samuel Issacharoff, analyzing the era of the rise of the judiciary as the guardian of democratic commitments, highlights that “fragile democracies are plagued by weak institutions. Courts are called upon to reinforce institutional weaknesses by imposing, and often creating, a constitutional structure that allows democratic governance to have at least a chance of success.”²⁷

Fernando Gama de Miranda Netto points out that such empowerment of the Judiciary is due to a determined hermeneutic approach on the part of the Court, extrapolating the positive law, therefore appealing to the moral order.²⁸ Thus, the Supreme Court often calls for unnecessary meta-legal constructions, out of difficult cases, avoiding law enforcement by subsumption, applying unnecessary interpretive methods to remove law enforcement, leading to interpretive authoritarianism. This

²⁵ It appears that the STF ignores the differentiation that Dworkin made between principles and policies. For the author, the courts must make decisions based on principles and not policies. The principle forum is related to the application of strictu sensu principles that are related to the rights of individuals and not to specific political issues that involve social, economic and public policies. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

²⁷ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 196. For Samuel Issacharoff: “Democratic politics needs and deserves a wide berth, with all the messiness and interest group battles that ensue. Excessive constitutionalization of policy risks debilitating rather than promoting democratic self-government. The hard question is to find a zone of proper political disagreement that is not subject to being commandeered by a too ready recourse to constitutional principle”. *Ibidem*, p. 282.

²⁸ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; PEREIRA, Daniel Nunes. Supremacia Judicial e Superego na Justiça Constitucional. **Libertas**, v. 1, p. 114-143, 2014.

court with ample normative powers went from inactivity to tyranny in thirty years of the Constitution.

4. THE CONSTITUTIONAL CHANGE OF ART. 102, CAPUT, OF THE CONSTITUTION: DEFERENCE, SUPREMACY AND JUDICIAL SOVEREIGNTY

As previously highlighted, discursive theories have come to play a fundamental role in the construction of STF legal decisions. This discursive model has a claim of moral correction or a criterion of justice that validates the law through universal moral conceptions. However, what should be a form of restraining judicial arbitration has come to be used as a rhetorical foundation to legitimize judicial activism to correct institutional injustices and intervene in other powers.

This phenomenon of transfer and loss of power has been a constant in these more than 30 years of democratic period, in which the legislative power, in addition to instrumentalizing the judiciary with broad normative powers and contesting its formulation process before through Concentrated Action or Writ of Mandate Security, also began to transfer morally controversial issues to the judiciary, to avoid the political cost of decision-making, making the Supreme Court a type of second way of ratifying political decisions. Rogério Bastos Arantes pointed out that the transfer of authority from the legislature to the judiciary and constitutionalization of rights represents “a cost for political elites, but they will prefer this type of ‘insurance’ if the probable costs of future electoral losses seem greater”²⁹

The issue becomes more worrying when Justice Luis Roberto Barroso himself destroys the image of the legislature by stating that “due to different circumstances, the Judiciary and the Supreme Federal Court itself are, in general, more liberal/progressive than the Legislative, where the influence economic power has become excessive and distorted from representation”. This idea of distorted legislative power influenced Justice Barroso’s decision when judging the Question of Order in Criminal Action No. 937- RJ, highlighting in his vote that: “The problems and dysfunctionalities associated with the privileged forum can and should produce changes in constitutional interpretation. Thus, to better make it compatible with the constitutional principles, as well as to reduce the dysfunctions produced, the rules of the 1988 Constitution that establish the hypotheses of the forum by the prerogative of a function must be interpreted restrictively”³⁰

²⁹ ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando. (Orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 198.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. AP 937-RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 11.06.2018. STF, 2018.

The constitutional rules of jurisdiction were changed through constitutional change, that is, an informal change in the constitution without changing the text, to meet social and democratic developments. However, as Anna Candida da Cunha Ferraz warns: "Constitutional change alters the meaning, meaning, and scope of the constitutional text without violating its letter and spirit. This is the fundamental characteristic of the notion of constitutional mutation that deserves, for now, to be highlighted. It is, therefore, a constitutional change, that is to say, that, indirectly or implicitly, is accepted by the Major Law".

In the case, however, art. 102, I, "b" of the Constitution, despite the dysfunctions caused by the judicial slowness and the overload of competences of the STF, had as a constitutional spirit to preserve and guarantee the representative political mandate, that is, it was an original rule that aimed to guarantee the process political and the democratic game. Therefore, its amendment should have been carried out through an institutional dialogue process and not through an interpretative restriction of the constitutional rule by the STF, resulting in the breakdown of the separation of powers.³¹

François Rigaux makes it clear that there is a dynamic relationship between the legislator and the judges, in which the higher the judicial hierarchy, the closer the judges are to the exercise of the legislative function. This role of filling constitutional gaps employing judicial techniques such as weighting can be misleading, as the author warns: "most of the time, it is the judge himself who creates the alleged gap by identifying a new need while striving to satisfy -over there".³² Thus, unlike legislators who have legal and constitutional restrictions on the exercise of their mandate, under penalty of judicial control, it is the judges, especially those of the Supreme Court, who stipulate the limits of their performance, delimiting or continuously expanding their powers according to the case at trial.

The expansion of the political role of the judiciary in the Brazilian scenario does not depend exclusively on the institutional design or the transfer of power carried out by political institutions, despite having a significant influence on the behavior of the Supreme Courts. However, the judges' interpretative stance towards maintaining

³¹ Jane Pereira Reis warns about the risks of the judiciary directly assuming the role of political representation of society: "The notion that the courts are representatives of society is seductive because it seems to solve, in a word composition, the difficulties inherent in the tension between democracy and constitutionalism. But it is doubtful because it artificially brings together two different realities. The modern notion of political representation is closely linked to the free mandate, in which the representative acts with full autonomy, without being bound by the will of the represented. This lack of connection of wills is compensated for by its elective and transitory character, which, in theory, allows institutionally effective control of its democratic performance. The investiture of the judges does not have a direct popular origin, and in our system, it is not transitory, but for life. On the other hand, the performance of the judges is not politically free, nor is their permanence in office legally linked to the majority will of the people". PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com "A razão sem voto" de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (Org.). **A razão e o voto**. São Paulo: FGV, 2017, p. 373.

³² RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 323.

judicial supremacy and the use of theoretical instruments unrelated to an institutional democratic project are essential factors for judicial activism. As Rodrigo Brandão approached, the judicialization cycle depends on the acceptance of the political burden by the judges, considering “it is a typical function of the judiciary to resolve these controversies, adopting an activist stance in the direct application of principles, in the use of complex technical and moral arguments, in the use of more fluid methods and interpretations than subsumption”.³³

Analyzing the institutional construction of the STF regarding the expansion of its powers, it appears that the STF in 31 years of the constitution has made a true constitutional change in art. 102, caput, of the Constitution, specifically concerning the reach of the possible meanings of “primarily, the guard of the Constitution”. The open texture and indeterminacy of art. 102, caput, of the Constitution, makes that constitutional rule more susceptible to constitutional mutation since its text imposes less restriction on the activity of the interpreter. As highlighted by Cláudio de Souza Pereira Neto and Daniel Sarmento: “plasticity gives the constitutional system a greater learning capacity; by making it more permeable to inputs from social reality”.³⁴

The original constituent’s project was to protect or take care of compliance with the Constitution, a mission that was accomplished in the first decade of the Supreme Court, with Justice Moreira Alves as one of the prominent figures at the time. Rodrigo de Oliveira Kaufmann points out that for Justice Moreira Alves, the Constitution was a guarantee of the institutions and that political stability and security were values that should serve as a parameter of constitutional interpretation, “leaving the larger dimension of discussion to the democratic and political space about new rights and duties”.³⁵

This fact can be observed in the Injunction n. 107-3, adopting the non-concretist theory, in which Justice Moreira Alves, in his vote, stressed that it would not be up to the judiciary to provide legislation even if provisionally, demanding greater deference to the institution’s policies. The “guard of the constitution”³⁶ was procedural and aimed at ensuring the balance of democratic institutions.

³³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Dialogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012, p. 84.

³⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional, Teoria História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

³⁵ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. **Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>. Access in 21/01/2019.

³⁶ For John Hart Ely, “Malfunction occurs when the process is undeserving of trust when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system”. ELY, John Hart. **Democracy And Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 88.

From the 2000s onwards, the “custody of the Constitution” underwent a constitutional change and began to be interpreted as a monopoly on constitutional interpretation, as confirmed in the vote of ADI 3.345, by the rapporteur of the Min. Celso de Mello:

*The normative force of the Constitution of the Republic and the monopoly of the last word, by the STF, in matters of constitutional interpretation. The exercise of constitutional jurisdiction - which aims to preserve the supremacy of the Constitution - highlights the essentially political dimension in which the institutional activity of the Supreme Court is projected, since, in the process of constitutional inquiry, the great prerogative of deciding is based, ultimately, about the very substance of power. In the power to interpret the Basic Law, there lies the extraordinary prerogative to (re) formulate it, behold, the judicial interpretation is included among the informal processes of constitutional change, meaning, therefore, that “The Constitution is in permanent elaboration in the Courts charged with applying it”. Doctrine. Precedents. The constitutional interpretation derived from the decisions made by the STF - to whom the eminent role of “guarding the Constitution” (CF, art. 102, caput) has been attributed - assumes an essential role in the institutional organization of the Brazilian State, justifying the recognition of that the political-legal model in force in our country gives the Supreme Court the unique prerogative of having the monopoly of the last word on the subject of exegesis of the rules inscribed in the text of the Basic Law.*³⁷

Guarding the Constitution came to be understood as an interpretative monopoly of the Supreme Court, in which judges and constitutional courts would have moral and political superiority over other institutions. However, as Thomas Bustamante warns, “the interpretative controversies within the court are identical in nature to the disagreements that exist in the political process in general, and the disagreements among the court judges themselves are also decided by the majority principle”.³⁸ The term precipitously constant in the constitutional norm cannot be interpreted as exclusively, under penalty of insulting the literality of the constitutional text itself.

The idea that art. 102, caput, of the Constitution, attributed to the Supreme Court a role of epistemic prominence to the other institutions is anti-democratic and violates the principles of popular sovereignty and the separation of powers, allocating immense institutional power through an interpretive inversion of the supremacy of the

³⁷ BRASIL, STF, ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.

³⁸ BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da Legalidade: Temas de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 11. For Jeremy Waldron: “Judges vote when they disagree and—as we all know— many important U.S. Supreme Court cases are settled by a vote of five to four among the justices, even when the Court is reviewing legislation and deciding whether to overturn the result of a majority vote among elected representatives”. WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 246.

constitution by judicial supremacy, violating the institutional design projected by the original constituent, constitutionalizing an activist position of the STF. Diego Werneck Arguelhes and Thomaz Pereira point out that:

To imagine that, as “guardian of the Constitution”, any acts of the Legislative or Executive that contradict an interpretation of the STF is under the authority of the STF is to set aside the idea that the Constitution is composed of rules of two types: (i) rules of competence and (ii) substantive rules. In this sense, enforcing its constitutional interpretation while ignoring that the Constitution established zones of autonomy for other powers is not the same as defending the “supremacy of the Constitution”, but rather establishing the supremacy of the STF, which would have the power to disregard rules constitutional rules of the first type in the name of an alleged prioritization of constitutional rules of the second type.³⁹

Finally, in this last stage of constitutional change or mutation, we can see the transition from a model of judicial supremacy to institutional sovereignty of the Supreme Court, completely abandoning the Kelsen model of negative legislators and assuming the possibility of building abstract and general normative standards through judicial decisions, for example in additive sentences that practically create rules for the gaps generated by the declaration of partial unconstitutionality of a rule, or manipulative sentences in which the STF can modify or edit a rule in terms of constitutionality control.

Emílio Peluso Neder Meyer, when critically analyzing the modalities of judicial decisions, highlights that: “the judicial decision, when it uses techniques of evident pragmatic nature, such as modifying sentences, the declaration of incompatibility, the appeal to the Legislator and the binding and repristination effects (this, when evidently misused), closes the doors for the legitimacy of the exercise of jurisdiction, which arises precisely from the possibility that the addressees-jurisdictional feel as authors of the provision.”⁴⁰

I understand like judicial sovereignty the possibility for a Constitutional Court to alter, modify, create or edit rules of competence of political institutions that affect society through an extremely strong constitutional review procedure, imposing the will of eleven justices at the expense of the democratic process. Thomas Bustamante points out that political decisions follow the rule of reasonable disagreement, in which the legislative deliberative process takes into account the exclusive positions of the

³⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, T. H. A. J. Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro? In: LEAL, Fernando. (Org.). **Constitucionalismo de Realidade: Democracia, Direitos e Instituições**. Belo Horizonte: Forum, 2019, v. 1, p. 103-124

⁴⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 285.

participants, emphasizing that “no constitutional court must have the power to irreversibly annul the validity of a law that is formally established by the legislative branch”.⁴¹

Note that the Judicial Sovereignty does not dialogue with the other powers, but imposes a legal duty, as in the case of the Interlocutory Appeal in *Mandando de Segurança* nº 31.816 / MC, in which Justice Luiz Fux established the procedure for examining vetoes by the National Congress follow a chronological order. In injunction No. 34.530, also judged by Justice Fux, an injunction was granted to suspend the processing of the popular bill PL No. 4.850 / 2016, originating from the movement “ten measures to fight corruption”.

As the court itself highlighted on its website, the trials in 2019 had a strong social, political and economic impact, deciding questions about the criminalization of homophobia, the prohibition of automatic arrest after second instance conviction, the question of impossibility the unhealthy work of pregnant women, the sharing of bank data for investigative purposes, animal sacrifice, traffic violations, regulation of transportation by application, transfer of royalties, demarcation of indigenous lands, etc.⁴²

I am not questioning the merits of these actions, but the change in the democratic locus at the institutional level. While the political institutions experienced a struggle to approve the pension reform, the legal institution defined the directions of public policies that generate a great impact on democracy. The allocation of power by the STF is marked in the argument of Justice Luis Roberto Barro by stating that “in addition to the purely representative role, supreme courts occasionally play the Enlightenment role of pushing history when it gets stuck”.⁴³

This “enlightenment” stance outside legal procedures has no connection with the provisions of art. 102, caput, of the Constitution, but aims at creating judicial sovereignty that is beyond any interpretive method, as can be seen in the vote of Justice Luiz Fux in the precautionary injunction in the Direct Action of Unconstitutionality N. 6.298 - Federal District, which determined the indefinite suspension of the implantation of the Guarantee Judge created by Law 13,964/2019, without presenting any formal or material defect, alleging an alleged violation of the rules of judicial organization (art. 96 of the Constitution), creating a form of unconstitutionality due to defect thus guaranteeing judicial sovereignty.

The soundness of the political process is no longer a major factor for the analysis of constitutionality, as evidenced in the vote that suspended the articles of the referred law: “the fact that the questioned law was approved by the National Congress and

⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da Legalidade: Temas de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 218.

⁴² See SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamentos de impacto social, político e econômico marcaram pauta do STF em 2019**. 31 dez. 2019. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=433939>>.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 59.

sanctioned by the President of the Republic did not it works as an argument capable of minimizing the legitimacy of the Judiciary for the exercise of constitutionality control".⁴⁴

Contrary to the understanding presented by the Justice, in a democracy, the rule of law will always be an argument that must be taken into account when exercising constitutional control, under penalty of transforming the exceptionality of judicial interference in the political process into the rule. Thomas Sowell points out that the problem of judicial activism involves the foundation of decisions, questioning "whether these decisions are based on laws created by others, including constituent assemblies, or whether, on the contrary, it is the judges themselves who base their decisions on their conceptions about 'the needs of the time' and 'social justice' or other considerations that go beyond what is written in the law or legal precedents".⁴⁵ As Jeremy Waldron emphasized, "our respect for legislation is, in part, the tribute we must pay for the achievement of concerted, cooperative, coordinated or collective action in the circumstances of modern life."⁴⁶

The "guard of the Constitution" cannot be interpreted in a selfish and insular way, under penalty of subversion of the democratic constitutional model established by the original constituent. In this sense, the criticism of Lenio Streck, Marcelo Cattoni and Martonio Mont'Alverne, when stating that "a court cannot change the Constitution; a court cannot 'invent' the law: this is not its legitimate role as a judicial power in a democracy".⁴⁷

The STF, abandoning the constitutional scope of the democratic balance believer, started to occupy the political space of the other institutions, assuming the democratic game as a player and judge, becoming a player with wide veto power, demanding more and more another extra-procedural and political legitimacy for its actions. However, as Ingborg Maus rightly pointed out: "the judge does not have to act as a spokesman for any national feeling, but teaching a 'sick' people a 'healthy' feeling is precisely what his superego function consists of."⁴⁸

5. CONCLUSION

In conclusion, I return to the work of Tom Gerald Daly to highlight the four lessons that can be extracted from the Brazilian constitutional experience. The first highlights that incremental constitutionalism has its limits and that profound flaws in the

⁴⁴ BRASIL, ADI 6.299, rel. min. Luiz Fux, j. 22-01-2020.

⁴⁵ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: Realizações Editora, 2011, p. 266.

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, fev. 2013.

⁴⁸ MAUS, Ingborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33.

constitutional and political design in a new democracy cannot be mitigated by a constitutional court.

The Constitutional Court has a role of correction, effectiveness, and co-participation in the democratic construction, and must dialogue with the other institutions. On the other hand, the second lesson meets the arguments already presented, since there is no evidence or guarantee that a constitutional court will mitigate rather than exacerbate the flaws in the constitutional design. There is no way to predict the behavior of judges in the face of the transfer of interinstitutional powers in a new democracy. The third lesson points out that the elaboration of an excessively inclusive constitution and that bets on the constitutionality control for the realization of rights can hinder the construction of a democracy.

Thus, the excess of legitimates for proposing actions to control constitutionality results in permanent blocking and entrenchment of legislation in the Supreme Court. Finally, the fourth lesson warns that judicialization cannot be seen as a positive sign of the democratic trajectory but as a sign of institutional problems that must be corrected for democratic development.

Such issues are closely linked to the role of the Constitutional Courts in new democracies, especially the case of Brazil. In these 31 years of the constitution, the STF has gone from an institution unknown to Brazilian society to the center of political debates. However, instead of correcting and strengthening the democratic process with the other institutions, the court expanded its powers and competences to the detriment of the other powers, building a judicialized and unbalanced democracy.

Through an implicit process of constitutional change in art. 102, caput, of the Constitution, the STF went from deference to judicial supremacy, subverting the supremacy of the constitution into judicial supremacy, becoming a hegemonic interpreter of constitutional norms. Nevertheless, the court's powers in the past decade have again undergone a mutation, alternating between judicial supremacy and judicial sovereignty, effectively acting as a political institution.

Faith in the Constitutional Courts as builders of a new democracy revealed that although the Supreme Court has become an institution that guarantees the effectiveness of constitutional norms, it was not possible to guarantee political and democratic stability in institutional terms. Judicial protagonism is a democratic defect that must be corrected, under penalty of degeneration of institutional design and democratic institutions.

Thinking of the STF as "guardian of the Constitution" does not mean hegemony or institutional overlap, but an institutional collaboration between the powers in the construction of a new democracy. However, after 33 years of the Constitution, there is no turning back, if democracy is still our goal as a society, we must question our faith

in the judiciary and try to correct the institutional vices that weaken the democratic process and the exercise of constitutional jurisdiction.

6. REFERENCES

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVES, Moreira. [Discurso]. In: **Solenidade de posse dos Ministros Sydney Sanches, na Presidência e Octavio Gallotti, na Vice-presidência**: sessão solene realizada em 10-5-1991. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993. p. 6-25.

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando. (Orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; SUSSEKIND, E. P. Judicialização antes da democratização? O Supremo Tribunal Federal e o Destino da Emenda Constitucional das 'Diretas Já'. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, p. 1-16, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, T. H. A. J. Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro? In: LEAL, Fernando. (Org.). **Constitucionalismo de Realidade: Democracia, Direitos e Instituições**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Federal, esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Dialogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. AP 937-RJ**. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 11.06.2018. STF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em 21 jan. 2018.

BRASIL, STF, **ADI 3.345**, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.

BRASIL, STF, **Julgamentos de impacto social, político e econômico marcaram pauta do STF em 2019**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433939>. Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL, STF, **ADI 6.299**, rel. min. Luiz Fux, j. 22-01-2020, P, DJE pendente de publicação.

BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da Legalidade: Temas de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trota, 2009.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207, Apr. 2010.

DALY, Tom Gerald. **The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracy And Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo - Max Limonad, 2000.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GRIFFIN, Syephen M. **A Era Marbury: o judicial review em uma Democracia de Direitos**. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. **Conjur**, 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>. Access in 21/01/2019.

LEGALE FERREIRA, Siddharta; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, vol. 2, ago./dez. 2012.

MURPHY, Walter F. **Judicial Supremacy**. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; (Orgs.). Encyclopedia of the American Constitution. United States: Macmillan, 2000.

- MAUS, Ingborg. **O Judiciário como Suprego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MELLO, Celso de. Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em Nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 199-247, 2008.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e Jurisdição Constitucional: críticas às sentenças inter-mediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; PEREIRA, Daniel Nunes. Supremacia Judicial e Suprego na Justiça Constitucional. **Libertas**, v. 1, p. 114-143, 2014.
- MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L. (Orgs.). *Encyclopedia of the American Constitution*. United States: Macmillan, 2000.
- NETO, João Andrade. **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**. Springer, 2018.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Supremo Tribunal Federal: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier : FGV, 2012.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (Org.). **A razão e o voto**. São Paulo: FGV, 2017.
- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RODAS, Sérgio. Positivismo jurídico não legitimou nazismo, e sim combateu o movimento de Hitler. **Conjur**, 2019. In: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo-sim-combateu>. Access in 21/01/2019.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional, Teoria História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: Realizações Editora, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, fev. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamentos de impacto social, político e econômico marcam pauta do STF em 2019**. 31 dez. 2019. Available at: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433939>>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, José Ribas. Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, p. 45-58, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: Essays on Institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as Condições da Democracia. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.



Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos

Judicial challenges in pandemic times: strengthening the dialogue between the Inter-American Commission on Human Rights and the Brazilian Supreme Court for human rights protection

LUIZ EDUARDO CAMARGO OUTEIRO HERNANDES^{1,*}

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)
luizhernandes.pr@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0987-7821>

FLÁVIA PIOVESAN^{1,**}

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)
fpiovesan@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9441-8376>

Recebido/Received: 24.05.2022/ May 24th, 2022

Aprovado/Approved: 17.08.2022/ August 17th, 2022

Resumo

A pesquisa será guiada pela tipologia dos três desafios estruturais construídos neste artigo. Ela foi construída com base no contexto da pandemia no Brasil. Em

Abstract

The research will be guided by the typology of the three structural challenges built in this paper. It was built based on the pandemic context in Brazil. First, the research

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 371-388, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86138

* Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo. Procurador da República. E-mail: luizhernandes.pr@gmail.com.

** Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutora em Direito pela PUC/SP. Foi 2ª Vice-Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Foi visiting scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies (DRCLAS) na Harvard University (2018); visiting scholar no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2007-2018); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no MaxPlanck Institute for Comparative Public Law and International Law (2009-2014); human rights fellow no Centre for Brazilian Studies, University of Oxford (2005); e visiting fellow no Human Rights Program, Harvard Law School (1995). Foi membro da UN High Level Task Force on the Implementation of the Right to Development e do OAS Working Group on the monitoring of the Protocol of San Salvador on social, economic and cultural rights. E-mail: fpiovesan@hotmail.com.

primeiro lugar, a pesquisa descreve a resposta da CIDH. Em segundo lugar, a pesquisa descreve a resposta do Supremo Tribunal Federal por meio da análise de decisões históricas recentes. A metodologia utilizada na pesquisa foi a análise de conteúdo e dados documentais coletados a partir de amostras. Os resultados alcançados com a investigação demonstram a correção da hipótese e explicitam que o Supremo Tribunal Federal teve capacidade institucional para exercer a jurisdição constitucional a fim de superar, ou mitigar, desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger direitos humanos no Brasil, por meio do uso de instrumentos de cooperação interinstitucional, do empreendimento compartilhado e dialógico do exercício da jurisdição constitucional em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: desafios estruturais; sistema multinível; direitos humanos; constitucionalismo transformador; diálogo.

describes the response of the IACHR. Second, the research describes the response of the Brazilian Supreme Court through analysis of recent landmark decisions. The methodology used in the research was the analysis of content and documentary data collected from samples. The results achieved with the investigation to demonstrate the correctness of the hypothesis and make explicit that the Supreme Court had the institutional capacity to exercise constitutional jurisdiction in order to overcome, or mitigate, structural challenges aggravated by the pandemic context and protect fundamental rights in Brazil, through the use of instruments of inter-institutional cooperation and the shared and dialogic enterprise of the exercise of constitutional jurisdiction in a multilevel perspective of human rights protection.

Keywords: structural challenges; multilevel system; human rights; transformative constitutionalism; dialogue.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O impacto da pandemia sobre os direitos humanos nas Américas e, especialmente, no Brasil; **3.** O papel da Comissão Interamericana de Direito Humanos para a superação dos desafios estruturais e para a proteção dos direitos humanos durante a pandemia; **4.** O Supremo Tribunal Federal brasileiro, desafios estruturais e a proteção dos direitos humanos durante a pandemia; **5.** O novo paradigma do constitucionalismo no Brasil; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou oficialmente que o mundo vive uma pandemia proveniente da disseminação da Covid-19. Da doença, causada pelo SARS-CoV-2 (coronavírus), decorrem sintomas que variam de um simples resfriado até uma pneumonia severa. A patologia viral já havia atingido até então mais de 118 mil pessoas em todo globo¹, registrando-se 107.423.526 casos de COVID-19 até 12 de fevereiro de 2021².

A crise de saúde sanitária causada pelo SARS-CoV-2 (coronavírus) impactou negativamente o exercício dos direitos humanos nas Américas e no Brasil, em um contexto social marcado por desigualdades sociais profundas, por padrões históricos de discriminação e pelo déficit democrático, ou por um Estado de Direito fraco.

¹ ONU NEWS. **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**, 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/202003/1706881>. Acesso em: 17 maio 2022.

² OPAS BRASIL. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 17 maio 2022.

Na atual quadra do constitucionalismo, novas medidas são implementadas no âmbito das Cortes Constitucionais e dos órgãos jurisdicionais para a proteção dos direitos humanos. Essas medidas permitem um lugar de fala para a multiplicidade de interesses que caracterizam a sociedade complexa atual e seus conflitos policêntricos³. Afinal, quem vive a norma constitucional interpreta-a antecipadamente⁴.

A presente pesquisa busca demonstrar a seguinte questão-problema: O Supremo Tribunal Federal foi capaz de exercer a jurisdição constitucional com o fim de superar, ou mitigar, desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil? O artigo pretende demonstrar a hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal teve capacidade institucional para exercer a jurisdição constitucional com o fim de superar, ou mitigar, desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil, mediante o emprego de instrumentos de cooperação interinstitucional, do empreendimento compartilhado e dialógico do exercício da jurisdição constitucional, em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

A pesquisa adotou a metodologia de levantamento bibliográfico por meio da consulta a livros, revistas, periódicos e outras fontes de mesmas espécies, que embasaram os aspectos teóricos do tema proposto, e sem perder de vista a análise crítica da literatura atual. Realizou-se ainda pesquisa empírica mediante às análises de conteúdos e de dados documentais coletados a partir de amostras⁵. Essas correspondem aos documentos que registram os dados e conclusões do estudo “Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil”⁶ realizado pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, das recomendações editadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁷ e pelas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁸ no curso da pandemia Covid-19.

Registra-se os casos analisados foram escolhidos em razão de se enquadrarem na tipologia dos desafios estruturais desenvolvida nesta pesquisa, bem como por se

³ LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

⁴ HABÉRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 13-14.

⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 39 e ss.

⁶ NOIS. Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde. Nota Técnica 11. **Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil**, 2020. Disponível em: <https://ponte.org/wp-content/uploads/2020/05/NT11-An%C3%A1lise-descritiva-dos-casos-de-COVID-19.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

⁷ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020. **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Case law compilation: Covid-19**. 2nd ed. rev and updated. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

adequarem metodologicamente é noção do novo paradigma do constitucionalismo emergente nas Américas⁹ e, com especial menção no Brasil, pautado na abordagem dialógica¹⁰ e no constitucionalismo transformador¹¹.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o sistema multinível interamericano de proteção dos direitos humanos¹² pode engajar a participação, a cooperação e a construção de diálogos entre as instituições que o formam, como, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, e atores institucionais e sociais.

A pesquisa se justifica porque surge uma nova abordagem dialógica que ensejou o desenvolvimento do “diálogo entre cortes”¹³, o compartilhamento de *standards* comuns de proteção dos direitos humanos e a composição de um *ius constitutionale commune* latino-americano¹⁴, vetores nos esforços para a consolidação da democracia, para o aprofundamento do Estado de Direito e para a concretização do paradigma do constitucionalismo transformador em uma perspectiva multinível¹⁵.

O trabalho se desenvolverá em cinco seções essenciais além da parte introdutória. Na segunda seção, será analisado o impacto da pandemia sobre os direitos humanos nas Américas e, especialmente, no Brasil e se desenvolverá a tipologia analítica dos desafios estruturais que subsidiarão a pesquisa. Na terceira, estudar-se-á o papel da Comissão Interamericana de Direito Humanos para a superação dos desafios estruturais e para a proteção dos direitos humanos durante a pandemia e será estudada como amostra principalmente a Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direito Humanos. Por sua vez, a quarta seção buscará explicar como o Supremo Tribunal Federal brasileiro lidou com desafios estruturais estudados com foco na proteção dos direitos humanos durante a pandemia, e serão tomadas como

⁹ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: Cepal, 2009, p. 39.

¹⁰ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, p. 1-27, 2013.

¹¹ BOGDANDY, Armin, ANTONIAZZI, Mariela Morales, FERRER, Eduardo MacGregor, PIOVESAN, Flávia (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford, Oxford University Press, 2017. Ver também KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998.

¹² PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 142-15, 2014.

¹³ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e Justiça de Transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017, p. 1358.

¹⁵ ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, p. 59-90, 2020, p. 83.

amostras a casos selecionados a partir da coletânea *Case law compilation: Covid-19*. Na quinta seção, apresentar-se-á as características do novo paradigma do constitucionalismo no brasileiro com base nas análises normativas e empíricas das amostras estudadas. Por fim, concluir-se-á o artigo de forma a explicitar os resultados atingidos e a demonstrar que o Supremo Tribunal teve capacidade institucional para exercer a jurisdição constitucional com o fim de superar, ou mitigar, desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil, mediante o emprego de instrumentos de cooperação interinstitucional, do empreendimento compartilhado e dialógico do exercício da jurisdição constitucional, em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

2. O IMPACTO DA PANDEMIA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS E, ESPECIALMENTE, NO BRASIL

A pandemia impactou significativamente os direitos humanos nas Américas e, especialmente, no Brasil. Para que se possa entender esse impacto, necessário se faz primeiro considerar o contexto único das Américas, caracterizado por três desafios estruturais, todos agravados pela pandemia, quais sejam, desigualdade social profunda, padrões históricos de discriminação e déficit democrático ou Estado de Direito fraco. Os três desafios estruturais formam a tipologia dos desafios estruturais analisados no cenário brasileiro da pandemia Covid-19.

O estudo “Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil”¹⁶ realizado pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, a partir da análise descritiva dos dados da SRAG, alimentada pelas notificações realizadas pelas unidades de saúde públicas e privadas e disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, cuja extração dos dados ocorreu no dia 21 de maio de 2020, contendo dados atualizados até o dia 18 de maio de 2020, constatou que Municípios com baixo e com médio IDH possuíam índices de letalidade por Covid-19 duas vezes maior comparado com Municípios com IDH alto.

O estudo demonstrou ainda que, em relação à Escolaridade do paciente, as pessoas com nível de Escolaridade superior com caso grave da COVID-19 apresentaram uma menor proporção de óbitos (22,5%), que aquelas sem escolaridade (71,3%). Quanto maior o nível de escolaridade, menor a letalidade. A percentagem de óbitos de pretos e de pardos foi superior em relação aos brancos em todos os níveis de escolaridade. A situação se agravou com relação aos pretos e aos pardos sem escolaridade, os quais apresentaram um percentual quatro vezes maior de morte do que brancos com nível superior (80,35% contra 19,65%).

¹⁶ NOIS. Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde. Nota Técnica 11. **Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://ponte.org/wp-content/uploads/2020/05/NT11-An%C3%A1lise-descritiva-dos-casos-de-COVID-19.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2022.

O estudo apresenta como possível causa da disparidade dos resultados as diferenças de renda entre os pacientes dos grupos estudados, que geram disparidades no acesso aos serviços básicos sanitários e de saúde. Essas circunstâncias demonstram, além da profunda desigualdade social que afeta o Brasil, um quadro de discriminação estrutural¹⁷, cujo resultado é o aprofundamento dos padrões históricos de discriminação no Brasil. O cenário descrito impactou significativamente grupos especialmente vulneráveis no curso da pandemia no Brasil, como se pode demonstrar da análise dos números apresentados pelo estudo.

O contexto de desafios estruturais foi agravado no Brasil em razão da crise de representatividade democrática pela qual passa a sociedade brasileira, especialmente curso da pandemia. A crise de representatividade democrática ocasiona um déficit democrático e um enfraquecimento da noção de Estado de Direito no Brasil. A partir do instante que o processo eleitoral "(...) não consegue dar voz e relevância à cidadania"¹⁸, a noção de representação política nas democracias contemporâneas é questionada. Ao ser a representação política objeto de contestação, a lei fruto do processo democrático legislativo tem suas bases justificadoras abaladas. A consequência desse estado de contestação é a crise da legitimidade do império da lei (*rule of law*) inerente ao Estado de Direito em meio ao crescente populismo.

No exame dos elementos constitutivos do populismo, é possível identificar cinco elementos analíticos, conforme descreve Pierre Rosanvallon¹⁹. O primeiro é a concepção de povo baseada na distinção entre "eles" e "nós", que pode ainda ser representada pela tensão entre o povo-corpo cívico e o povo-corpo social. O segundo elemento é concepção populista da democracia estruturada em três elementos: a preferência à democracia direta; visão polarizada e hipereleitoral da soberania do povo que rejeita os órgãos intermediários e pretende domesticar instituições não eleitas (como tribunais constitucionais e autoridades independentes); a apreensão da vontade geral como sendo capaz de se expressar espontaneamente. O terceiro elemento é a concepção populista de representação, que está vinculada ao destaque da figura de um "homem-povo", com significativa capacidade de encarnação, para sanar o estado de deturpação existente. O quarto elemento é o nacional-protecionismo como forma de visão soberana da reconstrução vontade política e atenção à segurança de uma população, e não apenas como decorrência da ordem de uma política econômica. O último elemento constitutivo da ideologia populista é a utilização de um conjunto de emoções e paixões utilizado, como forma de mobilização dos afetos na política.

¹⁷ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020, p. 50.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CE-BRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, n. 1, p. 33-56, 2022, p. 41.

¹⁹ ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme: histoire, théorie, critique**. Paris: Éditions du Seuil, 2020.

Os cinco elementos analíticos do populismo contribuíram para os efeitos negativos da pandemia sobre os direitos humanos no Brasil, evidenciando a necessidade de medidas por parte das instituições do sistema interamericano de direitos humanos e do exercício da jurisdição constitucional brasileira para a mitigação, ou a superação, os desafios estruturais brasileiros na pandemia.

3. O PAPEL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS PARA A SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS ESTRUTURAIS E PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A PANDEMIA

A Comissão Interamericana de Direito Humanos editou a Resolução nº 01/2020²⁰, de 10 de abril de 2020, a qual estabeleceu padrões e recomendações, cujos *standards* de direitos humanos objetivaram a mitigação, ou a superação, dos desafios estruturais representados pelo aprofundamento da desigualdade social, pelos agravamentos dos padrões históricos de discriminação e pelo enfraquecimento do Estado de Direito e da democracia na América Latina em decorrência da pandemia Covid-19.

A Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, focou na efetividade das normas interamericanas de direitos humanos nos Estados-partes por meio de 86 recomendações. Essas exortaram os Estados a adotarem a abordagem dos direitos humanos quanto às políticas de saúde pública a serem implementadas visando o enfrentamento da grave pandemia que impactou negativamente grupos vulneráveis nas Américas.

Com vistas no desafio estrutural da desigualdade social profunda, a Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recomendou que as medidas a serem adotadas pelos Estados na atenção e na contenção da pandemia deveriam acolher a linguagem dos direitos humanos.

Dentre as medidas com foco no desafio estrutural da desigualdade social profunda, foram estabelecidas a Recomendação n. 4 e a Recomendação n. 6. A primeira teve por escopo garantir a prioridade ao direito à saúde, endossando o dever legal do Estado de salvar vidas, prevenir mortes e garantir proteção social efetiva. Já a segunda visou assegurar o direito às políticas públicas baseadas na ciência, reforçando o dever legal do Estado de fornecer acesso à informação e à transparência.

Já quanto aos agravamentos dos padrões históricos de discriminação, a resolução estabeleceu o dever dos Estados de adotarem perspectivas interseccionais²¹ e de

²⁰ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020. **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

²¹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. (coords). **Interamericanización de los DESCA: el caso Cuscul Pivara de la Corte**

prestarem especiais atenções às necessidades, ao impacto diferenciado de medidas de emergência e de contenção frente a pandemia da COVID-19 nos direitos humanos de grupos especialmente vulneráveis, como, por exemplo, os povos indígenas de acordo com a Recomendação n. 56, e daqueles privados de liberdade conforme Recomendação n. 45. Buscou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dar voz aos sem voz, proporcionar a visibilidade aos invisíveis e assegurar proteção especial a grupos e pessoas em situação especial de vulnerabilidade.

Por sua vez, a Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recomendou medidas quanto ao desafio estrutural identificado na tipologia do Estado de Direito debilitado. As Recomendações n. 20 e n. 32 se preocuparam com o déficit democrático nas Américas. O primeiro *standard* normativo objetivou assegurar que todas e quaisquer restrições, ou limitações, baseadas nos direitos humanos, para proteger a saúde no contexto da pandemia, cumpram os princípios da legalidade e da estrita proporcionalidade; buscou-se combater o uso arbitrário da força. O escopo do segundo padrão normativo foi assegurar o acesso à informação pública.

Os *standards* de direitos humanos dispostos na Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foram recepcionados expressamente em julgados do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, na ADPF n. 709, no habeas corpus coletivo n. 188820 e ADPF n. 635, circunstâncias que fortaleceu a rede de proteção dos direitos humanos²² no âmbito constitucionalismo multinível²³ e do constitucionalismo transformador²⁴ nas Américas.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO, DESAFIOS ESTRUTURAIS A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A PANDEMIA

Os desafios estruturais analisados acima e enfrentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por meio da Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, também se impuseram ao Supremo Tribunal Federal brasileiro por força da pandemia Covid-19. Desde o início da pandemia até a data de 18 de maio de 2022, foram

IDH. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 399-427; BOU-CHARD, Johanne; MEYER-BISCH, Patrice. Intersectionality and interdependence of human rights: same or different? *The Equal Rights Review*, v. 15, p. 186-203, 2016.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, v. 2, p. 475.

²³ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. *The Columbia Journal of European Law*, v. 15, n. 30, p. 350-407, 2009, p. 373.

²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, 2022, p. 84-85.

submetidos à apreciação e à deliberação da Suprema Corte brasileira 9.293 processos com decisões relacionadas ao Covid-19, conforme dados do portal Corte Aberta²⁵. Do número total de processos apreciados, 6.054 se relacionavam com questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão.

Os números demonstram que o Supremo Tribunal Federal apreciou diversos casos em sede de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade que possuíam por objetos crises constitucionais relacionadas à tipologia dos desafios estruturais da desigualdade social profunda, dos padrões históricos de discriminação e das ameaças ao Estado de Direito no Brasil no contexto da pandemia Covid-19.

O desafio estrutural da desigualdade social profunda foi objeto das ADPF n. 690, da ADI 6357, da ADI 6349, da ADPF 6421 e da ADPF 6343²⁶. Nessas ações, o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a efetividade dos direitos humanos e sobre a implementação de políticas públicas ligadas à saúde pública.

Na apreciação da medida cautelar na ADPF n. 690, julgada em 04 de setembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal analisou a prioridade do direito à saúde. Com base nos princípios do acesso à informação, divulgação e transparência na Administração Pública e do direito à saúde, a Corte Constitucional brasileira reconheceu que a gravidade da pandemia de COVID-19 exigia a proteção sanitária efetiva por partes das autoridades brasileiras e a divulgação de dados epidemiológicos de forma transparente.

A ADI n. 6357 buscou conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e ao art. 114, caput, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020. O Tribunal referendou em 13 de maio de 2020 a liminar concedida com o fim de autorizar a flexibilização do limite legal da ampliação das políticas públicas de combate à pandemia e suas consequências sociais e econômicas. Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal garantiu a proteção social efetiva aos direitos sociais destinados à proteção da vida, da saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados pela gravidade da situação vivenciada. O Tribunal deliberou pela possibilidade de realização de gastos orçamentários, em que pese as exigências legais orçamentárias, ainda que provisoriamente, como medida excepcional para a salvaguarda de vidas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito a políticas públicas baseadas na ciência ao apreciar duas decisões. Em decisão de 06 de maio de 2020 no curso da ADPF n. 6343, o Supremo Tribunal Federal decidiu que toda medida local destinada a conter os efeitos da pandemia deve ser fundamentada por uma justificativa técnica ou científica. Por sua vez, em 21 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal analisou a

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Corte Aberta**. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 17 maio 2022.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Case law compilation: Covid-19**. 2nd ed. rev and updated. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

crise constitucional veiculada na ADPF 6421. A Corte Constitucional brasileira reforçou a deliberação que as autoridades devem observar critérios técnico-científicos das entidades médicas e sanitárias ao divulgarem suas ações durante a pandemia de COVID-19. O Tribunal argumentou ainda que as ações das autoridades devem ser adequar ao princípio da prevenção e da precaução.

O desafio estrutural relativo aos padrões históricos de discriminação foi objeto de especial atenção pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das medidas cautelares concedidas no curso da ADPF n. 709 e no julgamento do habeas corpus coletivo n. 188820²⁷. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal dialogou com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No julgamento de 05 de agosto de 2020, a Suprema Corte reconheceu, ao apreciar as medidas cautelares na ADPF n. 709, que os povos indígenas têm direitos à dignidade, à vida, à saúde e a viver em seus próprios territórios, nos termos do art. 231 da Constituição Brasileira. Dessa forma, o governo federal tem o dever constitucional de fornecer medidas adequadas e suficientes para prevenir o contágio pelo COVID-19 em suas comunidades, considerando o risco de extermínio dos povos indígenas, com alusão à Resolução n. 01/2020, Pandemia e Direitos Humanos nas Américas, da Comissão Interamericana de Direito Humanos.

Com o mesmo objetivo de mitigação do desafio estrutural relacionados aos elevados padrões históricos de discriminação, o Supremo Tribunal Federal apreciou ordem de habeas corpus n. 188820 impetrada pela Defensoria Pública em favor das pessoas privadas de liberdade. O remédio constitucional foi concedido a todas as pessoas privadas de liberdade que estavam sob risco especial de saúde e que não tinham cometido crimes com violência e grave ameaça, a fim de proporcionar uma alternativa ao encarceramento. Essa decisão também se baseou na Resolução 01/2020, Pandemia e Direitos Humanos nas Américas, da Comissão Interamericana de Direito Humanos.

Por sua vez, o terceiro desafio estrutural enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal foi o enfraquecimento do Estado de Direito ou o déficit democrático brasileiro. O Tribunal analisou a crise constitucional posta na ADPF n. 6351, na ADI n. 6347, ADPF n. 635, na ADPF n. 672 e na ADI n. 6341²⁸.

O desafio estrutural do déficit democrático foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de abril de 2020 na ADPF n. 6351. Em sua deliberação, o Tribunal assegurou o direito ao acesso à informação pública quanto às políticas públicas de combate à pandemia. Entendeu o Tribunal que o livre acesso à informação é um direito fundamental ao pleno exercício do princípio democrático. Com base na mesma *ratio*

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Case law compilation: Covid-19**. 2nd ed. rev and updated. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Case law compilation: Covid-19**. 2nd ed. rev and updated. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

decidendi, o Tribunal resguardou o direito de acesso à informação, ao declarar na ADI n. 6347 inconstitucional medida adotada pelo Poder Executivo que restringiu o direito de acesso à informação durante a pandemia.

A ADPF n. 635 deliberada pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de agosto de 2020 teve por objetos as questões do uso arbitrário da força e da brutalidade policial. O Tribunal decidiu restringir as operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro a casos excepcionais e estabeleceu o dever de serem tais atividades policiais informadas e monitoradas durante a pandemia pelo Ministério Público Estadual, em razão de ser o órgão ministerial o responsável pelo controle externo das atividades policiais.

Nesse caso, a Suprema Corte adotou a jurisprudência interamericana e a decisão relacionada ao caso Favela Nova Brasília (massacres em 1994-1995, RJ) e exigiu a adoção de um Plano de redução da letalidade policial especial em comunidades de maioria pobre e afrodescendente. Além disso, enfatizou que as investigações devem atender aos requisitos do Protocolo de Minnesota sobre audiências das vítimas e seus familiares e priorizar os casos em que crianças são vítimas.

Na ADI n. 6341 e na ADPF n. 672, o Supremo Tribunal Federal conjuntou a análise do uso excessivo do poder e dos limites impostos pelo federalismo ao Executivo federal, com o fim de proporcionar a salvaguarda do direito à vida, em razão do ímpeto negacionista do Executivo. Em 15 de abril de 2020, o Tribunal fixou entendimento no sentido de que o Chefe do Poder Executivo Federal tem competência para emitir decretos que estabelecem quais serviços e atividades públicas são considerados essenciais, desde que respeitada a autonomia dos Estados, dos Municípios e o Distrito Federal. As cargas argumentativas e normativas deste precedente foram incrementadas com a decisão de 09 de outubro de 2020. Nessa decisão, a Corte Constitucional argumentou que os Estados e o Distrito Federal têm poder concorrente, enquanto os Municípios têm poder suplementar para adotar medidas durante a pandemia. Dessa forma, cumprir o Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de poder implica respeitar as decisões de Governadores e Prefeitos.

Com base nos casos analisados, foi possível verificar não apenas que o Supremo Tribunal Federal se engajou para o enfrentamento dos desafios estruturais que se agravaram durante a pandemia Covid-19 no Brasil, como também promover abertura da Corte constitucional para *standards* normativos interamericanos. Por conseguinte, a jurisdição constitucional brasileira contribui para a construção de novas perspectivas para o constitucionalismo nas Américas, e especialmente no Brasil.

5. O NOVO PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

As análises da tipologia dos desafios estruturais, que foram agravados durante a pandemia Covid-19, e das medidas adotadas pela Comissão Interamericana de Direito

Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, permitem inferir três características que conformam o novo paradigma do constitucionalismo nas Américas e, em especial, no Brasil.

As características são: o crescente diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e as instituições que foram o sistema interamericano multinível de proteção dos direitos humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; as medidas recentes para aumentar a intensidade e a qualidade do diálogo entre o Sistema Interamericano e os atores judiciais nacionais; e o fortalecimento do constitucionalismo transformador.

O diálogo crescente entre o Supremo Tribunal Federal e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi constatado nos casos analisados nesta pesquisa. Alinhada às normas interamericanas de direitos humanos e incentivada pelo diálogo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Suprema Corte brasileira desempenhou um papel extraordinário: i) enfrentou a profunda desigualdade ao reconhecer a priorização do direito à saúde, ao garantir proteção social efetiva e ao enfatizar o dever do Estado de salvar vidas e prevenir mortes por meio de decisões baseadas na ciência; ii) conferiu proteção especial a grupos vulneráveis, como povos indígenas e pessoas privadas de liberdade; e iii) salvaguardou o Estado de Direito ao preservar os direitos humanos e as liberdades fundamentais contra ameaças do populismo autoritário, quando adotou medidas contra a brutalidade policial, ao impor limites ao poder executivo do governo federal e ao garantir o direito de acesso à informação.

As medidas recentes adotadas para aumentar a intensidade e a qualidade do diálogo entre o Sistema Interamericano e os atores judiciais nacionais foram expressas com a edição de normas administrativas que criaram órgãos administrativos na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, estabeleceram recomendações e programas de ação em matérias de direitos humanos.

Por meio da Resolução nº 364 de 12 de janeiro de 2021, foi criada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça a Unidade de Monitoramento do Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹. Além de promover a implementação das decisões da Corte, a Unidade está comprometida com o fortalecimento dos padrões de direitos humanos no judiciário brasileiro, com um foco especial no controle de convencionalidade.

Já a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça n. 123³⁰, de 7 de janeiro de 2022, insta o Judiciário a aplicar os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a seguir a doutrina do controle de convencionalidade. Isso porque como ensina Eduardo

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 364**, de 12 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 17 maio 2022.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123**, de 7 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

Ferrer “(...) o controle difuso de convencionalidade converte o juiz nacional em juízes interamericanos”³¹.

Recentemente, em 22 de março de 2022, foi firmado o Pacto do Judiciário pelos Direitos Humanos, lançado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça, que inclui, entre outros: i) a promoção de um Concurso Nacional de Decisões Judiciais em Direitos Humanos, iniciativa destinada a fortalecer a cultura dos direitos humanos no judiciário brasileiro; ii) programas de capacitação de juízes para estimular a incorporação das normas interamericanas de direitos humanos, com ênfase no controle de convencionalidade; iii) publicação de *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos*, a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos humanos, com destaque aos diálogos jurisdicionais com o sistema interamericano.

Outra característica que emerge desse novo paradigma do constitucionalismo americano, no qual o Brasil se inclui, é o crescente fortalecimento do constitucionalismo transformador. O Constitucionalismo transformador significava então um projeto de longo prazo de vigência, de interpretação e implementação constitucional, em um contexto histórico de desenvolvimento político adequado, para transformar as instituições estatais e sociais de uma sociedade, com o fim de consolidar a democracia em termos participativos e igualitários³².

Essa ideia transformadora do constitucionalismo implica que as Cortes Constitucionais dos Estados devem interpretar e aplicar a Constituição de modo a engajar instituições do Estado e atores sociais na cooperação para a promoção de mudanças sociais a fim de atingir as diretrizes traçadas pelas normas constitucionais³³. A articulação transformativa inclui os multiníveis de proteção dos direitos humanos incidentes em certo Estado.

A articulação transformativa multinível se fundamenta na existência de um *ius constitutionale commune* na América Latina³⁴, fruto do mandato transformador³⁵ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja fonte se encontra na Convenção

³¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Revista Estudios Constitucionales**, v. 9, n. 2, pp. 531-622, 2011, p. 570

³² KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, p.146-188, 1998, p. 150.

³³ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019, p. 232.

³⁴ ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper no. 2016-21, p. 1-21, 2016.

³⁵ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019.

Americana de Direitos Humanos. Cortes Constitucionais transformadoras utilizam técnicas dialógicas de forma racionalizada. Esse diálogo inevitável interinstitucional constrói o *ius constitutionale commune*³⁶ nas Américas.

O fortalecimento do constitucionalismo transformador no Brasil implica no aumento da intensidade e da qualidade do diálogo judicial entre o Sistema Interamericano e os atores judiciais internos, com o escopo de incrementar a proteção dos direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito.

O novo paradigma do constitucionalismo interamericano emergente incrementa as funções jurisdicionais, valoriza a independência do Poder Judiciário e permite neutralizar sinais precoces de autocracias insurgentes, na medida em que estas buscam negar ao poder judiciário sua independência³⁷ e papel, como, por exemplo, nos recentes episódios pelos quais o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi submetido pelo Chefe do Poder Executivo Federal, ao tentar minar os fundamentos da democracia atacando o Poder Judiciário no Brasil.

As instituições democráticas são essenciais para a proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito. Elas também são essenciais para a construção de sociedades mais pacíficas em termos positivos³⁸, justas, inclusivas, sustentáveis e resilientes, nas quais todo ser humano possa ser igual e livre em dignidade, direitos e respeito.

O novo paradigma do constitucionalismo no Brasil se sustenta na noção de que a democracia é uma construção compartilhada, que depende da participação de todos nós³⁹. Da mesma forma, os direitos humanos e o Estado de direito também são uma construção coletiva. O destino deles depende de todos nós, e também da capacidade do constitucionalismo transformador e de suas instituições de enfrentar ameaças autoritárias e salvaguardar as liberdades.

As instituições do sistema multinível de proteção dos direitos humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, são fundamentais para o desenvolvimento dessa construção compartilhada e dialógica, especialmente em contextos marcados por desafios estruturais que exigem a proteção efetiva dos direitos humanos, como no caso da pandemia Covid-19 nas Américas.

Por conseguinte, mediante instrumentos de cooperação interinstitucional e da construção compartilhada e dialógica do exercício da jurisdição constitucional em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos, o Supremo Tribunal foi capaz

³⁶ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

³⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Penguin Books, 2018, p. 180.

³⁸ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018, p. 164.

³⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Penguin Books, 2018, p. 230.

institucionalmente de exercer a jurisdição constitucional com o fim de enfrentar e mitigar desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico, de modo a assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos no Brasil.

6. CONCLUSÃO

O artigo pretende demonstrar a hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal teve capacidade institucional para exercer a jurisdição constitucional com o fim de enfrentar e mitigar os desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil, mediante o emprego de instrumentos de cooperação interinstitucional e da construção compartilhada e dialógica do exercício da jurisdição constitucional em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

O presente trabalho partiu do seguinte problema apresentado na introdução: O Supremo Tribunal Federal foi capaz de exercer a jurisdição constitucional com o fim de enfrentar e mitigar os desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil?

Para responder essa problematização, estudou-se a tipologia dos desafios estruturais analisados no cenário brasileiro da pandemia Covid-19. Os desafios estruturais da desigualdade social profunda, dos padrões históricos de discriminação e do déficit democrático, ou do Estado de Direito debilitado, foram compreendidos de forma aplicada a partir dos dados e das conclusões do estudo “Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil”, do Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, das recomendações editadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no curso da pandemia Covid-19.

Constatou-se das análises das amostras o agravamento do quadro da profunda desigualdade social que afeta o Brasil, em meio a um cenário de discriminação estrutural, que culminou no aprofundamento dos padrões históricos de discriminação no Brasil. Esse contexto de desafios estruturais se agravou no Brasil em razão da crise de representatividade democrática pela qual passa a sociedade brasileira em meio ao crescente populismo. O cenário descrito impactou significativamente grupos especialmente vulneráveis no curso da pandemia no Brasil, como se pode demonstrar da análise dos números apresentados pelo estudo.

Ao enfrentar os desafios estruturais identificados na tipologia formulada nesta pesquisa, verificou-se que a Comissão Interamericana de Direito Humanos editou a Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020, a qual estabeleceu *standards* de direitos humanos para fortalecer a proteção dos direitos humanos nas Américas em decorrência da pandemia Covid-19.

Da mesma forma, examinou-se que o Supremo Tribunal Federal se engajou para o enfrentamento dos desafios estruturais que se agravaram durante a pandemia Covid-19 no Brasil. O Tribunal promoveu ainda a abertura da Corte constitucional para *standards* normativos interamericanos e dialogou diretamente com o sistema interamericano de direitos humanos na ADPF n. 709, no habeas corpus coletivo n. 188820 e ADPF n. 635, cujas instituições apreciadas em conjunto foram o sistema multinível internamericano de proteção dos direitos humanos. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal contribui a renovação do constitucionalismo nas Américas, e especialmente no Brasil.

O novo paradigma do constitucionalismo identificado nesta pesquisa se caracteriza pelo crescente diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e as demais instituições que formam o sistema jurídico multinível de proteção dos direitos humanos; pelas medidas que visam ao aumento quantitativo e qualitativo desse diálogo; e pela incorporação do paradigma do constitucionalismo transformador.

Por conseguinte, a hipótese da pesquisa foi confirmada. Conclui-se que o Supremo Tribunal teve capacidade institucional para exercer a jurisdição constitucional com o fim de enfrentar e mitigar os desafios estruturais agravados pelo contexto pandêmico e proteger os direitos humanos no Brasil, mediante o emprego de instrumentos de cooperação interinstitucional, do empreendimento compartilhado e dialógico do exercício da jurisdição constitucional, em uma perspectiva multinível de proteção dos direitos humanos.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper no. 2016-21, p. 1-21, 2016.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, p. 59-90, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, n. 1, p. 33-56, 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 123**, de 7 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 364**, de 12 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Case law compilation: Covid-19**. 2nd ed. rev and updated. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Corte Aberta**. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 17 maio 2022.

BOGDANDY, Armin, ANTONIAZZI, Mariela Morales, FERRER, Eduardo MacGregor, PIOVESAN, Flávia (ed). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford, Oxford University Press, 2017.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231-250, 2019.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

BOUCHARD, Johanne; MEYER-BISCH, Patrice. Intersectionality and interdependence of human rights: same or different? **The Equal Rights Review**, v. 15, p. 186-203, 2016.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução nº 01/2020, de 10 de abril de 2020. **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, v. 2.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, p. 1-27, 2013.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: Cepal, 2009.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. (coords). **Interamericanización de los DESCAs: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH**. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABÉRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 160-185, 2018.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e Justiça de Transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n.1, p.146-188, 1998.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. New York: Penguin Books, 2018.

LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Revista Estudios Constitucionales**, v. 9, n. 2, pp. 531-622, 2011.

NOIS. Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde. Nota Técnica 11. **Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil**, 2020. Disponível em: <https://ponte.org/wp-content/uploads/2020/05/NT11-An%C3%A1lise-descritiva-dos-casos-de-COVID-19.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, 2022.

ONU NEWS. **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**, 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>. Acesso em: 17 mai. 2022.

OPAS BRASIL. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 17 mai. 2022.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, p. 350-407, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, p. 142-15, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme: histoire, théorie, critique**. Paris: Éditions du Seuil, 2020.



Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho*

Neoconstitutionalism and positivist constitutionalism: an unfinished debate in law

RONALD CHACÍN FUENMAYOR^{I, **}

^I Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela)
ronaldchacin@unisinu.edu.co
<http://orcid.org/0000-0002-1915-4021>

LORAYNE FINOL ROMERO^{II, *}**

^{II} Universidad Central de Chile (Santiago, Chile)
lorayne.finol@ucentral.cl

<https://orcid.org/0000-0001-7084-2412>

Recebido/Received: 06.11.2021/ November 6th, 2021

Aprovado/Approved: 18.04.2022/ April 18th, 2022

Resumen

El objetivo del estudio consiste en exponer desde una perspectiva crítica, la corriente neoconstitucionalista, de gran influencia en la teoría constitucional, partiendo principalmente de sus nociones principales y antecedentes. Se empleó una metodología descriptiva mediante un análisis teórico, resaltando la doctrina actualizada al respecto. Se constatan los aportes del

Abstract

The objective of the study consists of exposing from a critical perspective, the neoconstitutionalist theory, of great influence on constitutional theory, starting mainly from its main notions and antecedents. A descriptive methodology was used through a theoretical analysis, highlighting the updated doctrine in this regard. The contributions of neo-constitutionalism are confirmed, but with reservations due

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: CHACÍN FUENMAYOR, Ronald; FINOL ROMERO, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 389-421, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.83614

* Producto del proyecto de investigación adscrito al Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas CINJUN de la Facultad de Ciencias Jurídicas, sociales y educación de la Universidad del Sinú-Eliás Bechara Zainúm, Montería-Colombia, titulado: "La Hermenéutica constitucional ante las implicaciones socio-jurídicas de la crisis del COVID-2019" (Caso: Estado de emergencia decretado en Colombia).

** Docente e investigador Universidad del Sinú-Eliás Bechara Zainúm (Montería, Colombia). Profesor Titular Emérito de la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela). Doctor en Derecho por la Universidad del Zulia. Integrante del Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas (CINJUN). Investigador Asociado acreditado ante el Ministerio de Ciencias Tecnología e Información de Colombia (Minciencias). URL Currículo: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000157626. E-mail: ronaldchacin@unisinu.edu.co

*** Académica Investigadora de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile (Santiago, Chile). Doctora en Derecho Público por la Universidad del Zulia de Venezuela. URL currículo: <https://ucentral.academia.edu/LFinolRomero/CurriculumVitae>. E-mail: lorayne.finol@ucentral.cl

neoconstitucionalismo, pero con reservas en virtud de sus limitaciones respecto a la indeterminación de su aplicación en la justicia constitucional, cuestión que puede superarse con las argumentaciones de equilibrio generadas por las posturas eclécticas planteadas.

Palabras claves: neoconstitucionalismo; constitucionalismo; positivismo constitucional; propuestas alternativas; Derecho Constitucional.

to its limitations regarding the indeterminacy of its application in constitutional justice, an issue that can be overcome with the equilibrium arguments generated by the eclectic positions raised.

Keywords: neoconstitutionalism; constitutionalism; legal positivism; alternative proposals; Constitutional Law.

SUMARIO

Introducción; **I.** El Constitucionalismo y su implantación; **1.** El proceso de implantación del Constitucionalismo; **2.** Descripción del proceso de constitucionalización del Derecho; **II.** Neoconstitucionalismo; **1.** Definición y Tipologías; **1.1.** Neoconstitucionalismo teórico; **1.2.** Neoconstitucionalismo ideológico; **1.3.** Neoconstitucionalismo metodológico; **2.** Aspectos esenciales; **3.** Los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas; **4.** Las particularidades de una justicia constitucional desde el neoconstitucionalismo; **5.** La protección de los derechos humanos como una de las bases del neoconstitucionalismo; **6.** Sobre la no neutralidad del Derecho; **III.** Aportes del Neoconstitucionalismo al derecho en general y al derecho constitucional; **1.** Necesidad ante la insuficiencia del positivismo en las sociedades actuales; **2.** Se justifica por la pluralidad de nuestras sociedades; **3.** Su función ordenadora en los sistemas jurídicos actuales; **4.** Rematerialización, de la constitución o influencia de la Moral; **5.** Conduce a una Filosofía Política que puede ser razonable; **IV.** Críticas al neoconstitucionalismo; **1.** Genera la aplicación de una “constitución invasora”; **2.** Constitucionalismo sin límites; **3.** Fomenta la indeterminación en el derecho; **4.** Evidencia una sobreinterpretación constitucional y excesiva responsabilidad de los jueces; **5.** Extensión desmesurada del control difuso de la Constitucionalidad; **V.** Propuestas Alternativas; **1.** El Postconstitucionalismo no positivista; **2.** El razonamiento Principalista; **3.** El Constitucionalismo garantista o positivismo reforzado; **4.** Positivismo neoconstitucionalista; **VI.** Conclusiones; **VII.** Referencias.

INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo como una corriente dentro de la teoría del derecho constitucional, su vigencia, impacto, críticas, aportes, es una discusión no agotada y aún en desarrollo dentro de las ciencias jurídicas, por cuanto vivifica una tensión entre iusnaturalismo y positivismo, esta vez en el ámbito constitucional, que impacta todas las esferas del derecho. El presente análisis se justifica por la necesidad de seguir ahondando en esta discusión, desde una perspectiva teórica y práctica de la concepción y aplicación del derecho constitucional y pretende examinar la corriente neoconstitucionalista con un criterio razonable basado en la seguridad jurídica y administración de justicia, imprescindibles en el derecho.

El estudio se articula desde el cuestionamiento: ¿es valiosa la postura neoconstitucional para el progreso del derecho constitucional?, en este sentido se pretende demostrar una respuesta afirmativa, mediante la exposición de cuatro aspectos, que

constituyen a su vez las cuatro secciones del análisis: 1) El proceso de constitucionalización del derecho, por su enfoque de revaloración constitucional por cuanto constituye un antecedente teórico importante a la postura neoconstitucionalista, incluso no con poca frecuencia confundidos; 2) las nociones fundamentales del neoconstitucionalismo bajo el enfoque de la doctrina constitucional y filosófico jurídica; 3) Los aportes, 4) críticas a la corriente neoconstitucionalista, y 5) la discusión desde las propuestas conciliadoras entre las posturas positivistas constitucionalistas y neoconstitucionalistas.

I. EL CONSTITUCIONALISMO Y SU IMPLANTACIÓN

La constitucionalización del derecho consiste en la realidad jurídica que partiendo del análisis que la interpretación de la Constitución tiene resonancia en todo el ordenamiento jurídico, no sólo en el derecho constitucional y derecho público, sino también en el derecho privado y otras ramas del derecho, tal como lo expresa Acosta Rodríguez en el sentido de que lo constitucional está gradualmente coloreando todas las ramas del derecho¹.

El referido autor le otorga el sentido a la constitucionalización del derecho como un ajuste necesario de todo el ordenamiento jurídico a la norma constitucional, mediante la labor privilegiada de la justicia constitucional, desestimando las objeciones tradicionales que rechazan esta posición por implicar un exceso del poder judicial, sobre la labor de las asambleas, congresos o parlamentos que cuentan con más legitimidad democrática para establecer las leyes de una nación.

Cuestión que podría considerarse superada por cuanto el Tribunal Constitucional en palabras de García De Enterría² es el comisionado del Poder Constituyente para el resguardo de la Constitución, es decir, que ratifica el principio de separación de poderes que imbrica las constituciones democráticas, lo que comprende las facultades del poder legislativo, pero sin perder como parámetro la Constitución. Lo contrario sería permitir que el poder legislativo dicte leyes inconstitucionales que puedan ser obstáculo a las demandas del pueblo. Sobre este aspecto, es el respeto a la Constitución precisamente la labor del control de la constitucionalidad de las leyes, ejercida por los tribunales constitucionales, lo que no desdeña para nada aquellos cuestionamientos sobre los excesos de estos órganos que pudieran torcer la voluntad del poder constituyente e incluso el legislativo y judicial, quebrantando lo que es su eminente función de protección.

De tal manera que el Constitucionalismo es un proceso progresivo que genera el derecho constitucionalizado, consistente en un ordenamiento jurídico: "...impregnado,

¹ ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. *Revista Jus*, Puebla, v. 10, n. 37, 2016.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

saturado, embebido por una constitución invasiva³ que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el comportamiento de los actores políticos⁴, es decir, es un concepto gradual, por cuanto un derecho puede estar más o menos constitucionalizado, por cuanto, se trata de un proceso y como tal, involucra fases en desarrollo que pueden expresar un derecho constitucionalizado total o parcialmente.

La diferencia entre un derecho constitucionalizado y del que no lo es, refiere a que en este último la Constitución solo es un catálogo de restricciones a la actuación estatal, es un marco que sólo opera cuando se transgrede el orden prohibitivo establecido en el texto fundamental, mientras que en el primero, consiste en un orden fundamental que impone realizar determinadas acciones al Estado y no solo abstenciones e incluso acciones a las personas privadas, obviamente no puede ser explicado por la sola supremacía jurídica de la Constitución⁵.

Conforme a lo señalado, lo que genera un ordenamiento jurídico constitucionalizado es la presencia de los siguientes elementos: 1) una constitución rígida que incorpore un catálogo de los derechos fundamentales, 2) la garantía jurisdiccional de la constitución concentrada en un órgano autónomo, y 3) la fuerza vinculante de la justicia constitucional. De allí, que un esquema dogmático constitucional rígido, pueda permear a todo el ordenamiento jurídico, y que no pueda ser alterado por procedimientos ordinarios legislativos, porque su control se concentra en el tribunal constitucional quien, a través de sus directrices, fija los lineamientos de todos los tribunales inferiores de las diversas áreas del derecho, para garantizar el acatamiento de la constitución. Lo que podría significar, que las constituciones dejan de ser programáticas y pasan a ser preceptivas⁶, favoreciendo a la efectividad o justiciabilidad de los derechos sociales,

³ Véase el apartado sobre Críticas al Neoconstitucionalismo.

⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. p. 95.

⁵ CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Juris*, n. 15, p. 33-55, 2011.

⁶ Las normas preceptivas u operativas son de aplicación inmediata por los funcionarios administrativos y judiciales, las normas programáticas, aclara entre otros autores como D'ATENA, Antonio. Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional. *UNED. Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 74, p. 455-475, ene./abr. 2009. Cuya diferencia en este tipo de normas estriba en que las normas programáticas son mediante las cuales se representan las líneas de desarrollo del ordenamiento, a través de la fijación de los objetivos que el legislador se encuentra llamado a perseguir, ejemplo de éstas se tiene a las normas sobre derechos sociales, las referentes a políticas estatales que persiguen protección de derechos de las personas vulnerables, la juventud desempleada, los ancianos, el acceso público a la salud, entre otros. Lo cual está relacionado con los principios, considerados en la acepción de "*mandatos de optimización*", como fines que debe atender como obligatorio el ordenamiento jurídico, pero su efecto vinculante es discutible judicialmente en algunos países. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo que los principios son *mandatos de optimización*. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, porque las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, tal como lo afirma ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

pues constituyen un efecto de la vinculación a la Constitución, los cuales no son vistos únicamente como un catálogo de principios y recomendaciones que le restan fuerza vinculante, sino que se les reconoce un contenido o umbral mínimo⁷.

Sin perjuicio de ello, también hay que advertir respecto a la sobreinterpretación de la constitución, es decir, que se le interprete de manera extensiva y de ella surjan principios implícitos sin reconocimiento expreso. Lo anterior, se refiere a que la norma constitucional es interpretada con un significado ulterior al establecido originalmente por el constituyente, utilizando para ello una interpretación extensiva, dando cabida a la justificación judicial de extraer del texto constitucional numerosas normas y principios implícitos que expanden el derecho constitucional a todo el ordenamiento jurídico, de esta manera, no quedan lagunas en el derecho constitucional, porque prácticamente toda decisión jurídica está pre regulada en una norma constitucional⁸.

Por otra parte, está la interpretación integradora de las leyes (interpretación conforme), aquella que se refiere más que a la interpretación de la Constitución, a la interpretación de la ley, ya que ésta debe hacerse tratando de conservar en la medida de lo posible su conformidad con la carta magna, por ello el intérprete constitucional deberá aplicar aquel sentido de la ley, que considera ajustado a la norma fundamental y desechar cualquier otro que riña con ésta⁹.

Finalmente, está la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas¹⁰, lo que refiere a una intromisión del derecho constitucional en los procesos políticos, para esbozar las propuestas de gobierno de los actores políticos, asumiendo la jurisdicción constitucional una posición ideológica y no solo metodológica, como mecanismo de interpretación de la norma fundamental. Esto se apoya en el abandono del principio "*self restraint*" o respeto a las "*political questions*"¹¹ de los tribunales constitucionales, es decir, que todos los espacios del quehacer político del Estado sean conducentes como parámetros de enjuiciamiento constitucional.

⁷ Son medidas bajo estándares que determinan el número por lo menos básico de necesidades que se deben proteger en el proceso de hacer reales, progresivamente estos derechos. SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. Aspectos fundamentales de los DESC. In: GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (Coord.). **Compendio: Derechos económicos, sociales y culturales**. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá: Universidad Libre, 2009. p. 61-111.

⁸ Véase GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

⁹ Para mayor abundamiento sobre la Interpretación conforme consultar VIGO, Luis Rodolfo. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

¹⁰ Consultar HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

¹¹ Las cuestiones políticas refieren a elementos propios del poder ejecutivo excluidas de control judicial por referirse a actuaciones políticas regidas por principios de oportunidad y conveniencia, por lo cual los tribunales constitucionales deben abstenerse de pronunciarse por deferencia al poder ejecutivo y sus órganos por ser estos los idóneos para tratar estos asuntos. HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

Luego de poner de manifiesto los elementos de la Constitucionalización del derecho es menester hacer unas precisiones terminológicas¹² sobre el término y sus tipologías, lo que nos permite aclarar varias concepciones y así evitar la confusión entre constitucionalización, positivización del derecho constitucional, neoconstitucionalismo y otros, aspectos que serán abordados en puntos posteriores.

En primer lugar, hay que decir que el constitucionalismo puede ser concebido como sistema jurídico y como teoría del derecho, puesto que comprende la subordinación de los poderes públicos, incluso el legislativo a una serie de normas superiores que establecen derechos fundamentales, limitaciones formales y sustanciales, por ser el criterio de validez en el proceso de creación de las normas jurídica porque tienen que llevar consonancia con los principios de justicia previstos en estas normas supra ordenadas.

En segundo lugar, porque también se concibe al constitucionalismo como una superación del positivismo y antítesis iusnaturalista. Es decir, se estima al constitucionalismo como un perfeccionamiento del positivismo, que lo mantiene dentro de los marcos formales del derecho, es decir, que reconoce como derecho aquellos previstos en las normas generadas por quienes están habilitados para producirlas, con independencia de su contenido y eventual injusticia.

Ferrajoli¹³ también diferencia el constitucionalismo jurídico del político, porque el constitucionalismo iusnaturalista como el constitucionalismo político suele ser identificado por algunos teóricos constitucionales como neoconstitucionalismo. El primero ligado al constitucionalismo de la experiencia histórica del siglo XX unido a las constituciones rígidas de la posguerra. En tanto que el político, como un sentido de limitación de los poderes públicos en resguardo de libertades. De esta forma, el precitado autor justifica esta dualidad por la necesidad de establecer una sujeción entre los poderes públicos a la constitución, y a la vez garantizar las libertades de los ciudadanos. Como consecuencia, es un principio del constitucionalismo liberal de gran influencia en la contemporaneidad, pero ampliado a un constitucionalismo social -y esto es importante subrayarlo- porque prevé los derechos de actuación del Estado en favor de la sociedad, es decir, reditúa a los derechos sociales en el centro, característica jurídica presente en la mayor parte de las actuales democracias constitucionales.

¹² Para ello se considera el trabajo de FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

1. Proceso de implantación del Constitucionalismo

Entre otros trabajos que dan cuenta del origen o implantación del constitucionalismo, uno de los más recientes, es el de Suárez-Manrique¹⁴, quien destaca que es proceso de ubicación histórica en las constituciones de la posguerra. Para ello, el autor empieza destacando cómo es un ordenamiento jurídico antes de su constitucionalización (derecho no constitucional) y después de su constitucionalización.

Un derecho no constitucionalizado para el autor colombiano comprende un campo de derecho no definido completamente, que falta por establecerse en su esencia y en su ámbito o marco, es decir, no se tiene claridad sobre lo que pueda resolver el juez en los casos concretos, existen vacíos, contradicciones, imprecisiones, que pueden ser llenados por la Constitución, pero aún ésta no es empleada como parámetro de corrección, en este derecho existen espacios de discrecionalidad.

También en el derecho no constitucionalizado puede autorizar el cambio hacia la constitucionalización, es decir, pueda ser moldeado por la Constitución, evidenciándose si está previsto el principio de supremacía constitucional, en otros derechos que carecen de ese principio, es muy dificultoso su constitucionalización. Y finalmente, se evidencia que en los ordenamientos jurídicos no regidos por la Constitución tiene ámbitos diferentes o con poca similitud con los contenidos de la Constitucionalización.

Posteriormente según Suárez-Manrique¹⁵ explica que existen presupuestos y elementos que permiten evidenciar un contenido material e indeterminado de la Constitución. En forma similar lo explican Guastini¹⁶ y Carbonell y Sánchez¹⁷, quienes como aquél lo sintetizan en dos garantías: 1) fuerza vinculante y 2) garantía jurisdiccional¹⁸. No obstante Suárez-Manrique, destaca como elemento distintivo a lo que los demás autores no señalan, el contenido indeterminado constitucional.

Por otra parte, como contenido material se refiere a los elementos de normas y principios del texto fundamental que prevé que conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas, lo que deriva en que ésta no sea un mero catálogo de derechos, de buenos deseos, sino parámetros vinculantes para el Estado y los particulares. La indeterminación de contenido propio del constitucionalismo expresa según el autor referido un aspecto positivo, y la hace adaptable a las situaciones socio jurídicas, lo que

¹⁴ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

¹⁵ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

¹⁶ GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

¹⁷ CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? **Quid Juris**, n. 15, p. 33-55, 2011.

¹⁸ Aspectos ya comentados dentro del punto anterior sobre elementos del Constitucionalismo.

permite inferir, que los principios tienen distintos contenidos que es necesario en ciertos casos ordenar en aras de la efectividad de los derechos fundamentales, de manera que puedan garantizarse en diferentes grados, conforme al contexto histórico y social.

2. Descripción del proceso de constitucionalización del derecho

Desde esta perspectiva, la constitucionalización del derecho puede ser un proceso descriptivo, que evidencia cómo es advertida en distintos ordenamientos jurídicos y al mismo tiempo, prescriptivo, es decir, como el deber ser deliberado de los órganos decisores para establecerlo¹⁹, siendo este deber ser, precisamente uno de los rasgos del constitucionalismo ya analizados anteriormente, como: supremacía constitucional, garantía jurisdiccional, aplicación a particulares, resonancia en otras ramas del derecho, además de la pública.

Suárez-Manrique²⁰, hace una descripción de los modos del derecho constitucionalizado mediante tres vías: legislativa, judicial, académica. La legislativa se perfecciona mediante leyes que respetan los valores, principios y derechos constitucionales y que pueden generar nuevos derechos acordes a las nuevos textos fundamentales; la judicial se refiere a las decisiones de las cortes de mayor influencia en el sistema jurídico, las altas cortes (Tribunales Constitucionales) quienes advirtiendo la falta de actuación del poder legislativo en desarrollar los derechos fundamentales, los establece y tiene efectos también “*erga omnes*”, por la influencia ya vinculante de la jurisprudencial aún en los países herederos del “*civil law*”.

Novedoso es el mecanismo académico, que tiene como medios las enseñanzas de este proceso en las escuelas de Derecho, en los congresos y seminarios, desde una perspectiva prescriptiva o valorativa, generando una doctrina de influencia en los jueces, incluyendo las altas cortes, e incluso a nivel legislativo. Obviamente su efecto es menos vinculante que la constitucionalización legislativa y jurisdiccional. De esta forma, que la constitucionalización práctica se centra en la actuación de los abogados, cuando en los procesos judiciales se planean aspectos constitucionales, incluso en áreas de derecho, tradicionalmente no constitucionales, como el derecho privado.

Lo que se vincula a la constitucionalización por sectores, que de acuerdo a Suárez lo convierte en un proceso dinámico, y puede darse en diferentes grados, porque tiene puntos de inicio y final, así como, retrocesos o falta de continuidad. En consecuencia, la constitucionalización puede variar por grados de dependencia del sector de derecho, encontrándose sectores más susceptibles como el derecho penal, por ejemplo,

¹⁹ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

²⁰ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

mientras que en el derecho civil suele ser más dificultosa, porque puede tener una perspectiva más conservadora, basada en su concepción clásica de derecho, en donde solo suele el derecho constitucional como un auxilio o complemento²¹.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo es una doctrina muy enraizada con el Constitucionalismo, en efecto, luego de la Constitucionalización del Derecho generada por situaciones históricas relevantes, como el Derecho nazi, que basado en la solemnidad de ley dio lugar a cuestionar cómo la positivización de las normas era insuficiente, y se entendió que la ley dogma apegado a la Concepción de Estado de Legalidad y luego Estado de Derecho, le faltaba mucho más, dando lugar a los procesos de constitucionalización del Derecho en Europa y Latinoamérica. Este fenómeno, es lo que Zagrebelsky denomina el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho²².

Pero el proceso de constitucionalización ha sufrido varios cambios, que se ubican para algunos desde la década de los 90 del siglo pasado y ha derivado en situaciones jurídicas extremas de acuerdo a una visión iusnaturalista, en virtud de que transforma la Constitución aprobada por el Constituyente por una "constitución viviente o cambiante"²³, con el pretexto, a veces legítimo de la influencia de los aspectos sociales y axiológicos en el Derecho puede generar usurpación de funciones al poder constituyente desde el poder judicial²⁴. O como bien lo afirma Prieto Sanchís²⁵ en una postura antiformalista, particularista, judicialista o de jerarquía del derecho móvil, como críticas al neoconstitucionalismo²⁶.

²¹ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

²² Para Zagrebelsky, el Estado Constitucional de Derecho es una forma de profundizar el Estado de Derecho, consiste en el perfeccionamiento del gobierno de los hombres por el gobierno de leyes, donde la ley por primera vez subordinada, sujeta a conformidad a un nivel más alto de derecho, previsto en la Constitución. Lleva a sus últimas consecuencias la sujeción completa de todas las actividades del Estado (ejecutiva y legislativa, salvo la Constituyente) al Derecho, más que una continuación, constituye una profundización que afecta la concepción del Derecho. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

²³ Es decir: "...como un instrumento vivo, cambiante y mutable, cuyo sentido varía según los tiempos...". SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: De Palma, 1998. p. 103.

²⁴ Los tribunales constitucionales puedan estar realizando dentro de sus actuaciones que puedan sobre pasar su legitimidad de adaptación de las normas a las nuevas circunstancias sociales, usurpación constitucional del Constituyente, estimado como un cambio material de la constitución misma, lo cual genera problemas axiológicos importantes, sobre todo cuando estos son injustos en el entendido de que limitan excesivamente o hasta vaciar de contenido los derechos constitucionales. CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. **Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta**. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

²⁶ Ir al punto sobre críticas al neoconstitucionalismo.

Esta síntesis se expresó en la crisis del positivismo a raíz de los desmanes del nazismo basado en la solemnidad de ley, es decir, zarandeó las bases del positivismo, cuando positivistas como Radbruch comenzaron a criticar su propio enfoque jurídico, lo que implicó a todas luces una concesión a la doctrina del derecho natural²⁷. El neoconstitucionalismo se genera por la extensión de esta limitación del positivismo jurídico y al mismo tiempo revaloración del jusnaturalismo desde la teoría jurídica al derecho constitucional, el positivismo y en consecuencia, el positivismo constitucional, por su alergia axiológica no era suficientemente idóneo para resolver los conflictos constitucionales.

El derecho depende de un elemento formal, la adopción de un acto, promulgación de una ley. No considera las fuentes sociales, producto histórico, variable, que depende de la voluntad y el quehacer de los hombres, es decir, de las prácticas sociales. Su idea de separación entre derecho y moral, que no admite que una norma injusta pueda atentar contra la vigencia de una norma creada conforme a un acto legislativo y, en consecuencia, la corrección de una norma en aras de la justicia. En efecto, ese constitucionalismo de la postguerra, ha derivado en una teoría constitucional con imbricaciones en la teoría jurídica en general, aún por definir²⁸. El mismo constitucionalismo o neoconstitucionalismo de acuerdo a Prieto Sanchís²⁹, comprende más principios que reglas, más jurisdicción que legislación, más ponderación que subsunción³⁰.

No obstante, también surgen análisis como el de Villalonga³¹, quien esboza que el origen del neoconstitucionalismo se basa en una ficción análoga a la del positivismo, fundamentado en la solemnidad de la ley, con una voluntad única, que debía seguir ciegamente el juez y con significado permanente a través del tiempo. De esta forma, en la ficción neoconstitucionalista por el contrario el “todopoderoso” es el poder judicial, a través del tribunal constitucional dotado de una capacidad de interpretar de una manera objetiva la moralidad pública, es decir, de modo razonable para convencer a la ciudadanía. De allí, que sería una manera de legitimar el papel de los tribunales con un rol superior que rompería el esquema tradicional de separación de poderes, propia del

²⁷ Para mayor abundamiento sobre este cambio de postura de Radbruch consultar a PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

²⁸ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

³⁰ Sobre la ponderación no se profundizará en este trabajo, por cuanto se centrará en la articulación planteada al inicio de valorar el neoconstitucionalismo para el avance de la teoría constitucional, por lo cual se abarcan muchos aspectos de esta corriente, por lo cual, centrarse solo en la ponderación sobrepasa los objetivos del estudio.

³¹ VILLALONGA, Cristian. Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 46, n. 3, p. 765-789, 2019.

enfoque positivista, según el cual, es un nuevo papel del juez que se le ha asignado en las sociedades contemporáneas.

Pozzolo por su parte rescata una de las virtudes de la postura neoconstitucionalista, para ella la aceptación de esta teoría constitucional se basa en que justifica la presencia de sus elementos en los ordenamientos jurídicos cambiantes, indicando que se debe a las limitaciones del positivismo para resolver tensiones y conflictos sociales, políticos, económicos que forman parte de la realidad jurídica, por ello es necesario flexibilizar las posiciones formalistas, para evitar que el Derecho, el poder judicial y el Estado sea ineficaz para la regulación de estas problemáticas³². De acuerdo con la misma autora el término empezó a usarse en los años noventa cuando se evidenciaron en algunos sistemas jurídicos las características anteriores, que muchas veces suele ser concebido como una posición antipositivista, con tendencias iusnaturalistas, dado el origen histórico en la época postguerra, de la constitucionalización, pero también como una posición que trata de ser una tercera vía, de intentar conciliar dos posiciones, de utilizar los principios constitucionales para “positivizar el iusnaturalismo”, es la construcción de un nuevo sistema jurídico que comprende los principios, lo cual a juicio de la misma autora ha adherido ciertos adeptos, incluso desde la orilla positivista.

Los derechos humanos, los valores y principios están en un texto normativo, la supremacía constitucional, el privilegio del juez constitucional, con sus referidas posibilidades, también pueden estar previstos en el texto constitucional. Cierto, uno de los elementos más resaltantes del neoconstitucionalismo es la relevancia de los principios sobre las reglas³³, ya estos dejan de ser fuentes auxiliares del Derecho para transformarse en fuentes de interpretación directa, incluso como fundamento de validez del Derecho³⁴, y de estos principios son los constitucionales los que se ponen de relieve más que los principios generales del Derecho. Los principios son la base de los derechos y garantías³⁵.

1. Definición y Tipologías

Se refiere a un nuevo constitucionalismo o a una versión diferente al Estado de Derecho, donde se apuesta a un nuevo concepto de Derecho, lo que implica a su vez una nueva teoría del Derecho, en el cual tiene primacía la fuente de todas las fuentes, la Constitución³⁶. El mismo autor en su definición de neoconstitucionalismo lo identifica

³² POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

³³ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

³⁵ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

³⁶ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

con la consideración de la norma suprema como fuente de toda producción de derecho, la cual está compuesta por principios y estos son distintos a las reglas o preceptos jurídicos determinados, cuya forma de interpretación y aplicación también es diferente al Estado legal de Derecho: "...teoría bajo la cual existían reglas de derecho únicamente expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta bajo el método de subsunción, muy distinto al método de la ponderación o *balancing* (balanceo)"³⁷.

Cárdenas Gracia³⁸ también en la misma tónica sostiene que el neoconstitucionalismo va más allá de una mera superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una concepción que impacta una nueva forma de derecho. La cual se basa en la constitución como base o centro de todo el sistema jurídico, pero bajo una visión distinta, pensada en términos de principios y directrices que se interpretan bajo el test de la ponderación, dejando de lado los métodos tradicionales de aplicación del Derecho.

La Constitución es siempre omnipotente frente a cualquier análisis y todas las normas u ordenamientos se sujetan al parámetro de la Constitución, es el centro de donde todo emana y converge y en esa preponderancia de la carta magna el juez desempeña un papel activo y crítico, dejando de lado su papel de servilismo frente a la ley. Lo cual es necesario, porque el Derecho bajo el constitucionalismo no se concibe bajo un esquema homogéneo de sociedad, sino por el contrario, heterogéneo y plural, pudiendo servir a valores diferentes e incluso opuestos, porque parte de un concepto de soberanía de una sociedad abierta y plural.

Le toca al órgano judicial por consiguiente armonizar esos valores y principios³⁹ en juego, todos vigentes, pero que además deben prevalecer mediante la ponderación en una decisión sobre una relación jurídica concreta o cuando se realiza el control jurisdiccional de leyes, normas sub legales y demás actuaciones del Estado. Es de destacar en este punto el aporte de Comanducci⁴⁰ no solo en la definición de constitucionalismo sino también en su clasificación. Parte de la clasificación de Bobbio⁴¹ sobre los tipos de positivismo jurídico: ideológico, teórico y metodológico⁴² y lo aplica al neoconstitucionalismo.

³⁷ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

³⁸ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. *La argumentación como Derecho*. México: UNAM, 2018.

³⁹ Sobre la no absolutización de valores en una sociedad (ductilidad del Derecho) consultar: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

⁴⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴¹ Véase esta clasificación en COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

Del estudio de Comanducci se puede inferir que el Neoconstitucionalismo en esencia tiene caracteres similares al constitucionalismo, resultante del proceso de constitucionalización del derecho conforme a los caracteres explicados por Guastini⁴³, Comanducci resalta además de la similitud con Constitucionalismo, la limitación del poder del Estado, la defensa de derechos fundamentales, incluye además, aunque de modo no necesario un trasfondo jusnaturalista consistente en la conexión entre derecho y moral, teniendo por lo mismo como contrincante al positivismo ideológico.

El neoconstitucionalismo conforme a Pozzolo⁴⁴ no solo se fundamenta en la filosofía constitucionalista, sino un tipo de sistema jurídico de constituciones largas, rígidas y garantizadas, lo que se conoce como el Estado Constitucional de Derecho, de esta manera se constituye el neoconstitucionalismo como un cierto tipo de sistema jurídico, un cierto tipo de paradigma y la indicación del derecho como debiera ser en razón del derecho que es, es decir, en razón de los principios y valores expresamente enunciados en la Constitución, que garantizan los derechos fundamentales, elementos que están incluidos y no son extraños a esta. Pero entonces ¿cuál es la diferencia con el constitucionalismo? , el constitucionalismo se limita a ser una postura dentro de la teoría constitucional, pero sin la pretensión de constituir en enfoque teórico que fundamente la validez del Derecho, lo que sí hace el neoconstitucionalismo, teniendo una tripartición de acuerdo a la explicación de Comanducci⁴⁵.

1.1. *Neoconstitucionalismo teórico*

Se centra en describir los logros del constitucionalismo frente al positivismo. En lo que respecta a sus partidarios, éste se debe a la transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos en el despliegue del proceso de constitucionalización del Derecho, y consistente en una constitución “invasora”, producto de una positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia de la constitución en principios y reglas, respecto a particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, en comparación a la aplicación de la ley, propia del modelo positivista⁴⁶.

El mismo autor Comanducci reconoce como aportes del neoconstitucionalismo teórico al despliegue de la constitucionalización del derecho, descrita en la primera parte, y hace insostenibles aspectos del positivismo como el estatismo, legicentrismo y

⁴³ Referido anteriormente en el primer apartado de este artículo.

⁴⁴ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

⁴⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

el formalismo interpretativo, originado en el siglo XIX y con vigencia durante la mitad del siglo XX, que lucen insostenibles en la actualidad. Por otra parte, dentro del mismo neoconstitucionalismo existen dos tendencias, una conservadora del positivismo y otra que sí admite un cambio radical con éste⁴⁷.

La primera admite el cambio del objeto de interpretación, es decir, incluye a los principios constitucionalizados, pero no admite un nuevo método de interpretación, es decir, que defiende el mantenimiento de una interpretación más o menos formalista y la otra posición, que se puede calificar de neoconstitucionalismo propiamente dicho, cuyo hilo conductor reposa en ese cambio de objeto de la investigación, ya que en virtud de haber este cambiado por un énfasis constitucional con todos sus aspectos, la metodología interpretativa no puede quedar incólume, es por eso que la argumentación en base a principios y el procedimiento de ponderación de autores como Dworkin y Alexy, son incluidos dentro de la corriente neoconstitucionalista.

1.2. *Neoconstitucionalismo ideológico*

Es una ampliación del constitucionalismo, porque no solo describe y ratifica sus elementos ya referidos, sino que los defiende y profundiza, es por eso que no se queda en la limitación de los poderes del Estado, sino en la garantía de los derechos fundamentales, dejando de ver al Estado únicamente como temor, sino como una impregnación de la democracia y sus derechos, es por ello que el neoconstitucionalismo genera y se inspira a la vez en la idea del Estado Constitucional y Democrático de derecho, presente en muchas constituciones democráticas contemporáneas del mundo occidental.

En ese sentido se centra en los mecanismos institucionales para tutelar los derechos fundamentales y del centro a la ley, propia del positivismo, se desplaza al respeto a las leyes que se encuentran conforme a la Constitución y se expande más aún en promover la actuación de las reglas y decisiones del poder legislativo y judicial conforme a la constitución lo que se denomina un “constitucionalismo de reglas”⁴⁸.

El neoconstitucionalismo se afianza en las ideas de Dworkin, Alexy, entre otros, que sostienen una especificidad de la interpretación y de la aplicación de la Constitución, distinta a la de la ley, porque su objeto de análisis es la constitución.

1.3. *Neoconstitucionalismo metodológico*

Para describirlo es menester diferenciarlo del positivismo metodológico que presenta los siguientes elementos, 1) Distinción entre el derecho que es y el que deber

⁴⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴⁸ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

ser y 2) La no relación necesaria entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo metodológico sostiene, por el contrario, sobre todo con respecto al derecho constitucionalizado, los principios y derechos fundamentales como un puente entre derecho y moral, es la tesis que justifica esta relación mediante la importancia de la los principios y los derechos constitucionales (derecho como debería ser) sobre las reglas (derecho como es).

El fundamento es el Estado Constitucional de Derecho, que a juicio de Prieto Sanchís⁴⁹ tiene como elementos característicos lo señalado por Guastini, aspectos de la constitucionalización del Derecho y Zagrebelsky⁵⁰ sobre una superación del Estado de legalidad por la sujeción de la ley a la norma de mayor jerarquía o Constitución.

2. Aspectos esenciales

En esta parte en primer lugar, se expresarán algunos aspectos fundamentales del neoconstitucionalismo y en segundo lugar se profundizará sobre otros rasgos de esta postura. Se advierte un consenso en los doctrinarios constitucionalistas sobre los caracteres fundamentales del neoconstitucionalismo, como cláusulas fundamentales que establecen derechos y las garantías para ejercerlos; la existencia de un orden de valores, cuya obligatoriedad y aplicación es distinto a la de las reglas.

En palabras de Cárdenas Gracia⁵¹, implica que la Constitución no es un “catecismo político” o un código moral dirigido al legislador virtuoso, al buen legislador, sino que es una norma que prescribe que la realidad debe sujetarse a lo que ella establece y además que es la norma suprema y es por ello que condiciona la validez de los demás elementos del sistema jurídico y es un criterio de interpretación prioritario frente a éstos.

Es de aplicación directa, no necesita de la mediación de una ley para imponer su fuerza vinculante, en la medida que sus preceptos sean relevantes en cualquier proceso. La Constitución expresa comprende un orden social necesario, expresado mediante los valores y derechos preestablecidos. Esto hace que se abandone el esquema lógico deductivo de mera argumentación formal expresada por el positivismo y se desplace hacia una argumentación basada en la proporcionalidad, en la ponderación, contenidos esenciales, entre otros, lo que no significa para nada una justificación de una decisión discrecional sino de tintes demostrativos, expresando que es la constitución que prescribe en ese caso según su plexo axiológico contenido en valores, principios y reglas, evidenciando un mayor esfuerzo de justificación por parte del juez⁵².

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁵¹ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009 y

Esa predeterminación axiológica crea una necesidad que genera un máximo tribunal, aplicador e intérprete de la Constitución, que se irradia a todo el sistema judicial, a través de tres grupos de decisiones principales: a) declarando la nulidad de una norma por inconstitucional; b) aceptando por vía excepcional en aras de la misma constitución la no aplicación de ciertas normas al caso concreto, c) resolviendo con pretensiones de objetividad conflictos entre derechos y principios constitucionales en un caso concreto. La garantía judicial de la constitución ejercida por tribunales especiales u ordinarios mediante controles previos o posteriores, abstractos o concretos⁵³ a normas y demás actos de los órganos del poder público⁵⁴.

Lo anterior lleva a concebir a los tribunales o cortes constitucionales en suprainstancias judiciales de revisión, pudiendo esto considerarse como un desbordamiento de sus atribuciones pero que se justifican bajo el fundamento de poner en armonía con la Constitución, las decisiones de los tribunales inferiores. Esta es la posición de García Amado⁵⁵ que destaca entre los elementos del neoconstitucionalismo la relevancia de los tribunales constitucionales: su denso contenido normativo que regula las relaciones de los ciudadanos con los órganos de poder y así mismo las regulaciones que nacen de la Constitución en las relaciones horizontales de derecho privado, lo que explica la expansión del constitucionalismo a todas las ramas del Derecho, rasgo también importante del neoconstitucionalismo; la rigidez constitucional, cuya razón explica Prieto Sanchís⁵⁶, por cuanto el constitucionalismo, fundamento del neoconstitucionalismo, se hace más fuerte mientras más dificultoso sea la alteración del texto, es decir, sea menos accesible a las mayorías legislativas⁵⁷.

Profundizando sobre los rasgos del neoconstitucionalismo, se abundará sobre su concepción de principios, las particularidades de la justicia constitucional, el fundamento de protección de los derechos humanos y muy relacionado con este, la apuesta por una crítica o valoración (no neutralidad) del derecho.

CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵³ Para abundar sobre estos tipos de controles se sugiere consultar: AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de Constitucionalidad*. Bogotá-Buenos Aires. Astrea. 593p. 2015.

⁵⁴ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁵⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

⁵⁷ Según Prieto Sanchís, una constitución rígida, más complicada para su enmienda o reforma que requiera mayorías calificadas o convocatoria popular mediante sufragio, se hace inaccesible a las mayorías parlamentarias, a los cambios fáciles, lo que la consolida en sus valores, principios y reglas, dependiendo la aplicación de los mismos de los tribunales constitucionales garantes de los derechos de las minorías en una democracia. PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

3. Los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas

Una contribución importante a los aspectos del neoconstitucionalismo no es solo la relevancia a los principios constitucionales sino también a su diferenciación con los principios tradicionales romanistas, tal como lo señala Portela⁵⁸, distinción que se resume en este cuadro:

Cuadro N° 1: Principios de diferenciación con los principios tradicionales romanistas⁵⁹

Principios neoconstitucionalistas	Principios romanistas “ <i>principia juris</i> ”
De naturaleza política-jurídica, son más abstractos que concretos	Son abstractos pero su fin es funcionar en el contexto del caso, siempre dan una pauta de solución.
Están en el texto legal (sin texto no hay principios)	No siempre forman parte de un texto legal.
El autor es el legislador positivo que les da vida	Son anónimos y forman parte de la sabiduría jurídica universal.
Conquistas propias de los sistemas democráticos	Son de naturaleza neutral.
El rol principal es el juez	Utilizado por legisladores, jueces, científicos del derecho, tienen un campo más amplio
Nacen del derecho constitucional y público y de allí se expanden a todo el sistema jurídico.	Se aplican a todas las ramas del derecho

Portella destaca la importancia de esta distinción porque deriva en la valoración de la importancia o no de los principios neoconstitucionalistas. Esta renaturalización de la constitución o influencia de la moral, lo explica Prieto Sanchís como una interiorización de la moral en el Derecho, ya la moral no entra en conflicto con el derecho, sino que forma parte de este, es como una concesión o reconocimiento a la doctrina iusnaturalista, es decir, al reconocimiento de los derechos naturales, y esto es así porque no solo la Constitución establece atribuciones, procedimientos y sanciones que regulan sino también normas sustantivas que establecen que pueden hacer y no hacer estos, es decir, no solo quién y cómo manda, sino que se manda y determina qué debe

⁵⁸ PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

⁵⁹ PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

mandarse, esto se ve plasmado en los valores superiores, en los principios y sobre todo en los derechos establecidos en la Constitución que tienen resonancia en todo el ordenamiento jurídico.

4. Las particularidades de una justicia constitucional desde el neoconstitucionalismo

Se precisa en los siguientes caracteres⁶⁰ la evidencia de un desplazamiento del control Constitucional concentrado a control difuso, es decir, a control por parte de los jueces ordinarios, que ha contribuido a una transversalización del derecho constitucional a otras ramas del derecho. Es decir, se hace mixto, sin desmedro de la importancia del tribunal constitucional como máximo intérprete de la constitución y protagonista del control judicial de las leyes.

Ya los valores, principios y derechos constitucionales no son solo fundamento de validez de las leyes, sino parámetros de aplicación o desaplicación del derecho a un caso concreto. Las decisiones tradicionales del modelo de control constitucional concentrado, no se limitan a declarar nula una ley por inconformidad con la constitución, ni a ratificar su validez por su conformidad, sino a “legislar”, es decir, pasa a ser legislador positivo, mediante las sentencias intermedias⁶¹, es decir, aquellas que pueden modificar una ley o su sentido, o declarar inconstitucional algún sentido de la constitución y ratificar la conformidad de otros, como las sentencias aditivas las cuales, conforme a Prieto Sanchís tiene efectos positivos:

...las sentencias aditivas o manipulativas suponen una legislación claramente positiva en la medida en que extienden una disciplina normativa a favor de personas o supuestos inicialmente no contemplados en la norma. Herramienta fundamental al servicio del principio de igualdad, estas sentencias, con todas las limitaciones que se quiera, suponen una peculiar modalidad judicial de colmar las lagunas u omisiones legislativas; y, por cierto, no veo ninguna dificultad para que esta técnica, tal vez bajo los ropajes del

⁶⁰ Para mayor abundamiento al respecto véase: GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011, y PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016. p. 267.

⁶¹ Sobre las sentencias aditivas o intermedias en general consultar AJA, E. Y GONZÁLEZ, M. Conclusiones sobre las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. In: AJA, Eliseo (Coord.). **Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual**. Compendio. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 257-291, y CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. *Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta*. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008; CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. **La creación normativa de los Tribunales Constitucionales**. Referencias a Venezuela. Maracaibo: Universidad del Zulia-Editiones vicerrectorado académico, 2011.

*argumento analógico, sea usada por el juez ordinario en aplicación directa del principio de igualdad*⁶².

La ponderación como una labor propia de los jueces, quienes centran sus decisiones en imponer un principio sobre otros para reconocer o no un derecho o dictan una decisión de equilibrio de reconocimiento de los principios en juego en una relación jurídica.

5. La protección de los derechos humanos como una de las bases del neoconstitucionalismo

Citando a Gil Rendón⁶³, en efecto el eje fundamental sobre el que gira el neoconstitucionalismo es la importancia de los derechos humanos, su fundamento histórico, conceptual y contextual, basado en la dignidad de la persona, su bienestar y calidad de la vida. Se expresa en el *"in dubio pro homine"* lo cual se ha evidenciado de la necesidad y el establecimiento del Estado social de Derecho, la interdependencia de los derechos humanos, su eficacia y protección a través de la normativa constitucional que cobije a su vez la normativa orgánica y sustancial aplicada a través de la justicia constitucional.

Sus tres componentes filosóficos conforme a García Amado⁶⁴, se centra en: objetivismo, cognitivismo y elitismo. Desde el nivel ontológico, el objetivismo, por cuanto precisa un orden de valores, un sistema moral objetivo y aplicable, que dirime las controversias jurídicas, a pesar de los enunciados constitucionales que pueden ser calificados como indeterminados semántica, sintáctica y pragmáticamente. En el nivel epistemológico el cognitivismo, que estriba en que las soluciones basadas en el sistema axiológico establecido en la constitución, pueden ser aprehendidas por los jueces y por ello aplicarlas adecuadamente. Y en lo político y social el elitismo, que resalta precisamente el rol del tribunal constitucional y los jueces constitucionales en general, como consecuencia de lo anterior, por lo cual tienen el privilegio político (legitimidad) de poder corregir al legislador, excepcionando la ley y justificando en algunos casos decisiones *contra legem* en aras de la supremacía constitucional (*pro constitutione*), porque son decisiones basadas en valores, principios y derechos constitucionales, los valores que forman el núcleo metafísico de la Constitución y de los que conocen los jueces mejor que nadie y mejor que el pueblo y que el legislador representa⁶⁵.

⁶² PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016. p. 267.

⁶³ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Revista Juris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

⁶⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

⁶⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

6. Sobre la no neutralidad del Derecho

Deriva en una teoría jurídica normativa, no solo descriptiva sino crítica y no neutral a la vez, que no solo corrige el Estado de Derecho sino la idea de democracia que absolutiza la “regla de la mayoría”, que incluye también la protección de los derechos humanos, no solo los de libertad, sino los sociales, económicos y culturales⁶⁶.

Lo que para algunos autores esta valoración del neoconstitucionalismo puede ser un defecto, explicado por Cárdenas Gracia es una virtud, ya que corrige la “asepsia positivista” basada en la neutralidad: “Una teoría neutral conduce a la parálisis del Derecho, garantiza el *statu quo* y es incompatible con un sistema jurídico orientado hacia la preservación y garantía de los derechos humanos”⁶⁷, cuestión similar a lo que plantea Gil Rendon⁶⁸, ya que gracias a esa toma de posición del neoconstitucionalismo por los valores, principios, la dignidad humana, en fin, por los derechos humanos es lo que impediría volver a un positivismo que abrigó casos de injusticia extrema como las propias del Derecho nazi, teniendo que desde el mismo positivismo admitir su error al reconocer que una norma basada que contenga la injusticia extrema⁶⁹ no podrá ser derecho válido.

III. APORTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO AL DERECHO EN GENERAL Y AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Seguidamente se valorará el neoconstitucionalismo, ya planteado en sus cuestiones fundamentales, para lo cual se abundará en primer lugar sobre sus aportes y por último, las críticas. En lo que respecta a los aportes del neoconstitucionalismo es importante señalar a Atienza que a pesar de que no se identifica como partidario de esta corriente si afirma que está de acuerdo con algunos elementos que podemos relacionar con el neoconstitucionalismo, cuando expresa:

...el tipo de teoría del Derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios

⁶⁶ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

⁶⁷ CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018. p. 42.

⁶⁸ GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

⁶⁹ Frase muy significativa atribuida al autor positivista Gustav Radbruch al analizar las leyes inicuas establecidas al régimen de Hitler (para mayor abundamiento al respecto consultar PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019).

y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho⁷⁰.

El neoconstitucionalismo entonces es razonable por apostar a una relevancia de la función jurisdiccional de la Constitución, incluir la importancia de los principios en la concepción y aplicación de la misma y los derechos que consagra y el carácter argumentativo en la aplicación del Derecho, para lo cual el positivismo constitucional se hace insuficiente. Ahondando sobre los aportes, se tiene:

1. Necesidad ante la insuficiencia del positivismo en las sociedades actuales

Qué es lo que justificó su origen o génesis⁷¹, por lo tanto va más allá de una mera superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una concepción que impacta una nueva forma de derecho. La cual se basa en la constitución como base o centro de todo el sistema jurídico, pero bajo una visión distinta, pensada en términos de principios y directrices que se interpretan bajo la categoría: la ponderación, dejando de lado los métodos tradicionales de aplicación del Derecho.

2. Se justifica por la pluralidad de nuestras sociedades

La Constitución es siempre omnipotente frente a cualquier análisis y todas las normas u ordenamientos se sujetan al parámetro de la Constitución, es el centro de donde todo emana y converge y en esa preponderancia de la carta magna el juez juega un papel activo y crítico, dejando de lado su papel de servilismo frente a la ley⁷². Lo cual es necesario, porque el Derecho bajo el constitucionalismo no se concibe bajo un esquema homogéneo de sociedad, sino por el contrario, heterogéneo y plural, pudiendo servir a valores diferentes e incluso opuestos, porque parte de un concepto de soberanía de una sociedad abierta y plural.

Le toca al órgano judicial por consiguiente armonizar esos valores y principios en juego, todos vigentes, pero que además deben prevalecer mediante la ponderación en una decisión sobre una relación jurídica concreta o cuando se realiza el control jurisdiccional de leyes, normas sub legales y demás actuaciones del Estado.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 11.

⁷¹ Tal como se expuso en el punto II.1 de este artículo, cuestión relacionada con las limitaciones del positivismo como teoría del Derecho y en el ámbito constitucional: posibilidad de aplicar leyes injustas, insuficiencia de los métodos tradicionales de aplicación del Derecho, resistencia de aceptar los principios constitucionales por el rechazo a la vinculación entre derecho y moral, necesidad de la aplicación de la ponderación para resolver conflictos constitucionales, entre otros.

⁷² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

3. Su función ordenadora en los sistemas jurídicos actuales

Zagrebelsky⁷³ también desarrolla el Estado Constitucional de Derecho, como una forma de profundizar el Estado de Derecho, consiste en el perfeccionamiento del gobierno de los hombres por el gobierno de leyes, donde la ley por primera vez está subordinada, sujeta a conformidad a un nivel más alto de derecho, previsto en la Constitución. Del Estado Constitucional del Derecho que se puede adjudicar al neoconstitucionalismo puesto que tiene uno de sus rasgos esenciales, la desestimación de la ley en favor de la primacía de la Constitución.

En efecto, para el autor italiano uno de los grandes problemas jurídicos en la actualidad es la del “legislador motorizado” que genera un exceso de leyes que producen una heterogeneidad en el sistema jurídico que puede tener consecuencias negativas por la indeterminación del Derecho, de allí la importancia de los valores y principios fundamentales constitucionales como una instancia superior unificadora del sistema jurídico.

La heterogeneidad es inevitable dado el pluralismo jurídico a diferentes niveles territoriales de leyes, como en los procesos de descentralización política y jurídica, lo cual puede traer distintas presiones sociales para imponer una ley sobre otra, por lo cual la ley ya no zanja un conflicto, sino que lo continúa. De allí la necesidad de unificación de criterios que deben realizar las fuentes constitucionales. Y esta labor la realizan los tribunales constitucionales.

No obstante, en este rasgo de unificación Zagrebelsky⁷⁴ se modera y reconoce que no se puede lograr mediante una constitución invasora que se aplique de arriba hacia abajo lo cual sería errado y no es un elemento del Estado constitucional, sostiene que es una unificación constitucional impropia a su entender, ya que reconoce las distintas ramas jurídicas, pero unificadas en los valores y principios constitucionales, es por eso que en esta “unificación” apuesta a un derecho dúctil, donde no se absolutiza ningún tipo de valor, por la complejidad del derecho de nuestras sociedades, sino una flexibilidad de valores y principios todos vigentes cuya aplicación dependerá de acuerdo a la consideración de cada caso concreto.

4. Rematerialización, constitución o influencia de la moral

Esto lo explica Prieto Sanchís⁷⁵ como una interiorización de la moral en el Derecho, ya la moral no entra en conflicto con el derecho, sino que forma parte de éste, es como una concesión o reconocimiento a la doctrina iusnaturalista, y esto es así porque

⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.

⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

la Constitución prevé no sólo atribuciones, procedimientos y sanciones de los órganos del poder público, sino también normas sustantivas que establecen que pueden hacer y no hacer estos, es decir, sino quien y como manda, sino que se manda y que debe mandarse⁷⁶, esto se ve plasmado en los valores superiores, en los principios y sobre todo en los derechos establecidos en la Constitución que tienen resonancia en todo el ordenamiento jurídico.

5. Conduce a una Filosofía Política que puede ser razonable

El neoconstitucionalismo se deriva de él una filosofía política democrática lo cual es positivo, en el sentido de que es loable que en una sociedad política está constituida por un Estado de Derecho, se garantice la supremacía de la Constitución, la división de los poderes, el control judicial sobre estos y la nulidad de sus actuaciones cuando vulneren la norma fundamental y los valores, principios y derechos previstos constitucionalmente se hagan prevalecer⁷⁷.

IV. CRÍTICAS NEOCONSTITUCIONALISMO

1. Genera la aplicación de una “constitución invasora”

El neoconstitucionalismo destaca logros del constitucionalismo frente al positivismo en lo que respecta a lo que es para sus partidarios la transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos en el despliegue del proceso de constitucionalización del Derecho, consistente en: una constitución “invasora”⁷⁸, positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia de la constitución en principios y reglas y respecto a particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, en comparación a la aplicación de la ley, propia del modelo positivista⁷⁹. Cuando se señala este adjetivo de “Constitución invasora” es basado en que esta corriente se fundamenta en un despliegue excesivo de la Constitución, que afecta los ámbitos de otras ramas del derecho positivo, que si bien es cierto, deben estar conformes a la Constitución, también es cierto que las particularidades de cada esfera de derecho, con sus propios principios, deben también considerarse y al llevar a la práctica

⁷⁶ Tal como fue indicado en el punto II.3 sobre el análisis de los principios neoconstitucionalistas frente a los principios romanistas.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

⁷⁸ Ya anticipado en el punto 2.1. Neoconstitucionalismo teórico.

⁷⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

esta expansión constitucional, se produce entonces una actividad de los tribunales constitucionales también excesiva frente a los otros poderes.

2. Constitucionalismo sin límites

Lo explica Atienza⁸⁰ cuando señala que si bien es cierto que la corriente neo-constitucionalista hay que entenderla como una reacción contra el positivismo jurídico, contra una visión del Derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad, en los formalismos y descuidando la justicia, también es cierto que lleva al extremo esa posición crítica y no reconoce los aportes del legalismo.

Caen también en una visión unidimensional del derecho como la adjudicada al positivismo (sólo normas) porque prevalecen solo los valores. Actitud ingenua pensando que los valores propios de un Estado Constitucionalizado pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites que impone el sistema de derecho positivo. Ignoran, a juicio del autor español, la utilidad de la legalidad como condición de posibilidad para que pueda desarrollarse el valor de la autonomía o división de poderes.

3. Fomenta la indeterminación en el derecho

En lo que respecta a realzar los valores y principios constitucionales puede encontrar una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero esto puede contribuir a la indeterminación del Derecho, es decir a la inseguridad jurídica, por tres razones⁸¹:

Porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto ésta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*, sino que, por el contrario, la aumenta, o sea que prácticamente anula la predeterminación del derecho, eje fundamental de la seguridad jurídica, conforme a este autor. Porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común u objetiva, aumenta la discrecionalidad de jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*.

Y por último la especial manera de aplicar las normas configuradas como principios, bajo la forma de ponderación de principios según el caso en particular y por falta de una jerarquía estable entre los mismos, fomenta la discrecionalidad de los jueces,

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

es decir la indeterminación *ex ante*. Que según Atienza⁸², tal como se indicó, debe preservarse en aras de la seguridad jurídica. Cuestión última en la que coincide Pietro Sanchís⁸³ en algunas de las críticas esgrimidas contra el neoconstitucionalismo, puesto que deriva en un subjetivismo, dado el gran abanico de valores, principios y derechos que deben interpretarse a partir de fórmulas vagas, abriendo la puerta a la influencia ideológica, moral, de cada juez que aplique la constitución.

4. Evidencia una sobreinterpretación constitucional y excesiva responsabilidad de los jueces

Apunta a una deliberada sobreinterpretación constitucional o dogmática constitucional, que no va en casos relacionada con los esfuerzos de la parte orgánica de la misma en establecer y limitar las atribuciones de cada poder público. Y la excesiva entrega y responsabilidad de poder a los jueces para que dicten sus fallos, más allá de lo estipulado por el órgano constituyente y en muchas decisiones se le exige demasiado al estado para que cumpla cada sentencia, cuando son cuestiones que dependen de la disponibilidad económica⁸⁴. Es el activismo judicial criticado desde décadas por muchos autores, entre ellos Prieto Sanchís 2016, ya que la mayor actividad del poder judicial, su aparente preponderancia frente a otros poderes en asuntos políticos y sociales, puede ir en desmedro de las funciones del poder legislativo y el poder ejecutivo.

5. Extensión desmesurada del control difuso de la Constitucionalidad

Es la propuesta teórica que vinculada al Control difuso de la Constitucionalidad, que la extiende más allá de lo previsto por el constitucionalismo y que puede traer perjuicios como señala Petro González⁸⁵; en efecto, el control difuso deja de ser razonable por la necesidad de la especialidad de los distintos jueces en cada rama del Derecho, así como existen jueces laborales, penales, civiles, entre otros, deben existir los jueces constitucionales. Y esto es así, porque la Constitución tiene un valor fundamental en el Estado social de derecho, razón por la cual no se debe confiar en jueces ordinarios no preparados para esta labor, lo que puede derivar en el riesgo de establecer criterios contradictorios en distintas jurisdicciones sobre la constitucionalidad o no de una ley.

⁸² ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸³ PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

⁸⁴ ORTEGA GARCÍA, Ramón. La constitucionalización del derecho en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 17, p. 601-646, mayo/ago. 2013.

⁸⁵ PETRO GONZÁLEZ, Ingrid Regina. El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Cartagena, v. VIII, n. 16, p.125-134, jul./dic. 2016.

En virtud de las afirmaciones sobre los excesos del neoconstitucionalismo y al mismo tiempo, el reconocimiento en parte de sus aportes, por las limitaciones positivistas, varias propuestas se enuncian dentro de la teoría constitucional con implicaciones en la teoría del derecho, consistente en las alternativas frente al positivismo constitucional y al iusnaturalismo.

V. ALTERNATIVAS

1. El Constitucionalismo postpositivista

Uno de los autores más prominentes que apuesta a esta teoría es Atienza que parte de los defectos del positivismo y el neoconstitucionalismo. En efecto, el positivismo constitucional es excesivamente formalista, se base únicamente en el texto de la ley, demeritando la importancia de los fines y valores tan importantes para la generación de una decisión justa⁸⁶. Esto es como consecuencia de estar en contra de la relación entre derecho y moral y por ende en rechazar la moral absoluta.

El neoconstitucionalismo apunta a un activismo judicial porque aplica casi de manera absoluta los valores y principios e ignora las reglas, despojándose de cualquier elemento de formalismo, sobre el activismo judicial que puede adjudicarse a la aplicación del neoconstitucionalismo se afirma: “El activista es el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque –como antes decía– suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales”⁸⁷.

Atienza⁸⁸ propone superar estos excesos y esgrime que la base del Estado Constitucional del Derecho no es ni un rechazo absoluto a las reglas, ni tampoco a los principios y para ello es coherente con su propuesta de concebir al derecho o su aplicación con una práctica argumentativa, donde las reglas y los principios son tomados en cuenta. El positivismo no toma en cuenta la teoría de la argumentación por basarse

⁸⁶ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

únicamente en la subsunción y está limitado por el Estado legal del derecho⁸⁹, pero que apuesta a una argumentación no significa según el autor que está a favor del activismo judicial, como ya se indicó, sino: "...que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho"⁹⁰.

Para los autores neoconstitucionalistas el Estado Constitucional se basa únicamente en valores y principios⁹¹ y como consecuencia únicamente en una argumentación sin límites, cuando en muchos casos, las reglas son perfectamente claras para adjudicar derechos en una relación jurídica concreta, por lo cual la subsunción puede ser aplicable.

El Postpositivismo constitucionalista argumenta, pero sin ignorar la necesidad de las formalidades o reglas en muchos casos y sin caer en los excesos del neoconstitucionalismo del activismo judicial y la falta de límites de las decisiones judiciales. La argumentación que plantea Atienza en su propuesta es por ello, razonable y verificable y concluye: "...la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el constitucionalismo no positivista, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho"⁹², es decir, que incluye el aspecto formal de las reglas y los fines y valores de la argumentación.

2. El razonamiento Principialista

Esta postura es defendida por Estrada Vélez⁹³, quien afirma que el razonamiento fundamentado en los principios constitucionales tienen primacía sobre las normas, lo cual es más cónsono con el Estado Social de Derecho, por ello hay que dejar la posición de un estado de derecho positivista, decimonónica, de demeritar la vinculación derecho y moral, excluir la ideología del derecho constitucional, para lo cual se hace necesario actualizar los programas de derecho que fomenten esta forma de razonar que supera los principios generales del Derecho, que son una fuente auxiliar del Derecho y no principal en muchos casos como debe ser en un Estado Constitución y social de Derecho.

⁸⁹ Estado legal: refleja el absolutismo de la ley, expresión del Estado liberal conforme a LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado constitucional: implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, año 23, n. 18, p. 247-267, dic. 2009.

⁹⁰ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 21.

⁹¹ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

⁹² ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da jurisdição constitucional*, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014. p. 23.

⁹³ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

3. El Constitucionalismo garantista o positivismo reforzado

Desarrollado por Ferrajoli⁹⁴, en primer lugar expresa el planteamiento del neoconstitucionalismo, que a su parecer tiene mucha relación con el jusnaturalismo y el realismo jurídico, en el sentido de que se constituye en un constitucionalismo principialista, que comprende la relación entre derecho y moral, que condiciona la validez y la aplicación del derecho y así mismo confunde la validez con la efectividad del derecho, por cuanto termina definiendo al derecho como una práctica social, como una determinación por parte de los tribunales, dejando de lado la validez formal, que guarda una vinculación legítima entre democracia y derecho.

Es por eso que plantea el constitucionalismo garantista, rescatando la idea de un positivismo pero no absolutamente desprovisto de principios ni de aspectos valorativos, estos deben estar, pero cimentados en las normas constitucionales, limitando de esta manera el derecho como hecho del juez y manteniendo la validez del mismo surgida de la constitución y de las leyes, esta última como derivación del poder constituido habilitado por la democracia, pero en sujeción con la Constitución o norma suprema, que garantiza los derechos humanos, pero por un cauce que debe estar sometido a reglas, por ello reitera una propuesta principialista ajustada a la norma constitucional y no derivada del juez.

Ferrajoli⁹⁵ esgrime su posición de constitucionalismo garantista como un argumento que él denomina de predominio positivista, pero no absoluto, porque comprende los principios constitucionales pero sin obviar la fortaleza de las normas en los sistemas jurídicos y de su aplicación mediante la subsunción. Ferrajoli argumenta que esto no es solo un problema de los jueces, que puedan caer en el constitucionalismo principialista al cual le endilga los mismos defectos del neoconstitucionalismo o mejor dicho, lo asimila a este, es importante minimizar la inflación legislativa o exceso de leyes y las reglas vagas e indeterminadas que fomentan la discrecionalidad y por ende el activismo judicial, aunque también admite que esto sería en cierta medida inevitable con todo y los correctivos sugeridos, por ello es necesario reforzar el constitucionalismo mediante el positivismo pero no de modo absoluto, por eso lo denomina constitucionalismo garantista y no positivista, en el cual destaca el papel de las normas, pero sin negar de manera total los principios constitucionales que sí deben ser considerados únicamente cuando sean contrariados por las normas y mediante una labor restringida del juez, centradas en el legislador negativo, eliminar la ley solo cuando va en contra del deber ser previsto en la constitución.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

4. Positivismo neoconstitucionalista

Pozzolo⁹⁶ también plantea una postura dada las críticas al positivismo constitucional y al neoconstitucionalismo, pero no anulándolos, sino complementando, es decir, similar a la posición de Atienza anteriormente, es por ello que expone la solución de las contradicciones entre jusnaturalismo frente al positivismo, decantándose por un “Positivismo neoconstitucionalista” o positivismo incluyente. Lo que constituye una tercera vía en la cual convergen tanto positivista como neoconstitucionalistas no radicales.

Consciente de la crisis de las democracias para salvaguardar los derechos humanos, la insuficiencia del legislador negativo, para solucionar las exigencias actuales de implementar nuevos derechos, pero al mismo tiempo, claros en los riesgos de un abuso en la proliferación de interpretaciones y la sustitución del poder legislativo por el poder judicial, siendo una solución que también puede acentuar las crisis de las democracias.

Este planteamiento ecléctico y equilibrado destaca en varios elementos:

- 1) Aceptan la distinción de Dworkin entre reglas y principios, desde una perspectiva donde se interprete por valores, pero que estos no son factores extra constitucionales sino plenamente constitucionales.
- 2) El derecho se debe conocer con base a ciertos fines que plantean las normas: “Se colocan en la óptica de ofrecer instrumentos, justificaciones y métodos a los intérpretes a la luz de ciertos fines. Se trata de doctrinas normativas, de propuestas sobre política del derecho, con fines (diversamente eficaces o ineficaces) declaradamente anti despóticos y garantistas”⁹⁷.
- 3) La constitución extensa sostenida por los neoconstitucionalistas y varias veces justificada cobra sentido para tratar de mantener la interpretación con base a normas y al mismo tiempo garantizar la implementación de derechos.
- 4) Finalmente en cuanto a esta propuesta, destaca Pozzolo⁹⁸ que otro aspecto fundamental en la coincidencia entre iusnaturalistas y positivistas constitucionalistas, porque consideran que tanto porque los valores y principios constitucionales están constitucionalizados, establecidos positivamente y la actitud del juez de declarar una ley inconstitucional se basa en un examen de contraste o cognición que no comprende una apelación a aspectos externos del sistema jurídico, sino por el contrario a aspectos del mismo ordenamiento jurídico, lo que comprende un reconocimiento de ambas corrientes

⁹⁶ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

⁹⁷ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 394.

⁹⁸ POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

en sus variantes no extremas desde el formalismo y desde el aspecto axiológico, tal como sugiere Atienza (2014), presente en los valores y principios constitucionales.

VI. CONCLUSIONES

Luego de este recorrido por la postura neoconstitucionalista, partiendo de su análisis, consideraciones valorativas, críticas y reconocimiento de sus aportes, se concluye lo siguiente:

- 1) El neoconstitucionalismo cada vez se hace más real no solo dentro de la teoría constitucional, sino que sus implicaciones se expanden a todo el derecho mediante el mandato constitucional.
- 2) La constitucionalización del derecho y el Estado Constitucional de Derecho, las dos caras de una misma moneda, una por ser referido a las situaciones históricas y la otra por su significación argumentativa y teórica sobre la relevancia de la Constitución sobre la ley, abrieron el paso hacia el neoconstitucionalismo.
- 3) El neoconstitucionalismo partiendo de los argumentos iusnaturalistas, el Estado Constitucional de Derecho, la falta de vigencia de los Derechos humanos, reconstruye una práctica con pretensiones teóricas que ratifica la constitucionalización, mediante la argumentación considerando los principios de moralidad aplicados por los jueces.
- 4) Los excesos del neoconstitucionalismo son claros, pero también sus aportes de poner en relevancia la crisis del positivismo constitucional extremo de no garantizar los derechos humanos, es por ello que hasta los mismos teóricos partidarios de la argumentación, reconocen como su fomento, la efectividad de los derechos humanos, plantean un camino intermedio que por un lado corrija los efectos del positivismo ineficaz en la aplicación del derecho y así mismo contenga los excesos del neoconstitucionalismo basado en un poder excesivo de los jueces que confunde la validez del derecho con su efectividad, ignorando por completo la primera, con el peligro de un realismo desprovisto de seguridad jurídica y por otro lado revestido de un poder al juez que puede ir de la discrecionalidad a la subjetividad, al capricho, a la tiranía de los jueces, con el riesgo de minar los valores jurídicos que tanto jura defender.

Finalmente, de las precisiones anteriores se verifica el valor de la corriente neoconstitucionalista para el avance de la teoría constitucional, consolida el proceso de constitucionalización del Derecho para una mayor efectividad de los derechos

humanos y sus críticas han favorecido propuestas esclarecedoras y superadoras del mismo positivismo constitucional y del neoconstitucionalismo.

VII. REFERENCIAS

ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. **Revista Jus**, Puebla, v. 10, n. 37, 2016.

AJA, E. Y GONZÁLEZ, M. Conclusiones sobre las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. In: AJA, Eliseo (Coord.). **Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual**. Compendio. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 257-291.

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de Constitucionalidad**. Bogotá-Buenos Aires: Astrea, 2015.

APONTE, Alejandro. Gustav Radbruch. ¿Constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal? **Anuario Jurídico Precedente**. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Pp. 55-78. Disponible en el link: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1416>. 2005.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da jurisdição constitucional**, año 7, n. 2, p. 1-24. jul./dez. 2014.

CARBONELL, Miguel; SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? **Quid Juris**, n. 15, p. 33-55, 2011.

CÁRDENAS GRACIAS, Jaime. **La argumentación como Derecho**. México: UNAM, 2018.

CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*. **Cuestiones Jurídicas. Revista de la Universidad Rafael Urdaneta**. Maracaibo, v. II, n. 1, p. 65-84, ene./jun. 2008.

CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. **La creación normativa de los Tribunales Constitucionales**. Referencias a Venezuela. Maracaibo: Universidad del Zulia-Ediciones vicerrectorado académico, 2011.

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia N° SU 214/2016 de fecha 6 de octubre de 2021. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

D'ATENA, Antonio. Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional. **UNED. Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 74, p. 455-475, ene./abr. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. El neoconstitucionalismo principalista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, v. XII, n. 33, p. 27-42, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 34, p. 15-53, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coord.). **Controversias constitucionales**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 2001.

GIL RENDÓN, Raimundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. **Revista Juris**, Chihuahua, v. 12, p. 43-61, 2011.

GUASTINI, Roberto. **Distinguiendo: estudios de teoría y meta teoría del Derecho**. Madrid: Civitas, 1999.

GUASTINI, Roberto. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. In: **Estudios de teoría constitucional**. México: IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

HARO, Ricardo. La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 16, p. 191-223, 2012.

LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. Del Estado liberal al Estado constitucional: implicaciones en la compresión de la dignidad humana. **Díkaion**, año 23, n. 18, p. 247-267, dic. 2009.

ORTEGA GARCÍA, Ramón. La constitucionalización del derecho en México. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 17, p. 601-646, mayo/ago. 2013.

PAULSON, Stanley. **La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

PETRO GONZÁLEZ, Ingrid Regina. El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. VIII, n. 16, p.125-134, jul./dic. 2016.

PORTELLA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. **Díkaion**, año 23, n. 18, p. 33-54, 2009.

POZZOLO, Susanna. Apuntes sobre el neoconstitucionalismo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. 1. p. 363-415.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luís. Neoconstitucionalismo y positivismo. **Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 14, p. 263-279, 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: De Palma, 1998.

SUÁREZ SEBASTIÁN, María del Pilar. Aspectos fundamentales de los DESC. In: GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (Coord.). **Compendio: Derechos económicos, sociales y culturales**. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá: Universidad Libre, 2009. p. 61-111.

SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. **Vniversitas**, Bogotá, n. 129. p. 317-351, jul./dic. 2014.

VIGO, Luís Rodolfo. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

VILLALONGA, Cristian. Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 46, n. 3, p. 765-789, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.



Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica

The constitutive programs of public educational policy aimed at basic education

CARLA LUANA DA SILVA ^{1,*}

¹Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)
carlaluanaaschulz@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-4276-440X>

ROGÉRIO GESTA LEAL ^{1,**}

¹Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)
gestaleal@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1372-6348>

Recebido/Received: 29.04.2022/ April 29th, 2022

Aprovado/Approved: 22.07.2022 / July 22th, 2022

Resumo

Este estudo propõe uma análise dos programas governamentais em âmbito federal que compõem o conjunto da política pública educacional voltados à Educação Básica. Delimita-se este tema a partir das premissas da Constituição Federal de 1988, observando o compromisso da Educação em promover o preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, por meio da promoção de um ensino de qualidade. O problema que orienta essa pesquisa é buscar quais são os problemas políticos de ordem coletiva no âmbito da educação básica que os programas dentro da política pública educacional, criados em âmbito federal, visam solucionar? A hipótese repercute de diferentes formas já que são

Abstract

This study proposes an analysis of government programs at the federal level that integrate the group of Basic Education public policies. This theme is delimited from the premises of the Federal Constitution of 1988, observing the commitment of Education to promote the preparation for the exercise of citizenship and its qualification for work, through the promotion of quality education. The problem that guides this research is to seek what are the political problems of a collective order in the scope of basic education that the programs within the educational public policy, created at the federal level, aim to solve? The hypothesis has repercussions in different ways since there are several demands in the field of education to be solved. The article uses the deductive

Como citar esse artigo/How to cite this article: SILVA, Carla Luana da; LEAL, Rogério Gesta. Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 423-450, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.85795.

* Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada. E-mail: carlaluanaaschulz@hotmail.com

** Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Professor Titular da Fundação do Ministério Público- FMP. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

diversas as demandas no âmbito da educação a serem solucionadas. O trabalho utiliza-se do método dedutivo, apresentando os seguintes resultados: grande percentual dos programas constituidores da política pública educacional visa soluções para os grandes desafios sociais na educação, com foco na diminuição dos diferentes níveis de escolaridade, e as diferenças sociais dentro da sala de aula; lidam, portanto, com problemas de ordem coletiva trazidos ao plano político, considerando a conceituação de que uma política pública enfrenta um problema público, entendido como coletivamente relevante.

Palavras-chave: educação básica; política pública; programas; Brasil; esfera federal.

method, presenting the following results: a large percentage of the programs that constitute public educational policy aim at solutions to the great social challenges in education, focusing on the reduction of different levels of schooling, and social differences within the classroom; they therefore deal with problems of a collective nature brought to the political level, considering the concept that a public policy faces a public problem, understood as collectively relevant.

Keywords: basic education; public policy; programs; Brazil; federal sphere.

SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais; 2. O conceito de política pública e o instrumento programa como meio de sua concretização; 3. Políticas Públicas Educacionais no Brasil: a relevância do instrumento programa enquanto indispensável à realização da política pública educacional; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta investigativa desse estudo busca analisar os programas governamentais em âmbito federal que compõem o conjunto da política pública educacional, voltados à Educação Básica. O tema tem sua delimitação a partir das premissas da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o compromisso da Educação em promover o preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, por meio da promoção de um ensino de qualidade.

O artigo 6º da Constituição Federal elencou a Educação como um Direito Fundamental Social. Como direito social, ela faz parte dos direitos denominados de segunda dimensão. Essa modalidade de direitos impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, que implica num *facere* ou em um *prestare*. Nessa seara, cabe ao Estado criar condições objetivas que propiciem o acesso pleno ao sistema educacional. O direito à educação é assim um direito de crédito dos indivíduos, tendo como sujeito passivo o Estado, que tem a responsabilidade de atendê-lo.¹

Optar por um Estado Democrático de Direito impõe uma série de tarefas à realização das finalidades coletivas, dessa forma, por meio da elaboração e implementação de políticas públicas o Poder Público deve exercer a função planejadora ao funcionamento dos sistemas públicos de saúde, educação, previdência social, e outros. Assim,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1101106 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, Processo Eletrônico DJe-161, publicado em 09/08/2018. Acesso em: 29 ago. 2021.

enquanto direito social, importante analisar que a educação só se efetiva com certo planejamento e implementação de políticas públicas.²

Com intuito da educação gerar resultados satisfatórios à comunidade exige-se que “o Estado promova sua efetivação através de políticas públicas que possibilitem a integração do cidadão perante a sociedade contribuindo para uma vida digna”³. Esse planejamento requer pensar que a implementação da Educação também envolve alvos prioritários, grupos de pessoas que se encontram em posição de carência ou vulnerabilidade⁴, bem como, em diversas ações que busquem a promoção de uma educação de qualidade.

O problema que orienta essa pesquisa é buscar quais são os problemas políticos de ordem coletiva no âmbito da educação básica que os programas dentro da política pública educacional, criados em âmbito federal, visam solucionar? A hipótese repercute de diferentes formas já que são diversas as demandas no âmbito da educação a serem solucionadas.

Considerando utilizar o método dedutivo, esse artigo possui dois tópicos de análise, um que abordará 1. O conceito de política pública e o lugar onde se situam os programas nesse meio, e outro responsável por traçar 2. Políticas Públicas Educacionais no Brasil: a relevância do instrumento programa enquanto indispensável à realização da política pública educacional.

2. O CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA E O INSTRUMENTO PROGRAMA COMO MEIO DE SUA CONCRETIZAÇÃO

As políticas públicas são resultado de um processo político, desenvolvendo-se sob um pano de fundo institucional e jurídico, e intimamente ligadas a um contexto social e à cultura política.⁵ No estudo das políticas públicas é essencial a compreensão das demandas sociais que estarão vinculadas a problemas políticos, isso porque a política pública é uma iniciativa do Estado (governos e poderes públicos) em resposta a demandas sociais que constituem um problema político de ordem pública ou política.⁶

² DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100-Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³ SOARES, T. C.; VANZELLA, J.M.M. **O agir comunicativo à luz das políticas públicas educacionais no Brasil**. p. 2. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro2/91_8000241_ID.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁴ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100-Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁵ CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021.

⁶ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

Uma política pública é uma diretriz para enfrentar um problema público, tratando e resolvendo um problema entendido como coletivamente relevante. O conjunto de ações e decisões somente compõe uma política pública quando pretende resolver esse tipo de problema. Dessa forma, o conceito de política pública gira em torno de um conjunto de ações voltadas a resolver problemas políticos de ordem pública, e não qualquer ação da gestão pública, como uma compra de canetas, por exemplo.

O cerne das políticas públicas se constitui de prioridades adotadas pelos governos na pretensão de resolver os problemas elencados acima. Essas prioridades muitas vezes estão vinculadas a uma visão ideológica predominante, a compromissos assumidos pelos partidos em processos eleitorais, as pressões de grupos sociais e corporações econômicas, a cultura política vigente, dentre outros fatores. Portanto, geralmente, as respostas aos problemas políticos acabam atendendo alguns interesses e não a todos.⁷ Nessa via, entender que decisões relevantes em torno das políticas públicas ocorrem no seio governamental, disso decorre a importância do Poder Público ter em mente o compromisso de concretização de um Estado Democrático de Direito.⁸

Entende-se que uma política pública compreende um conjunto de ações e iniciativas, envolvendo várias áreas.⁹ Sendo assim, sua observação deve ser realizada por meio de uma abordagem interdisciplinar, principalmente sobre o enfoque da ciência política e do direito. Essa observação se dá em razão das políticas públicas serem definidas por arranjos complexos, compostos de elementos de natureza diversa. Como define Maria Paula Dallari Bucci “políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins”¹⁰.

Importante ao começar o estudo das políticas públicas é entender que não são sinônimas de políticas assistenciais aos mais necessitados. Assim como Esping Andersen ensina a olhar o Estado Social com variáveis que levam a diferentes regimes, e assim como Marshall ensina que cidadania não se resume necessariamente a direitos políticos, Bucci traz a importante contribuição de que Políticas Públicas não se restringem estritamente a esse tipo de política social. Muito embora os estudos iniciais em torno do conceito de política pública tenham iniciado no Estado Social, há de se entender que as políticas públicas transcendem a ideia de serem projetados apenas a esse modelo, permanecendo como categoria de análise e estruturação de atuação para qualquer

⁷ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

⁸ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

⁹ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

¹⁰ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019. p. 21.

modelo de Estado. Portanto, um olhar às políticas públicas requer entender que essas não se reduzem a políticas sociais.¹¹

Nesse mesmo sentido ressaltar que nem tudo que é chamado de política pública, é política pública. Assim, a diferenciação entre serviços públicos, direitos sociais e políticas públicas se torna importante. Usualmente as políticas públicas se valem mais de instrumentos para alcançar seus objetivos. Assim, o serviço público é um dos seus principais instrumentos. O serviço público é de titularidade do Estado, que pode, sob o regime de concessão ou permissão, por meio de licitação, ser gerido ou prestado por particulares, autorizados pela Administração. Já os direitos sociais são o conteúdo que compõe tanto as políticas públicas, como os serviços públicos. Estes podem ser efetivados direta ou indiretamente pelo Estado por meio de políticas públicas, serviços públicos, incentivos, ou por meio dos próprios cidadãos.¹²

Além disso, pode-se também citar como instrumentos à concretização de uma política pública: o fomento, as obras públicas, os bens públicos, o poder de polícia, a sanção penal, a intervenção do Estado na propriedade, e atividade empresarial do Estado. Todos esses instrumentos devem buscar alcançar os objetivos das políticas públicas. É o que se apreende na descrição de Reck e Bitencourt conceituando instrumentos como “aqueles esquemas instrumentais à realização dos objetivos das políticas públicas”¹³. Assim, arquitetar políticas públicas é fazer, de forma coordenada, um bom uso desses instrumentos.

Nessa linha de instrumentalização aos objetivos das políticas públicas, é também apontado por Reck e Bitencourt¹⁴, em outro corte analítico, os programas gerais e as ações individuais. Os programas são considerados unidades dentro da unidade, configurando-se complexos de decisões que realizam determinados objetivos dentro de um marco maior das políticas públicas. Nesse sentido, a vacinação é um exemplo desse conjunto complexo, uma expressão dentro do serviço público de saúde, que não pode ser considerada de forma isolada uma política pública.

Já as ações individuais são aquelas responsáveis por realizar políticas públicas. Amoldando-se aos programas, ações isoladas também se caracterizam como instrumentos de realização das políticas públicas.

¹¹ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

¹² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

¹³ BITENCOURT, C. M.; RECK, J. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Ithala, 2021. p. 36.

¹⁴ BITENCOURT, C. M.; RECK, J. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Ithala, 2021; RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-264, jan./mar. 2019.

Schmidt¹⁵ também ensina que para evitar o uso abusivo do termo políticas públicas é importante fazer a distinção quanto a política, plano, programa, projeto e ação. Política estabelece princípios, objetivos, diretrizes relativas à gestão, responsabilidade do poder público e da sociedade, dispõe sobre recursos e meios, e a forma de atuação governamental em certa área. Já Plano tem a atribuição de trazer diretrizes da política, estabelecendo estratégias e metas para um determinado período. Programa é geralmente associado ou derivado de um plano, assim, contém diretrizes, estratégias, objetivos e metas de um determinado “setor”. Projeto é uma unidade menor dentro do processo de planejamento, detalhando estratégias, ações atividades e recursos em razão da operacionalização de uma ação. E já ação, é o nível mais concreto de planejamento do governo.¹⁶

Tendo os instrumentos no atendimento de seus objetivos, as políticas públicas formam um arranjo complexo, que devem ser tratadas atendendo os requisitos de racionalidade, estratégia, e amplitude de escala.¹⁷ Portanto, retoma-se que política pública é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político. Assim, ações isoladas não configuram política pública, sendo sempre um conjunto de ações e decisões.¹⁸

Reck e Bitencourt clarificam que a política pública é um complexo de decisões políticas que vinculam a coletividade, propostas por meio de debates e procedimentos democráticos. São ações da sociedade sobre ela mesma que pressupõe racionalidade expressada em forma de planejamento. Assim, “a política pública significará uma atuação racional, planejada e consciente de uma comunidade política sobre ela mesma”, possibilitada em face do Direito, enquanto sistema possibilitador e modelador dos elementos que as compõem.¹⁹

Dessa forma, está-se diante de uma política pública quando: há um discurso que segue às demandas sociais; se tem o direito como meio de organização; se materializa direitos fundamentais; tem ligação com as organizações governamentais; é reflexo da influência da sociedade sobre ela mesma; é uma tentativa de modificação consciente

¹⁵ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

¹⁶ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. p. 127.

¹⁷ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

¹⁸ SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

¹⁹ RECK, J. R.; BITENCOURT, C. M. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: RECK, J. R.; BITENCOURT, C. M. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 114-132.

da sociedade; constitui-se de programas que se protraem no tempo; faz uso do poder administrativo; tem predominância de discursos pragmáticos; e possui uma coerência narrativa interna.²⁰

A política pública pode ser executada diretamente pelo poder público ou delegada a organizações sociais e privadas,²¹ estando o Estado sempre na função de coordenar e legitimar o processo político. As ações da sociedade civil somente constituem uma política pública quando integrarem um rol de ações coordenadas pelo Estado, assim o Estado não precisa executar diretamente políticas públicas, mas deve estar ordenando e legitimando esse processo político que leve a seu estabelecimento.^{22,23}

Importante referir que as políticas públicas não configuram um conceito jurídico, nesse sentido, não se pode criar uma categoria jurídica artificial a elas²⁴. No mesmo sentido, ensina Bitencourt que o conceito de política pública não pode ser meramente jurídico. Entretanto, as políticas públicas podem ser observadas sobre o enfoque jurídico, assim como sobre o enfoque das demais ciências. Quando observadas sobre o enfoque jurídico, assenta-se o quadro institucionalizado para sua aplicação, definindo o modo de operação do próprio Estado por meio de seus poderes instituídos, limites e padrões preestabelecidos.²⁵

Nesse sentido, o direito oferece o desenho das políticas públicas. A “base de uma política pública será o Direito”²⁶, o direito é o modelador das políticas públicas, como anteriormente mencionado. E nessa via, a Constituição Federal deve ser o norte para sua implementação, formulação e execução. Isso quer dizer que nem mesmo o chefe do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal pode visar a concretização

²⁰ BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021.

²¹ Sobre as parcerias público-privadas na área da educação, ver: MÂNICA, Fernando Borges; AZEVEDO, William Geraldo. Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 195-215, jan./mar. 2019.

²² SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

²³ No cenário quanto a quem estabelece políticas públicas, a literatura apresenta duas abordagens, uma estatista, que considera a política pública como monopólio de atores estatais, e outra multicêntrica, que considera organizações privadas, organizações não governamentais organismos multilaterais, redes de políticas públicas e outros atores estatais no estabelecimento de políticas públicas. Nesse sentido, dentro do grupo políticas públicas, haveria um subgrupo de políticas governamentais elaboradas e estabelecidas por atores governamentais.

²⁴ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

²⁵ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

²⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013. p. 40.

de articulações políticas que sejam contra esses parâmetros, sendo que, qualquer ato efetivado nesse sentido pode vir a sofrer fiscalização e controle.²⁷

A Constituição não estabeleceu juridicamente um conceito de política pública e não definiu exaustivamente um rol de ação governamental.²⁸ Segundo Bucci²⁹, a Constituição, salvo duas exceções que seria o SUS³⁰ e o FUNDEB,³¹ não trata de políticas públicas, mas sim de direitos, direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas. Nessa via, para Bitencourt³², o conceito de política pública é um conceito que requer abertura à participação por se tratar do âmbito de escolhas para além dos indicativos constitucionais. Para a autora o conceito de política pública é construído discursivamente pelos atores sociais, atendendo uma necessidade a partir de uma realidade histórica, social e cultural dentro de determinado espaço de tempo.

Nesse sentido, concorda-se com a relação de Bitencourt³³ que as políticas públicas “devem ser um espaço de constante interlocução, de formulação conjunta através de uma ação comunicativa que envolva e privilegie o maior número de atores, buscando uma construção comunicativa da coletividade voltada ao interesse público”. Considerando desta forma, as políticas públicas devem atender os critérios de uma boa ação comunicativa. Indica-se que sempre que possível deve-se abrir a esfera da deliberação pública criando mais alternativas a conformação das demandas sociais.

Entendendo a conceituação das políticas públicas e localizando o instrumento programa nesse meio, o próximo tópico visa apurar por meio dos programas governamentais em âmbito federal que compõem a política pública educacional quais são os

²⁷ Para exemplos do controle judicial de políticas públicas, ver: VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021; DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019; NOHARA, Irene Patrícia. Desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal na emergência da COVID-19: conflito interfederativo e cientificidade no combate à pandemia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 203-219, out./dez. 2020.

²⁸ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

²⁹ BUCCI, M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

³⁰ A respeito do SUS: ANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021; NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque. A regulação da saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas unidades do SUS geridas por instituições privadas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 101-119, jul./set. 2019.

³¹ Sobre o FUNDEB, ver: MOTTA, Fabrício; MESQUITA, Saulo. O novo Fundeb e o direito fundamental à educação. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 163-176, jul./dic. 2020.

³² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

³³ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013. p. 46.

problemas públicos de ordem coletiva que buscam sanar os gestores públicos na busca de uma Educação de qualidade no âmbito da Educação Básica.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS NO BRASIL: A RELEVÂNCIA DO INSTRUMENTO PROGRAMA ENQUANTO INDISPENSÁVEL À REALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL

Acompanhando a lógica das demais políticas públicas, a política pública de educação deve ser pensada e gerida pelo Estado em conjunto com a sociedade. Ela tem atribuição de prever ações, instrumentos, agentes, e planejamento com a coordenação necessária para tomada de múltiplas decisões.³⁴ A Constituição Federal impôs a formulação de Políticas Públicas ao Poder Público, assim, no âmbito da Educação encontram-se programas e ações dispostas pelo governo, na garantia de um atendimento adequado do direito a todos os cidadãos. Nessa via considera-se não só fornecer o Direito à Educação, mas sim fornecer um Direito à Educação de qualidade.

As políticas públicas educacionais consagram os princípios dispostos pela Constituição Federal que devem ser seguidos, e tornam o direito à educação com uma aplicação prática. Esses princípios estão elencados no artigo 206 e concretizados por meio dos instrumentos realizadores da política pública. Nesse sentido, observam-se ações, programas, serviços, dentre outros meios, dispostos a observar a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a valorização dos profissionais da educação escolar, a gestão democrática do ensino público, a garantia de padrão de qualidade, piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida, dentre outros princípios.

Contemporaneamente as políticas públicas em torno da educação tendem a se voltar ao meio de ensino. Importa explicar que o conceito adotado constitucionalmente considera que a educação não se restringe somente ao ensino. A Educação, inerente ao desenvolvimento da pessoa, é um processo de construção do ser humano desde o nascimento até o último instante de vida, já o Ensino é algo específico, consolidando-se mais prontamente no âmbito escolar e em certa fase da vida.³⁵

Diante desses instrumentos pode ser observado que nas últimas décadas o Brasil melhorou muito o atendimento educacional. Segundo relatório *Todos pela Educação em 2021*, a educação infantil foi ampliada, a taxa de matrícula no ensino fundamental é quase universal, cerca de 80% dos adolescentes seguem cursando os anos finais do

³⁴ BITENCOURT, C. M.; RECK, J. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

³⁵ CÚRCIO, Ítalo Francisco. **Educação, direito de todos**. Disponível em: <<https://www.segs.com.br/educacao/281767-educacao-direito-de-todos>>. Acesso em: 25 out. 2021.

ensino médio, e a oferta ao ensino superior também cresceu,³⁶ juntamente com o acesso dos mais vulneráveis.³⁷

Entretanto, apesar desses avanços, o nível de escolaridade e a taxa de atendimento ainda estão abaixo da média dos níveis dispostos internacionalmente (OCDE). Ainda, a realidade mostra que indivíduos mais vulneráveis enfrentam barreiras tanto de acesso, como de permanência no sistema educacional. Assim, continuamente as políticas públicas educacionais devem considerar a situação socioeconômica e as diferenças regionais do Brasil, enquanto fatores que impactam fortemente os níveis de escolaridade e o atendimento na educação.³⁸

No que tange as políticas de instrumentos legislativos foi observado que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96)³⁹, e o Plano Nacional da Educação, aprovado pela Lei Federal 13.005/2015⁴⁰ são um grande norte. Diz-se que a resposta aos desafios da Educação no Brasil tem sido a formação de Planos decenais na articulação de esforços visando metas e estratégias que garantam a população o acesso a uma educação de qualidade. A partir dos planos decenais uma série de programas e ações foram sendo desenvolvidos.

O período de 2005 a 2015 refletiu mais fortemente a construção de um conjunto de programas que permitiram investir, simultaneamente, em diversos campos da educação, gerando notáveis resultados. Viu-se, então, a coexistência de programas de apoio à educação fundamental em tempo integral, ao ensino médio técnico e à educação superior que lapidaram uma trajetória de apoio ao estudante, e ao enfrentamento dos níveis de desigualdade do país.⁴¹

Um dos planos executivos de referência é o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) que reuniu dezenas de programas organizados em torno de quatro eixos norteadores: educação básica, educação superior, educação profissional e alfabetização. O PDE reúne mais de 40 programas. No âmbito da Educação Básica há a preocupação com a formação de professores e o piso salarial nacional, o financiamento da educação com o salário educação e o FUNDEB, a avaliação e responsabilização na educação e o IDEB, e o plano de metas, planejamento e gestão educacional.

³⁶ ANJOS, Silvestre Gomes dos; FREITAS; Leonardo Buissa. O exame do Programa Universidade para Todos (ProUni) para uma melhoria da política pública constitucional inclusiva a cargo da União. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 241-260, jul./dic. 2020.

³⁷ TODOS PELA EDUCAÇÃO EM 2021. Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

³⁸ TODOS PELA EDUCAÇÃO EM 2021. Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

³⁹ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. de 1996.

⁴⁰ BRASIL. Lei 13.005, de 24 de Junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 26 jun. 2014a, p. 01, Edição.

⁴¹ TODOS PELA EDUCAÇÃO EM 2021. Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

Nesse conjunto de programas, a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído como instrumento permanente de financiamento da educação pública por meio da Emenda Constitucional nº 108, de 27 de agosto de 2020, regulamentado pela Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, foi um dos maiores ganhos. Esse recurso é destinado/distribuído aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de financiar ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, considerando os respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido no art. 211, §§2º e 3º da Constituição Federal.

Mas não só o FUNDEB é peça chave nesse processo, uma série de outros programas acabaram materializando a realização do direito à educação, tendo como perspectiva a resolução dos desafios existentes à realidade educacional brasileira. Dentre os programas e ações constituindo as políticas públicas educacionais no âmbito da educação básica alguns são aqui destacados:

a) Programas voltados a articulação dos três níveis da Educação Básica:

Programa Trabalho em Rede para Articulação de Sistemas e Políticas Educacionais (Portaria MEC no 1.716/2019) ⁴²	Esse programa visa <i>apoiar a Instância Permanente de Negociação e Cooperação entre os entes</i> , buscando alcançar metas e estratégias definidas pelo PNE, bem como de fortalecer os mecanismos de articulação entre os sistemas de ensino, por intermédio do desenvolvimento de ações conjuntas.
Programa de Apoio à Implementação da Base Nacional Comum Curricular (ProB-NCC) (Portaria MEC nº 331/ 2018) ⁴³	Esse programa tem o objetivo de <i>apoiar as secretarias Educação</i> (com apoio técnico e concessão de recursos) <i>no processo de revisão, elaboração e implementação dos currículos alinhados à BNCC</i> .

O Programa Trabalho em Rede para Articulação de Sistemas e Políticas Educacionais busca sanar a falta de articulação coordenada entre os entes ao fornecimento da Educação Básica, concretizando o regime de colaboração pensado pela Constituição

⁴² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁴³ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Federal. Um dos desafios da organização do sistema educacional é a indefinição ou falta de clareza quanto a funções e responsabilidades de cada ente e a pouca articulação e atuação conjunta, assim, o programa teve por objetivo a resolução desses problemas.⁴⁴

O ProBNCC é uma grande contribuição à implementação prática da Base Nacional Comum Curricular, aquela que orienta a formatação dos currículos escolares de toda Educação Básica⁴⁵, auxiliando as diferentes regiões do país a tornar viável o desenvolvimento dos diferentes conteúdos ali dispostos. Essa perspectiva é notória ao observar que o programa apostou no monitorando contínuo das metas alcançadas pelos estados no alinhamento à BNCC, fazendo com que a proposta de base saia do papel.

b) Programas voltados à Educação Infantil:

Programa de Apoio à Manutenção da Educação Infantil – Novos Estabelecimentos (Proinfância) (Lei nº 12.499/2011) ⁴⁶	Esse programa tem a atribuição de assegurar a transferência de recursos financeiros do governo federal para os municípios e o Distrito Federal visando a <i>manutenção de novos estabelecimentos públicos da educação infantil</i> .
Programa de Apoio à Manutenção da Educação Infantil; Novas Turmas (Brasil Carinhoso) (Lei nº 12.772/ 2012) ⁴⁷	Esse programa busca assegurar a transferência de recursos financeiros do governo federal para os municípios e o Distrito Federal para a <i>manutenção de novas turmas de educação infantil</i> .
Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância) (Resolução nº 6/ 2007) ⁴⁸	Esse programa busca realizar a <i>construção de creches e pré-escolas</i> , por meio de assistência técnica e financeira do FNDE, e <i>aquisição de mobiliário e equipamentos</i> .

⁴⁴ TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Educação Já** - Sistema de cooperação federativa na educação. Todos pela Educação: São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/cedoc/detalhe/ta-educacao-ja-sistema-de-cooperacao-federativa-na-educacao,445cdd97-8bb2-4595-9343-831ebd259641>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁴⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁴⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁴⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁴⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Os programas citados acima visam resolver um dos maiores problemas na educação infantil que é a falta de vagas nos estabelecimentos, considerando que naqueles que disponibilizam a vaga há certa precariedade no atendimento. As vagas destinadas à educação infantil não dão conta da demanda existente, e há necessidade incessante da melhoria de condições de trabalho dos profissionais da área, e resolução da precariedade das estruturas escolares e a superlotação de salas.

A educação básica é uma das etapas obrigatórias da escolarização, sendo assim, o não fornecimento pelo Poder Público com a falta de recursos aplicados nessa etapa da educação gera uma série de demandas ao Poder Judiciário solicitando a garantia do acesso ao direito. Assim, tais programas buscam ampliar a oferta e melhoria da qualidade da educação infantil em todo o país, garantindo o acesso de crianças a creches e escolas, juntamente com a melhoria da infraestrutura física da rede de educação infantil.

c) Programas voltados a Educação em tempo integral:

Programa Mais Educação (Decreto nº 7.083, de 27 de janeiro de 2010.) ⁴⁹	Esse programa busca <i>ampliar o tempo de permanência dos estudantes na escola, por meio da oferta da educação integral.</i>
Programa de Fomento às Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral (EMTI)- (Portaria nº 1.145/2016, e atualmente regido pela Portaria nº 2.116/ 2019) ⁵⁰	O programa tem como objetivo geral <i>apoiar a ampliação da oferta de educação em tempo integral no ensino médio nos estados e Distrito Federal, por meio da transferência de recursos para as secretarias estaduais e Distrital de educação, e com a implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral e ampliação da jornada escolar e formação integral do estudante.</i>

Uma das grandes problemáticas no tocante ao direito à Educação é a não disponibilidade de um espaço escolar em tempo integral, o que acaba impactando fortemente em temas como vulnerabilidade social e trabalho infantil, ou mesmo no labor

⁴⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

de pais e responsáveis que acabam perdendo seus postos de trabalho por não terem onde deixar seus filhos.

Esses programas são uma grande conquista no âmbito da educação, possibilitando que crianças e adolescentes possam ficar em um local seguro nos turnos opostos ao período de ensino obrigatório. Objetiva-se uma educação integral, trabalhando as diversas dimensões dos alunos em tempo integral, principalmente no âmbito do ensino médio, diminuindo índices de evasão escolar e repetência, com maior inclusão e melhores resultados.

d) Programas voltados ao ensino médio e ao ensino fundamental:

Programa de Apoio ao Novo Ensino Médio (ProNem) (Portaria MEC nº 649/2018) ⁵¹	Esse programa tem por objetivo apoiar as secretarias de educação estaduais e do DF na <i>implementação do Novo Ensino Médio</i> , (Lei nº 13415/2017), assim são efetivadas ações como apoio financeiro, apoio técnico, a formação continuada de professores.
Programa E-TEC Brasil (Resolução nº 36/2009, com alterações em 2010) ⁵²	Esse programa almeja <i>contribuir para a democratização, expansão e interiorização da oferta de ensino técnico de nível médio a distância, público e gratuito, especialmente para o interior do País e para a periferia das áreas metropolitanas e de grandes centros urbanos</i> .
Programa Itinerários Formativos ⁵³	O Programa objetiva <i>apoio técnico e financeiro às escolas de ensino médio e promoverá a integração entre as instituições de ensino superior, setor produtivo, escolas e secretarias de educação</i> .

⁵¹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵³ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Brasil na Escola (Portaria nº 177/ 2021) ⁵⁴	O programa tem o objetivo de <i>induzir e fomentar estratégias e inovações para assegurar a permanência, as aprendizagens e a progressão escolar com equidade e na idade adequada dos estudantes matriculados nos anos finais do Ensino Fundamental</i> .
---	---

O ensino médio está ainda em transição com as diversas modificações previstas pela Lei nº 13415/2017, que teve como objetivo tornar a etapa mais atrativa e evitar que os estudantes abandonassem os estudos, resolvendo, portanto, o grande problema de evasão escolar.

O ProNem veio como forma de auxiliar a implementação prática desse projeto, como mudança de carga horária e a melhoria dos indicadores de aprendizagem. Os demais programas caminham no mesmo sentido buscando assegurar a permanência, as aprendizagens e a progressão escolar, seja por meio de cursos técnicos, bolsas, ou apoio técnico e financeiro. Todos esses objetivos para fornecer uma educação de qualidade que considere não só a permanência na escola, mas erradicar a evasão escolar, a repetência e a distorção idade/ano/série.

e) Programas voltados a alfabetização de jovens e adultos:

Programa Brasil alfabetizado ⁵⁵	Este programa é voltado para a <i>alfabetização de jovens, adultos e idosos</i> em todo o território nacional.
Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos (EJA) (Resolução nº 5/2017) ⁵⁶	Esse programa tem o objetivo de <i>ampliar a oferta de EJA na modalidade presencial, no ensino fundamental e no médio, contribuir para a expansão das matrículas em EJA, especialmente entre egressos do Programa Brasil Alfabetizado – PBA, populações do campo, comunidades quilombolas, povos indígenas e pessoas em cumprimento de pena em unidades prisionais</i> .

⁵⁴ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acao-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-aco-es-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acao-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-aco-es-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acao-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-aco-es-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Educação de jovens e adultos integrada à educação profissional ⁵⁷	Este programa é instituído em consonância com a Lei nº 13.005/2014 que institui o PNE e define na Meta 10 o <i>oferecimento</i> de, no mínimo, 25% das <i>matrículas da EJA, nas etapas do ensino fundamental e médio, para que sejam oferecidas de forma integrada à Educação Profissional.</i>
Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Projovem), nas modalidades Projovem Urbano e Projovem Campo-Saberes da Terra (Resoluções nº 6/2017, e nº 13/2017) ⁵⁸	Esses programas buscam <i>promover a reintegração de jovens com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos ao processo educacional, à qualificação profissional e ao desenvolvimento humano.</i>

Não há dúvidas de que a alta taxa de analfabetismo é um dos grandes problemas a serem enfrentados pelo país, principalmente na região Nordeste. Os programas instrumentalizadores da política pública educacional para esse problema público de ordem coletiva voltam-se à promoção da superação do analfabetismo entre jovens com 15 anos ou mais, adultos e idosos, contribuindo para universalização do ensino de todo o país.

É meta estratégica a articulação entre os sistemas de ensino no fortalecimento do compromisso dos entes federados com a efetivação do ingresso, da permanência e da continuidade de estudo de jovens e adultos. Busca-se, ainda, elevar a escolaridade básica integrada à qualificação profissional e ao desenvolvimento da participação cidadã.

f) Programas de Inovação e Tecnologia:

Programa de Inovação Educação Conectada (PIEC) (Lei nº 14.180/ 2021) ⁵⁹	O programa tem por objetivo e principais metas <i>apoiar a universalização do acesso à internet em alta velocidade e fomentar o uso pedagógico de tecnologias digitais</i> na educação básica.
--	--

⁵⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁵⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo) (Decreto nº 6.300/2007) ⁶⁰	Esse programa tem como objetivo <i>promover o uso pedagógico das tecnologias de informação e comunicação nas redes públicas de educação básica.</i>
---	---

O programa PROINFO foi o primeiro instrumento a ser criado na resolução dessa problemática, disponibilizando às escolas as ferramentas de informática e as novas tecnologias, como computadores, aparelhos eletrônicos, recursos digitais e conteúdos didáticos envolvendo a área. Já o Programa de Inovação Educação Conectada foi criado em 2021 em um cenário pandêmico. O PIEC buscou trabalhar dois pontos chave: a universalização do acesso à internet e o fomento do uso de tecnologia digital, nesse sentido, tomou como meta capacitar profissionais, oferecer conteúdo digital às escolas, investir em equipamentos físicos para a conexão e apoiar técnica e financeiramente escolas e redes de ensino.

Um problema a ser enfrentado pelos gestores é o aprofundamento em torno de tecnologias da informação, a Pandemia do Covid-19 acentuou essa necessidade, notadamente no âmbito da educação. Há muito a avançar nesse sentido, principalmente considerando a grande desigualdade que assola o país. Os programas existentes mostram-se viabilizadores do uso da tecnologia para aprendizagem e devem ser cada vez mais lapidados, visto que o uso de tecnologias no ambiente escolar é um caminho sem volta. A realidade da educação tecnológica no âmbito do ensino público ainda é um desafio que necessita constante avaliação e melhoramento.

Há de se mencionar ainda que uma participação ativa e responsável na esfera pública, requer uma alfabetização para a inteligência coletiva na mídia digital como ensina Pierre Lévy. Assim, o cidadão deve aprender a praticar uma comunicação desse nível. A participação ativa e responsável em uma esfera pública requer competências mais refinadas que a participação de uma esfera pública moldada por mídias tradicionais.⁶¹

⁶⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶¹ LÉVY, Pierre. **A esfera pública do século XXI**. Disponível em: <https://techyredes.files.wordpress.com/2011/08/techyredes_artigo-pierre-levy1.pdf>.

g) Programas voltados a qualidade na educação:

Programa Nacional do Livro e do Material Didático (PNLD)- (Decreto nº 9.099/2017) ⁶²	Esse programa tem a finalidade de <i>avaliar e disponibilizar obras didáticas, pedagógicas e literárias, entre outros materiais de apoio à prática educativa</i> , de forma sistemática, regular e gratuita, às escolas públicas de educação básica e às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o Poder Público.
Programa Nacional das Escolas Cívico-Militares (Pecim) (Decreto Presidencial nº 10.004/2019) ⁶³	Esse programa tem o intuito de <i>contribuir para a melhoria da Educação Básica do Brasil, implantando o modelo MEC de Escolas Cívico-Militares (Ecim)</i> . Nesse sentido, visa-se centrar na melhoria de gestão nas áreas educacional, didático-pedagógica e administrativa, tendo em vista o padrão de alto nível dos Colégios Militares do Exército, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.
Programa Educação e Família (Portaria nº 571/ 2021) ⁶⁴	O Programa tem por finalidade <i>fomentar e qualificar, no âmbito das escolas públicas de educação básica, a participação da família na vida escolar do estudante e na construção do seu projeto de vida</i> , com foco no processo de reflexão sobre o que cada estudante quer ser no futuro e no planejamento de ações para construir esse futuro.

⁶² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶³ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶⁴ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Saúde na Escola (Decreto Presidencial nº 6.286/2007) ⁶⁵	Esse programa toma como objetivo <i>promover a saúde, prevenir doenças e agravos à saúde de adolescentes e jovens da rede pública de ensino, a partir da articulação entre educação e saúde</i> . Para o alcance desses objetivos, uma das ações práticas é a formação continuada dos professores da educação básica.
Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE) (Lei nº 10.880/2004) ⁶⁶	O programa visa a transferência automática de recursos financeiros <i>para custear despesas</i> com manutenção, seguros, licenciamento, impostos e taxas, pneus, combustível, lubrificantes do veículo, e outros para embarcação utilizada para o <i>transporte de alunos da educação básica pública residentes em área rural</i> .
Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE (Resolução CD/FNDE/MEC nº 15/2021) ⁶⁷	O Programa Dinheiro Direto na Escola –PDDE Básico tem caráter suplementar e tem o objetivo de contribuir para o provimento das necessidades prioritárias dos estabelecimentos educacionais beneficiários que concorram para a garantia de seu funcionamento e para a promoção de melhorias em sua infraestrutura física e pedagógica, bem como incentivar a autogestão escolar e o exercício da cidadania com a participação da comunidade no controle social.

⁶⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) ⁶⁸	O programa ⁶⁹ oferece alimentação escolar e ações de educação alimentar e nutricional a estudantes da educação básica pública. Valores financeiros, de caráter suplementar, são repassados pelo governo federal aos demais entes para a cobertura de 200 dias letivos, conforme o número de matriculados em cada rede de ensino.
---	---

O conceito de Educação Básica é aquele que engloba um direito do cidadão e um dever do Estado, que deve atendê-lo considerando uma oferta qualificada. Fala-se em uma educação de qualidade que observe desde a projeção do ensino, até a realização de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, como bem menciona o texto do artigo 208 da Constituição.

Esses programas referidos têm relação direta ao fornecimento do Direito à Educação de qualidade, considerando a qualidade de vida, a permanência do estudante na escola, a disponibilidade de material didático e de apoio, a adequação dos currículos à realidade local, dentre outras necessidades. Não há como realizar o exercício do direito sem seus elementos basilares, assim, é uma racionalização estratégica do Poder Público criar programas como o PNATE, com fornecimento de transporte escolar, o PNAE fornecendo alimentação escolar e ações de educação alimentar e nutricional, o PNDL, disponibilizando materiais didáticos, e os demais programas elencados, para o melhoramento dos diversos problemas encontrados num país tão desigual como o Brasil.

h) Programas voltados a formação continuada de professores:

Programa de Apoio à Formação Continuada de Profissionais da Educação Infantil (PROEI) (Resolução nº 24/ 2010, com alterações em 2011) ⁷⁰	O PROEI visa a <i>formação continuada dos professores e demais profissionais da educação que atuam na educação infantil</i> . Dentre as ações estão os cursos de especialização, no intuito de atualizar os conhecimentos e a prática pedagógica dos profissionais da área.
---	---

⁶⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acao-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁶⁹ O PNAE é acompanhado e fiscalizado diretamente pela sociedade, por meio dos Conselhos de Alimentação Escolar (CAE), e também pelo FNDE, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pela Controladoria Geral da União (CGU) e pelo Ministério Público.

⁷⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acao-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Institucional de Fomento e Indução da Inovação da Formação Inicial Continuada de Professores e Diretores Escolares (PRIL) ⁷¹	O Programa visa induzir a oferta de cursos de licenciaturas e de formação continuada inovadoras para atender às necessidades e organização da atual política curricular da educação básica, e da formação de professores e diretores escolares para atuarem nessa etapa de ensino.
Programa Formação pela Escola (Resolução nº 35/2012) ⁷²	O programa objetiva a formação continuada de profissionais, por meio da oferta de cursos na modalidade de educação a distância, com o intuito de contribuir para o fortalecimento da atuação de agentes e parceiros envolvidos com a execução, a avaliação, o monitoramento, a prestação de contas e o controle das ações e programas educacionais financiados pelo FNDE.
Programa Escola da Terra (Resolução nº 38/2013) ⁷³	Este programa visa promover a formação continuada de professores para atender as necessidades específicas de funcionamento das escolas do campo, bem como daquelas localizadas em comunidades quilombolas.

⁷¹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷³ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa de Formação de Tutores para as Redes de Parcerias do FNDE (Resolução nº 37/2013) ⁷⁴	Esse programa <i>visa a articulação e capacitação de tutores-formadores</i> , tornando-os capazes de realizar ações de assistência técnica de capacitações para a extensão corporativa da Autarquia, que atendam às demandas dos sistemas públicos de ensino, e ampliem a capacidade de gestão e controle das ações, projetos e programas educacionais financiados com recursos providos do FNDE.
Programa Escola de Gestores (Resolução nº 24/2010, com alterações em 2011) ⁷⁵	Esse programa tem por meta a <i>formação continuada de gestores escolares, por meio de cursos de aperfeiçoamento e especialização, para que desenvolvam práticas de gestão democrática</i> que contribuam para a aprendizagem efetiva dos estudantes e favoreçam o trabalho coletivo e a transparência na gestão escolar.
Programa Escolas Bilíngues de Fronteira (Resolução nº 24/2010, com alterações em 2011) ⁷⁶	O programa tem como objetivo a <i>formação continuada de professores das escolas situadas em zonas de fronteira entre o Brasil e outros países, buscando integrar professores e estudantes brasileiros com os professores e estudantes dos países vizinhos</i> , como também ampliar as oportunidades de aprendizado da segunda língua.

⁷⁴ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Educação Financeira da Escola ⁷⁷	Dispõe sobre a <i>formação de docentes da Educação Básica para disseminar Educação Financeira nas escolas, abrangendo temas relacionados a Projeto de Vida e a Itinerários Formativos nos anos finais do Ensino Fundamental e Ensino Médio.</i>
Programa Educação Empreendedora ⁷⁸	Dispõe sobre a <i>formação de professores da Educação Básica e da Educação Profissional e Tecnológica com o objetivo de trabalhar as competências empreendedoras previstas na Base Nacional Comum Curricular (BNCC).</i>

Pode-se dizer que todos os programas já elencados dependem diretamente desses programas descritos acima, que se mostram como viabilizadores de suas execuções. O investimento em formação continuada de professores é uma necessidade patente na realização de uma Educação de qualidade, assim, mostram-se como estratégias racionalizadas pelo Poder Público, que dependem desses professores para cumprirem seu papel. Nesse sentido, um alerta ao Poder Público é a atenção ao princípio da valorização dos profissionais da educação escolar, além da oferta de programas de formação continuada, principalmente pensando em ajustar remuneração compatível com as funções exercidas por esses profissionais.

i) Programas voltados à qualificação de Conselhos Escolares:

Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares ⁷⁹	esse programa, regido pela resolução nº 24/2010, e Resolução nº 55, de 27/2012, visa à <i>qualificação dos conselheiros escolares, para ampliar a participação da comunidade escolar e local na gestão administrativa, financeira e pedagógica das escolas públicas.</i>
---	--

⁷⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

⁷⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Programa Nacional de Capacitação dos Conselheiros Municipais de Educação (Resolução nº 24/2010 e a Resolução nº 55/2012, com alterações em 2014) ⁸⁰	O Pró-Conselho tem como objetivo <i>a formação continuada dos gestores e técnicos das secretarias municipais de educação e representantes da sociedade civil com o intuito de atuarem de forma qualificada em relação aos programas educacionais, à legislação pertinente e a utilização e controle dos recursos financeiros no âmbito da educação.</i>
--	---

O objetivo principal desses programas é estimular a criação de novos conselhos municipais de educação, bem como fortalecer e capacitar a atuação dos já existentes. Esses programas colocam em prática o princípio da gestão democrática do ensino público, que requer que todo ato administrativo passe ao crivo e à fiscalização da comunidade escolar. Esse princípio reflete a escolha por um modelo democrático, que exige do Estado a garantia de participação da sociedade nos comandos da gestão pública, assim, garante-se a participação popular também na gestão do ensino público por meio dos Conselhos.

Importa verificar que todos esses programas estão associados ou derivados a um plano, sendo a maioria advinda dos objetivos dispostos no Plano Nacional de Educação, contendo diretrizes, estratégias, objetivos e metas no âmbito da educação. Como observado no tópico anterior a política pública tem seu objetivo alcançado por meio de programas e ações que servem à busca de seus objetivos. Todos esses programas elencados formam complexos de decisões que realizam objetivos dentro de um marco maior das políticas públicas. Eles não são de forma isolada a política pública, mas compõem o complexo de ações e decisões que constituem o conceito de política pública.

Há necessidade de constar nesse estudo que além dos programas, há outros instrumentos importantes no âmbito da educação, como, por exemplo os serviços públicos, as obras públicas, as ações individuais, dentre outros. Optou-se por abordar o mundo dos programas para demonstrar que a opção por esses tem sido uma saída à viabilização prática da política pública educacional na realização do direito fundamental à educação.

⁸⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Programas e ações. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-educacao-basica/programas-e-acoes-1>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande proporção territorial, enormes diversidades, de ordem econômica, social, cultural etc., faz com que o amplo acesso ao ensino de qualidade apresente desafios complexos. Dessa forma, uma articulação de políticas públicas é indispensável. O Brasil é um país plural com diferenças regionais e intra-regionais, assim, toda política voltada à educação deve considerar essas diferenças para ver resultados satisfatórios. A diversidade regional do país é fundamental para estabelecer compromissos educacionais.

A insuficiência no tocante a qualidade da Educação Básica é ainda um grande ponto a melhorar no Brasil, o que requer elevado investimento e material para ser alterado. Há sempre a tentativa de maximizar a utilidade dos recursos escassos para atender pelo menos o mínimo essencial ao ensino. É desafio da escola prestar serviços além do ensino, isso porque a educação que se pretende é uma educação de boa qualidade.

Fato que toda política pública nesse meio deve considerar a multiplicidade de fatores, com a existência de desigualdades estruturais e sociais que possam levar seu insucesso. Políticas Públicas descontextualizadas e fragmentadas são fadadas ao fracasso. Na concretização da Educação, deve-se pensar na busca da equidade, sendo inconcebível não considerar a vulnerabilidade encontrada em parcela da população. O Poder Público reconhecendo esse cenário, necessita se engajar para tornar equânime o acesso à educação, bem como, seu financiamento.

Buscou-se por meio desse estudo uma análise dos programas governamentais em âmbito federal que compõem o conjunto da política pública educacional voltados à Educação Básica. Este tema foi delimitado a partir das premissas da Constituição Federal de 1988, observando o compromisso da Educação em promover o preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, por meio da promoção de um ensino de qualidade. O problema investigativo tratou de buscar quais são os problemas políticos de ordem coletiva no âmbito da Educação Básica que os programas dentro da política pública educacional, criados em âmbito federal, visam solucionar?

Viu-se que essas ações conduzem a erradicação do analfabetismo; a universalização do atendimento escolar; a melhoria da qualidade do ensino; a formação para o trabalho; a promoção humanística, científica e tecnológica do País; a formação continuada de profissionais da Educação; ao apoio da formação de conselhos de políticas públicas e participação democrática; e outros. Em geral, a maioria das políticas públicas têm por objetivo encontrar soluções para os grandes desafios sociais na educação, com foco na diminuição dos diferentes níveis de escolaridade, e as diferenças sociais dentro da sala de aula. Elas lidam, portanto, com problemas de ordem coletiva trazidos ao plano político, considerando a conceituação de que uma política pública enfrenta um problema público, entendido como coletivamente relevante.

5. REFERÊNCIAS

ANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021.

ANJOS, Silvestre Gomes dos; FREITAS, Leonardo Buissa. O exame do Programa Universidade para Todos (ProUni) para uma melhoria da política pública constitucional inclusiva a cargo da União. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 241-260, jul./dic. 2020.

BITENCOURT, C. M; RECK, J. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Lei 13.005, de 24 de Junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 26 jun. 2014a, p. 01, Edição.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. de 1996.

BRASIL. Ministério da Educação *et al.* Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica / Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Currículos e Educação Integral. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1101106 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, Processo Eletrônico DJe-161, publicado em 09/08/2018. Acesso em: 29 ago. 2021.

BUCCI. M. Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019.

CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021.

CÚRCIO, Ítalo Francisco. **Educação, direito de todos**. Disponível em: <<https://www.segs.com.br/educacao/281767-educacao-direito-de-todos>>. Acesso em: 25 out. 2021.

DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100-Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

LÉVY, Pierre. **A esfera pública do século XXI**. Disponível em: <https://techyredes.files.wordpress.com/2011/08/techyredes_artigo-pierre-levy1.pdf>.

MÂNICA, Fernando Borges; AZEVEDO, William Geraldo. Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 195-215, jan./mar. 2019.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MOTTA, Fabrício; MESQUITA, Saulo. O novo Fundeb e o direito fundamental à educação. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 163-176, jul./dic. 2020.

NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque. A regulação da saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas unidades do SUS geridas por instituições privadas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 101-119, jul./set. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal na emergência da COVID-19: conflito interfederativo e cientificidade no combate à pandemia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 203-219, out./dez. 2020.

RECK, J. R; BITENCOURT, C. M. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: RECK, J. R; BITENCOURT, C. M. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 114-132.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-264, jan./mar. 2019.

SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

SOARES, T. C; VANZELLA, J.M.M. **O agir comunicativo à luz das políticas públicas educacionais no Brasil**. p. 2. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro2/91_8000241_ID.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2021.

TODOS PELA EDUCAÇÃO EM 2021. Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Educação Já** - Sistema de cooperação federativa na educação. Todos pela Educação: São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/cedoc/detalhe/ta-educacao-ja-sistema-de-cooperacao-federativa-na-educacao,-445cdd97-8bb2-4595-9343-831ebd259641>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.



Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro

Democracy and authoritarianism: pitfalls of the Brazilian constitutional process

ROBERTA CAMINEIRO BAGGIO^{1*}

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil)

roberta.baggio@ufrgs.br

<http://orcid.org/0000-0003-4907-6105>

Recebido/Received: 11.01.2022/ January 11st, 2022

Aprovado/Approved: 18.06.2022/ June 18th, 2022

Resumo

O artigo problematiza as condições de superação do legado autoritário do processo constituinte de 1987, instauradas a partir da transição política brasileira. O objetivo é identificar de que modo mecanismos de continuidades desse legado tiveram êxito em se manter incólumes, mesmo com o advento da nova ordem constitucional. O método adotado é o da sociologia histórica, por meio do uso da estratégia de identificação das regularidades históricas a partir do cotejo entre projetos políticos derrotados e vencedores. A hipótese construída parte do pressuposto de que todo processo constituinte é um projeto de futuro e que, ao eleger tal estratégia para o processo transicional, o governo militar e seus apoiadores estavam garantindo a impunidade das

Abstract

The article discusses the conditions for overcoming the authoritarian legacy of the 1987 constitutional process, established after the Brazilian political transition. The objective is to identify how mechanisms of continuity of this legacy succeeded in coming through unscathed, even with the advent of the new constitutional order. The method adopted is that of historical sociology, through the use of the strategy of identifying historical regularities from the comparison between defeated and victorious political projects. The hypothesis constructed is based on the assumption that every constitutional process is a project for the future and that, by choosing such a strategy for the transitional process, the military government and its supporters were guaranteeing the impunity of the regime's atrocities and thereby the

Como citar esse artigo/How to cite this article: BAGGIO, Roberta Camineiro. Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 451-476, maio/ago. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v9i2.84276>.

* Professora Associada da Graduação e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Programa de Maestria en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y Caribe da Universidad Nacional de San Martín (Buenos Aires, Argentina). Coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Mello e do Grupo de Assessoria a Migrantes e Refugiados (GAIRE) da UFRGS. Foi conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça de 24 maio de 2007 até 31 de agosto de 2016. Atua nas áreas de Direitos Humanos e Constitucionalismo na América Latina. Atualmente é coordenadora substituta do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

atrocidades do regime e, com ela, a permanência de um *modus operandi* autoritário (social e institucional) que nos acompanha historicamente.

permanence of an authoritarian modus operandi (social and institutional) that accompanies us historically.

Palavras-chave: constituinte de 1987; transição política; legado autoritário; constitucionalismo latino-americano; sociologia histórica.

Keywords: constitutional process of 1987; political transition; authoritarian legacy; Latin American constitutionalism; historical sociology.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Amálgama autoritária e o papel do constitucionalismo latino-americano na estabilização das hierarquias sociais; 3. Ciladas da transição política na construção da legitimidade do texto constitucional de 1988; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, o constitucionalismo brasileiro foi objeto de análises e compreensões que colocaram a Constituição de 1988 em um lugar de destaque em relação a todas as anteriores, sobretudo, pelas condições institucionais que permitiram a condução do país a um regime democrático.

A despeito de todas as críticas reconhecidas e dissecadas academicamente em relação ao processo constituinte, consolidou-se certo consenso de que o pacto constitucional de 1988 foi vitorioso no estabelecimento de instituições estáveis à garantia do processo democrático.

A perplexidade não poderia ter sido maior quando, ao completar 30 anos de existência em 2018, a Constituição foi colocada em xeque pela maior crise político-institucional¹ vivida pelo Brasil desde o processo de redemocratização. O retorno de narrativas autoritárias à cena social e institucional, como uma resposta política “normalizada”, parece ter ignorado os avanços constitucionais das três últimas décadas.

Como compreender tamanha fragilidade constitucional? A exigência em dissecar de algum modo o significado dessa crise que segue assolando o país, em termos de desconstrução das condições institucionais estabelecidas no pacto de 1988, tornou-se prioritária, afinal, crises políticas dessa monta também precisam servir para a compreensão dos equívocos ou limitações que acompanharam o processo de reconstrução da democracia brasileira, sobretudo, depois da experiência ditatorial de 1964.

¹ O marco temporal adotado nesse artigo para a identificação da categoria “crise política atual” é o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, em 2016, momento em que se identifica a flexibilização dos parâmetros estabelecidos pelo Estado Constitucional de Direito instaurado em 1988 e o retorno a uma instrumentalização da legalidade autoritária no Brasil, com desdobramentos tão profundos e irradiados por vários setores institucionais e sociais que desembocaram no resultado eleitoral de 2018, com a vitória da candidatura que defendia abertamente um projeto político de violações a direitos humanos e defesa do regime ditatorial.

Considerando que a Constituição de 1988 é o marco da transição entre o regime autoritário e a instauração de um regime democrático, a problematização que guia o presente texto vincula-se à compreensão das condições de superação do autoritarismo nesse processo de transição, que teve como principal estratégia transicional a escolha de um processo constituinte. O caminho metodológico escolhido foi o de estabelecer uma reflexão – a partir do manejo do método da sociologia histórica no constitucionalismo latino-americano – sobre algumas características que foram se tornando consensuais na literatura constitucional brasileira como condições estruturantes da estabilidade institucional atingida: (1) o fato inequívoco de que a Constituição de 1988 consagrou a mais ampla carta de direitos e garantias fundamentais de nossa história; (2) a formação de um pacto político estabilizador das relações sociais, apesar das diversas posições ideológicas representadas na constituinte; e (3) o estabelecimento de um marco temporal formal para um regime democrático.

A hipótese construída parte do pressuposto de que todo processo constituinte é um projeto de futuro e que, ao eleger tal estratégia para o processo transicional, o governo militar e seus apoiadores estavam garantindo a impunidade das atrocidades do regime e, com ela, a permanência de um *modus operandi* autoritário (social e institucional) que nos acompanha historicamente.

A consideração de que a nossa “raiz autoritária”² é muito anterior ao regime de 1964, demarca uma limitação própria a esse tema: a de que o enfrentamento de seu legado não teria como garantir a superação dessa raiz, mas constituiria uma oportunidade de combater o autoritarismo, não como um elemento do passado, mas como um tema central da atual pauta política brasileira.

O projeto de futuro pressuposto no processo constituinte colocou o autoritarismo como um tema do passado, ofuscando o desafio maior de construir uma democracia como a prometida pelo texto constitucional de 1988. As considerações repetidas ao longo dos últimos trinta anos, sobre as características constitucionais que indicariam as nossas condições de estabilidade, não constituem necessariamente equívocos analíticos. Contudo, quando estudadas desde as categorias da sociologia histórica, evidenciam o quão instrumental foram para a repetição de padrões históricos de comportamento político. Essa análise indicaria, por um lado, a fragilidade do pacto constitucional estabelecido e, por outro, os benefícios da narrativa democrática à manutenção das estruturas de poder anteriores ao pacto de 1988.

Quanto à adoção do método da sociologia histórica³, cabe dizer que essa é uma metodologia apropriada para tratar da análise comparada de grandes estruturas, como

² SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 63.

³ Julia Adams, Elisabeth Clemens e Ann Shola Orloff publicaram um livro intitulado *Remaking modernity: politics and processes in historical sociology* em que formularam, no artigo introdutório, uma arqueologia da sociologia histórica, dividindo-a em três ondas. A primeira onda seria aquela constituída pelos próprios “pais

a dos Estados-nação e suas instituições, submetidas a constantes processos de transformações sociais em um longo período de tempo, de modo que se possa entender a relação entre a ação humana (pessoal ou coletiva) e a organização social como algo que se constrói de forma contínua no tempo. A análise desses processos em constante construção tem o potencial de desvelar e identificar persistências, regularidades, bloqueios e potencialidades, tanto das instituições como das práticas sociais⁴.

A história constitucional latino-americana é cheia de “regularidades” muito pouco exploradas, como a singela reflexão de que aqui, os processos constituintes cumpriram um papel diferente das revoluções burguesas do norte já que, ao invés de contribuir para o estabelecimento de uma nova ordem representativa de uma ruptura com a anterior, ocorreram no sentido de impedir as possibilidades de tais rupturas para manter a ordem e as estruturas oligárquicas vigentes⁵.

Dada a complexidade do contexto regional, a vertente da sociologia histórica a que se filia a presente análise é a do projeto intelectual⁶ de hibridação de disciplinas, em seu enfoque latino-americano, a partir da obra de autores como Waldo Ansaldi

fundadores” da sociologia, em especial Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber. Entre as décadas de 1970 e 1980 se caracteriza a consolidação da segunda onda, com os trabalhos de um grupo de teóricos nutridos pela interdisciplinaridade e pela disseminação de métodos históricos, que assumiram uma vertente de análise “macrossociológica comparada” das grandes estruturas estatais contextualizadas em um longo período de tempo. Nessa onda encontram-se grandes nomes da sociologia histórica como Barrington Moore Jr., Reinhard Bendix, Neil Smelser, Charles Tilly e Theda Skocpol. A terceira onda descrita pelas autoras não possui a mesma coerência tópica e teórica da segunda. Podem ser identificadas pelo menos cinco “comunidades” de sociólogos históricos: institucionalistas (preocupação em relação à formação e à evolução das instituições políticas e sociais), teóricos da escolha racional (estudo das decisões estratégicas dos indivíduos face as restrições do jogo político; em outros termos, foco na análise das regras de tomada de decisão pelos indivíduos), culturalistas (percepção das instituições como práticas culturais), feministas (inclusão do gênero como dimensão de análise das instituições) e aqueles vinculados a estudos coloniais e pós-coloniais (extrapolação da experiência europeia, a partir do estudo da América Latina e oriente). A classificação das autoras não é um consenso entre os estudiosos da área, contudo, reconhecemos a importância dessa sistematização, afinal, a existência da divergência em relação a tal classificação unida à ausência de outra que a possa substituir, a coloca como item relevante no resgate histórico dos debates acerca do método. ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola. Introduction: social theory, modernity and the three waves of historical sociology. In: ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola (Eds.). **Remaking modernity: politics and processes in historical sociology**. London: Duke University, 2005. p. 01-72.

⁴ ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 42.

⁵ ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 683-726.

⁶ Atualmente, a principal autora latino-americana dedicada ao aprofundamento do método comparativo da sociologia histórica é a argentina Verónica Giordano, cuja vasta obra é de fundamental relevância para o desenvolvimento da sociologia histórica na região. Giordano tenta enfrentar algumas das críticas que foram feitas à tentativa de articulação entre sociologia e história por meio do que chama de “projeto intelectual de hibridação de disciplinas” inspirado por Mattei Dogan e Robert Pahre, em *Las nuevas ciencias sociales: la marginalidad creadora* (1993). Esse projeto está em pleno desenvolvimento e, “[...] el estado actual de la sociología histórica, visto desde esta perspectiva, puede ser entonces leído como una incipiente hibridación de la sociología histórica (la de ‘segunda ola’) con otras áreas como historia cultural, estudios de género, etc.” ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 45.

e Verónica Giordano. Para os autores, a hibridação das disciplinas tem como objetivo deslocar conceitos tradicionalmente pensados e construídos para um espaço de problematização que permita “recolocar velhos problemas a partir de novas perguntas”⁷.

O constitucionalismo, considerado como um fenômeno que não se esgota na produção das cartas constitucionais, mas que se expande em diversas outras perspectivas jurídicas e sociológicas, apresenta todas as condições teóricas necessárias para ser analisado a partir dessa estratégia, que pressupõe a superação da dicotomia passado/presente.

A importância de superar essa dicotomia é que ela provoca uma inibição na formulação de estudos sobre as regularidades causais acerca de nossas práticas sociais e institucionais porque não considera os processos de transformação como parte de uma mesma história, que se repete e se renova, de forma que suas potencialidades e seus limites possam servir como propulsores de orientações reflexivas ou até mesmo proposições concretas sobre novas possibilidades institucionais.

No espaço de análises do direito constitucional, os processos constituintes representam a chegada de um novo projeto político-jurídico de futuro, uma nova fase cuja gramática do ineditismo é determinante porque enseja uma série de novas possibilidades jurídicas interpretativas⁸. Não há necessariamente uma negação sobre as continuidades. Contudo, em geral, essas são analisadas como heranças positivas ou negativas de um passado que se faz presente sob a consideração de que é parte integrante de uma nova fase e a ela está sujeito. O que prevalece, portanto, é uma visão dicotômica que não nega continuidades históricas, mas as concebe a partir uma dinâmica em que passado e presente não são necessariamente compreendidos como parte do mesmo processo.

Na análise proposta nesse artigo, a perspectiva da hibridação de disciplinas contribuirá para deslocar a gramática dos novos começos instaurada pela carta constitucional de 1988 para um âmbito em que o que ganha destaque não é o novo começo em si, mas o que significa a força narrativa de construção dessa promessa de futuro. Talvez esteja nesse ponto, inclusive, o grande desafio da aplicação de um método como o da sociologia histórica para o direito constitucional, cuja perspectiva da hibridação de disciplinas torna-se imprescindível no sentido de não negar a relevância dos conceitos-chave da teoria constitucional, mas desloca-os para serem refletidos e talvez até mesmo resignificados a partir de considerações teóricas de outros campos, como o da sociologia e o da história.

As análises próprias desse método também estabelecem como uma estratégia a consideração não só do resultado de determinado processo social, mas de todas as

⁷ ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 46.

⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 18.

alternativas que estavam disponíveis e que, por alguma causa, não tiveram êxito. A verificação de causas regulares é permeada, nesse sentido, por uma interpretação que inclui processos não vitoriosos.

No caso da Constituição de 1988 a narrativa de deixar o passado para trás e instituir um novo começo se sustenta em um texto normativo que representa um projeto clássico de modernidade, mas também contempla de um modo inovador três grandes transformações ideológico-culturais que passaram a impactar as relações entre Estados e sociedades. Essas transformações foram descritas por Elisa Reis em uma perspectiva analítica da macro-história, e seriam: a concepção das relações entre seres humanos e natureza, o modo como a sociedade se organiza politicamente e como se dá a articulação entre igualdade, desigualdade e diferença⁹.

Como veremos a seguir, ou no processo constituinte ou no próprio texto constitucional, essas transformações estiveram presentes na produção da Constituição de 1988 reforçando as qualidades da nova carta como um pacto político-jurídico com potencialidade democrática para a construção de um futuro que, por si só, seria a superação do passado. Contudo, a crise institucional que se instaurou a partir de 2016, revela que importantes regularidades históricas podem ter sido ofuscadas como um produto do próprio processo de construção da nova ordem constitucional.

Aplicar, portanto, essa metodologia nas características estabilizantes da Constituição de 1988 significa levar em consideração que as mudanças do Estado brasileiro estão inseridas em um contexto de transformação dos Estados-nação ocidentais e, também, que a Constituição nasce em 1988, mas que as suas condições de produção foram definidas anteriormente como parte de um processo histórico de interações sociais, em que as derrotas de determinados grupos em termos de propostas de reabertura política e retorno para a democracia – como o impedimento de uma lei de anistia ampla, geral e irrestrita e a não realização de eleições diretas para presidente da República – são indícios de como as estruturas sociais e institucionais estabelecem ao longo da história brasileira dinâmicas de repetições político-comportamentais, capazes de bloquear e neutralizar avanços democráticos.

2. AMÁLGAMA AUTORITÁRIA E O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ESTABILIZAÇÃO DAS HIERARQUIAS SOCIAIS

O estudo acerca do processo fundacional do constitucionalismo na América Latina deixa pouca margem para o surgimento de dúvidas sobre o seu papel histórico. Ainda que seja possível mapear uma série de disputas sobre diferentes compreensões

⁹ REIS, Elisa P. Sociologia política e processos macro-históricos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 38, pp. 18-43, jan./abr. 2015. p. 29.

de projetos instituintes, consolidou-se ao longo do século XIX um processo fundacional de estabilização das hierarquias sociais que consolidou uma estrutura estratificada de sociedade, mantida e reproduzida até os dias de hoje.

A invasão napoleônica na Espanha demarcou um processo de ruptura com o modelo colonial, já em curso nas colônias, tanto por parte dos que discordavam das vantagens do sistema (insurgentes), quanto por parte dos que apoiavam a coroa e viam nessa perspectiva um modo de reação ao avanço francês em terras espanholas (realistas)¹⁰. O efeito gerado desencadeou ao longo de toda a primeira metade do século XIX uma fragmentação territorial e a consequente disputa pelos poderes políticos das novas fronteiras em formação.

A despeito das diferenças conjunturais dessas disputas, um elemento de similitude pode ser colocado como uma das principais marcas desses processos fundacionais: a manutenção das desigualdades garantidoras das hierarquias sociais formadas ainda durante a colonização. Segundo Delgado Ribas, “a independência não representou necessariamente uma melhora em suas condições materiais de vida, nem a construção de um marco social e político mais estável do que o garantido até então pelos colonizadores”¹¹.

A formação dos Estados-nação na América Latina se deu sob o signo de uma tradição centralista que acompanhou as etapas do desenvolvimento econômico do capitalismo, sem, contudo, abandonar as características de dominação oligárquica que marcaram o processo colonizatório, favorecendo a instrumentalização do Estado muito mais como um espaço de dominação e construção da ordem do que como uma instância de mediações sociais¹².

Especificamente sobre as causas e consequências dessa tradição centralista na América Latina, há um estudo do sociólogo e historiador chileno, Claudio Véliz, em que o autor afirma que o autoritarismo “[...] não é uma aberração moral ou política, mas a manifestação de um estilo de comportamento político, uma disposição secular da sociedade latino-americana [...]”¹³. A sustentação de tal afirmação é desenvolvida a partir da identificação de quatro fatores que caracterizam a história da América Latina: (1) a ausência da experiência feudal; (2) a ausência de dissidência religiosa colonizadora; (3) a ausência de revoluções como as burguesas, ocorridas nos países do norte; e (4) uma industrialização que não foi fruto da emergência de atividades de uma burguesia industrial, mas dos Estados-nação que mantiveram uma lógica de racionalidade burocrática pré-industrial.

¹⁰ HALPERÍN DONGHI, Tulio. **Historia contemporánea de América Latina**. 3. ed. Madrid: Alianza, 2016. p. 82.

¹¹ DELGADO RIBAS, Josep M. La desintegración del Imperio Español: un caso de descolonización frustrada (1797-1837). **Il·les i Imperis**, Barcelona, n. 8, pp. 5-44, abr./jul. 2006. p. 8.

¹² ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 308.

¹³ VÉLIZ, Claudio. **La tradición centralista de América Latina**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 15.

Véliz se concentra em analisar a diferença entre a concepção weberiana de centralismo e o centralismo latino-americano. Na primeira, a tradição centralista está vinculada ao igualitarismo como um pressuposto da racionalidade burocrática do Estado, que se expressa mais através do cargo do que do indivíduo e constituiu condição chave para a modernização do aparato estatal pós-revolução industrial. No caso dos Estados latino-americanos, o centralismo se insere em uma tradição não igualitária, personalista, vinculada à estrutura colonial e, portanto, atendendo a uma racionalidade ainda pré-industrial¹⁴. Tal racionalidade se desnuda, por exemplo, pela utilização, por parte das classes dominantes, da estrutura política do Estado para a construção de condições de participação isentas de riscos no novo cenário econômico, componente essencial dos processos capitalistas próprios da revolução industrial:

El comportamiento fue netamente capitalista, pero faltó un componente esencial del capitalismo de revolución industrial que sí estuvo presente en Europa: el riesgo. Así, no hubo una burguesía en sentido clásico, como tampoco hubo un proletariado plenamente definido en esos términos. En el plano político, la ambición de acumulación de riqueza por parte de esa pequeñísima minoría débilmente burguesa se tradujo en la constitución de Estados nacionales formalmente representativos, pero cuya dominación fue ejercida, en líneas generales, en términos de una oligarquía, respondiendo hábilmente a la necesidad de disciplinamiento de los vastos sectores sociales movilizados por las guerras¹⁵.

As cartas constitucionais cumpriram um papel essencial na construção da ordem política, social e econômica ao lado dos códigos, em especial os penais e civis, que se tornaram a “expressão jurídica de um momento de centralização do poder do Estado Nacional”¹⁶.

As disputas ideológicas por projetos constitucionais diferenciados foi uma realidade na formação dos Estados latino-americanos e foi sistematizada pelo argentino Bartolomé Mitre, no clássico texto *Ideas conservadoras de Buena Ley*, em que o autor identifica três partidos “originais” que representaram as tendências da sociedade nos países da América Latina: o partido conservador, o partido liberal e o partido radical¹⁷. Seguindo as pistas deixadas por Mitre, Roberto Gargarella dissecou tais ideologias e, compreendendo-as como modelos constitucionais, fez uma extensa análise de suas manifestações e encontros nos países da região, identificando o que chamou de

¹⁴ VÉLIZ, Claudio. **La tradición centralista de América Latina**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 19.

¹⁵ ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 319.

¹⁶ ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012. p. 372.

¹⁷ MITRE, Bartolomé. *Ideas conservadoras de buena ley*. In: HALPERÍN DONGHI, Tulio (Ed.). **Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880)**. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1980. p. 182.

“constitucionalismo de fusão”, ou seja, o encontro das forças políticas representadas nesses modelos, mesclando-se em uma série de experiências constitucionais genuínas e até mesmo inusitadas. Dessas fusões, a que se consolidou na região como a mais importante e influente do período e que se tornou determinante para as experiências vividas ao longo do século XXI foi a fusão entre liberais e conservadores¹⁸.

A fusão dessas duas forças políticas representou, por um lado, a consolidação de uma concepção conservadora, caracterizada pelo autor pelas figuras da cruz e da espada, simbolizando a combinação já presente no processo colonizatório entre religião e monopólio da violência pelo Estado, ou seja, o recorrente uso da força para a manutenção de uma ordem social organizada e pensada a partir do projeto moral da Igreja Católica¹⁹. Por outro lado, abriu espaço para o desenvolvimento de uma narrativa constitucional própria do modelo liberal, que assumia o desafio de “[...] equilibrar o poder e assegurar a neutralidade moral do Estado”²⁰.

O resultado foi a identificação nos textos constitucionais fusionados de quatro traços fundamentais que passaram a marcar as Constituições da região: a consagração da tolerância religiosa, sem garantir a neutralidade do Estado; uma definição débil de mecanismos de freios e contrapesos mais tendentes a beneficiar o poder executivo; o estabelecimento de formas federativas de organização estatal, que na prática demonstraram ser centralistas e, por fim, a resistência de incluir nos textos constitucionais compromissos sociais e políticos – para além das meras declarações de direitos – que favorecessem um aumento da intervenção cidadã na esfera pública²¹.

Esses fatores contribuíram para a consolidação da estratificação social com origem no processo colonizatório patriarcal e escravocrata e que se manteve posteriormente aos processos fundacionais e de formação dos Estados-nação como um sistema de integração social baseado em hierarquias bastante rígidas. O autoritarismo e a violência, presentes como elementos constituidores da ordem estatal, converteram-se na grande amálgama desse processo de integração social, despontando como fatores determinantes nos momentos de transformação política e social dessas sociedades.

Ainda que o Brasil tenha vivido um tempo histórico diferenciado pela sua independência sem ruptura com a tradição monárquica, a fusão liberal-conservadora também pode ser observada não só na Constituição do Império²² – que carrega a peculia-

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 49-89.

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 32.

²⁰ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 38.

²¹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 69-71.

²² GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 78.

ridade da existência de um poder moderador –, mas também em cartas constitucionais posteriores. Do mesmo modo, as características de manutenção de uma racionalidade burocrática pré-industrial, como as descritas por Véliz, também se encontram presentes na nossa história colonial e de formação da ordem estatal brasileira, nos aproximando da experiência latino-americana de colonização hispânica.

Muitos são os indícios que podem ser encontrados ao longo da história do Brasil, como a continuidade de boa parte das oligarquias brasileiras no poder na passagem do Império para a República, acentuando a aliança entre liberais e conservadores²³; assim como a manutenção de um sistema escravocrata formal até o final do século XIX – que nos levou à posição de último país da América Latina a abolir a escravidão – com signos permanentes de uma racionalidade pré-industrial, mesmo após a industrialização promovida na década de 1930 e até a atualidade. Basta pensarmos que o trabalho doméstico no Brasil, o maior herdeiro do nosso sistema de escravidão, só foi equiparado ao trabalho celetista em pleno século XXI, com a chegada da Emenda Constitucional nº 72, aprovada em 2012 e regulamentada em 2015, pela Lei Complementar nº 150 e que mesmo assim, no cenário atual, sofre inflexões típicas da dinâmica perversa de avanços seguidos de retrocessos que nos remetem, em geral, à nossa matriz escravocrata.

No Brasil, aliás, como nos mostra a obra de Ângela Alonso, a abolição da escravidão não foi “obra da coroa”, foi um longo processo de mobilização social, cultural e política que, nos seus estertores, foi cooptado pela narrativa histórica do Império, que “minimizou a importância do movimento abolicionista e reiterou o mito fundacional do Império, uma comunidade imaginada que expurgou o africano”²⁴. No episódio da abolição, essa aliança entre elites é bem representada pela conclusão de Alonso de que “a violência da escravidão e do escravismo politicamente organizado se esmaeceu até na prosa de líderes do abolicionismo — como em *Minha formação*, de Nabuco”²⁵.

Assim como o ato da abolição não passaria disso, uma lei com dois artigos que se limitou a extinguir a escravidão, sem quaisquer reverberações ou consequências mais profundas no processo de integração social, a história brasileira sedimentou essa dinâmica de cooptar avanços para garantir retrocessos.

Alianças desse cariz têm se constituído como persistências históricas que se repetem, como na constituinte de 1987 ou na atual onda desconstitucionalizante pela qual tem passado o país com a reforma trabalhista, aprovada pela Lei 13.467/17, que consagrou medidas de flexibilização das garantias trabalhistas, ou ainda, com a extinção do Ministério do Trabalho, desmantelando uma estrutura estatal que outrora

²³ CARVALHO, José Murilo de. **Teatro das sombras: a política imperial**. São Paulo: Vértice, 1988. p. 168.

²⁴ ALONSO, Ângela. **Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 205.

²⁵ ALONSO, Ângela. **Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 205.

representou um dos marcos institucionalizantes de proteção dos trabalhadores e, mais recentemente, com o avanço do programa verde e amarelo, que sob o argumento do aumento de emprego aos jovens, desconstrói o sistema de proteção e garantias de direitos do trabalhador, indicando a intransponibilidade da diferenciação entre nossa herança oligárquica e escravocrata e os pactos de nossas elites econômico-sociais.

3. CILADAS DA TRANSIÇÃO POLÍTICA NA CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

A constituinte de 1987/88 foi marcada por uma série de controvérsias vinculadas ao processo transicional brasileiro, dando ensejo a debates sobre as suas condições de legitimidade. A abertura “lenta, gradual e segura” – lema entoado por Ernesto Geisel, presidente-ditador que deu início à abertura política – conduziu o país a uma transição controlada pelos militares. Esse controle foi exitoso, no sentido da neutralização de reivindicações dos grupos organizados solidariamente em torno da pauta da redemocratização do país.

As mobilizações da sociedade civil, inseridas no contexto de redemocratização latino-americano, ascenderam a luz de alerta ao regime militar e passam a indicar já, naquele momento, uma das transformações ideológico-culturais do século XX: a ressignificação da relação entre Estado e sociedade. Descrita por Elisa Reis como a transformação ideológico-cultural que inclui a solidariedade como um recurso básico de organização social para além das tradicionais existentes até então, a autoridade do Estado e o interesse do mercado, o resgate do conceito de sociedade civil em meio à circunstâncias mobilizadoras solidárias passa a caracterizar essa transformação em termos de mobilização social²⁶.

No caso da América Latina, mais especificamente, as graves violações de direitos humanos cometidas pelo terrorismo de Estado, impulsionou a solidariedade por meio dos “movimentos sociais ativos no processo de democratização [que] clamavam por antídotos tanto ao Estado autoritário quanto ao capitalismo selvagem”.

Em especial, a redemocratização no Brasil foi impulsionada por organizações da sociedade como o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), os Comitês Brasileiros pela Anistia (CBA's), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), que lutavam por uma anistia ampla, geral e irrestrita.

²⁶ REIS, Elisa P. Sociologia política e processos macro-históricos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 38, pp. 18-43, jan./abr. 2015. p. 32. Leonardo Avritzer, em uma análise confluyente com a de Elisa Reis também considera que “o conceito de sociedade civil na América Latina surgiu como um conceito tripartite adaptado às formas de diferenciação entre o mercado, o Estado e a sociedade que se consolidou na região ao longo do século XX”. AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, pp. 383-398, nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v18n2/a06v18n2.pdf>. Acesso em: 17 jul. de 2020. p. 385.

Em meados da década de 1970 surgem as Comunidade Eclesiais de Base (CEB's) que reforçam ainda mais a organização da sociedade civil articulando classes médias e baixas no processo de redemocratização. Esse processo foi impulsionado, ainda, pela considerável expansão dos movimentos sociais urbanos que, de acordo com José Murilo de Carvalho, se concentravam entre o movimento de favelados e as associações de moradores de classe média que reivindicavam a melhoria das condições da vida cotidiana e, embora não estivessem na linha de frente da redemocratização, “esses movimentos representaram o despertar da consciência de direitos e serviram para o treinamento de lideranças políticas”²⁷.

Forjados pela velocidade de um processo de urbanização que nunca gerou acesso a direitos, a organização política dessas parcelas da população submetidas a toda sorte de consequências da estratificação das desigualdades sociais no país, teve um peso significativo na articulação política da sociedade, o que levou Avritzer a afirmar que na redemocratização “a organização dos pobres brasileiros para lutar por serviços públicos é uma das origens da sociedade civil brasileira”²⁸.

No caso específico da reivindicação de uma anistia ampla, geral e irrestrita, o clamor popular gerou uma reação do governo militar que tratou de apresentar, aos seus moldes, um projeto de lei ao Congresso Nacional que não atendia os anseios da sociedade civil. Esses chegaram à institucionalidade apenas quando foram assumidos pelo MDB, partido de oposição ao regime no Congresso, por meio da apresentação de um substitutivo ao projeto de lei do governo militar, que foi rejeitado²⁹.

A lei aprovada (Lei n. 6683/79) tratava de uma anistia restrita, que em seu artigo 2º excluía os “condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”. Werneck Sodré captou em sua análise sobre o processo de votação da Lei de Anistia a capacidade do governo ditatorial em não atender aos anseios da sociedade civil mobilizada em torno do tema e, ainda, gerar propaganda positiva com a divulgação da ideia de que estava disposto a “[...] esquecer divisões antigas, de não discriminar, de tratar a todos como iguais em direitos. Na verdade, não tratava, continuava a discriminar e ameaçava permanentemente com a legislação vigente aquela mesma que condenara os agora ‘anistiados’”³⁰.

Do mesmo modo, a enorme mobilização social em torno das eleições diretas não produziu o chamamento de um processo eleitoral como o desejado, tendo sido

²⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 184.

²⁸ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, pp. 383-398, nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/vl8n2/a06v18n2.pdf>. Acesso em: 17 jul. de 2020. p. 386.

²⁹ BRASIL. **Lei de Anistia**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/lei-da-anistia> Acesso em: 19 ago. 2020.

³⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura**. 2. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1984. p. 125.

eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, Tancredo Neves. No tema da convocação da Constituinte não foi diferente. A reivindicação de uma Assembleia Constituinte livre e soberana, eleita direta e exclusivamente para essa função, não teve sucesso, sendo convocado pelo presidente José Sarney um Congresso constituinte.

Um dos mais contundentes críticos, à época, foi Raymundo Faoro, que via na não exclusividade da Assembleia Constituinte uma ameaça à superação de um projeto hegemônico das classes políticas que, segundo ele, continuavam as mesmas do período ditatorial, tanto pela cooptação do PMDB ao longo do processo de abertura política, quanto pela herança identitária do PFL com os tempos autoritários³¹. Faoro temia que a constituinte não chegasse ao fim, não por meio “[...] de um golpe com tanques nas portas do Congresso, mas por meio de um acordo que se faz sempre no Brasil, entre elites, para evitar a ‘anarquia’”³². E se as derrotas, em termos de disputas políticas importam para uma análise de sociologia histórica, é preciso acrescentar mais uma, especificamente ligada à convocação da constituinte: a tentativa de votar um substitutivo à proposta de emenda constitucional do então presidente da República, José Sarney, para a convocação de um plebiscito sobre a possibilidade de participação dos senadores biônicos e a exclusividade da assembleia constituinte, que também foi rejeitado.

Se essa tivesse sido a proposta vencedora, dificilmente haveria espaço para a construção de análises como a de que a constituinte foi um projeto de continuidade histórica do regime ditatorial porque fora decorrência do poder constituinte derivado, “estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes”, sem lugar para o exercício do poder constituinte originário³³.

De todo modo, disputas políticas e jurídicas ocorridas durante o processo de transição, que englobam a constituinte, foram geradoras de grande mobilização popular contribuindo para a construção de uma contra narrativa de legitimação do texto constitucional. Mesmo com o reconhecimento de todas as vicissitudes do processo constituinte, em pouco tempo o país estava contagiado pela ideia de que novos tempos democráticos haviam chegado, não importando tanto as tentativas do regime em macular esse processo.

No aniversário de 20 anos da Constituição, as limitações da carta constitucional, como a sua prolixidade, seu tamanho e seu casuísmo foram lembrados e debatidos, mas o que predominou foi o sucesso do texto no sentido de ter garantido possibilidades concretas de efetivação de direitos fundamentais e instituições amadurecidas para o exercício da democracia e da superação de crises políticas do quilate do *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello.

³¹ FAORO, Raymundo. **A democracia traída**: entrevistas. São Paulo: Globo, 2008. p. 67-94.

³² FAORO, Raymundo. **A democracia traída**: entrevistas. São Paulo: Globo, 2008. p. 74.

³³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

Faoro parecia ter perdido sua aposta e o tema da não exclusividade da constituinte já não se mostrava mais tão relevante, assim como a tese da inexistência de poder constituinte originário, porque as respostas às primeiras crises políticas eram de fortalecimento do sistema institucional. Como destacado por Oscar Vilhena, “[...] a Constituição demonstrou-se, ao longo de mais de duas décadas, um instrumento resiliente, desafiando prognósticos pessimistas sobre a viabilidade do sistema constitucional arquitetado em 1988”³⁴. Nesse cenário, foram ganhando cada vez mais espaço e legitimidade argumentos como o de Daniel Sarmento, de que o verdadeiro fundamento de validade da constituinte era a vontade popular por democracia, sendo a posição contrária a essa, representativa de uma minoria de juristas ainda apegados ao passado:

*A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das Diretas Já, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas*³⁵.

Superar as máculas e declarar argumentativamente a vitória da sociedade mobilizada em torno da democracia contra a ditadura significou um fundamento importante para a reconstrução política do país. Luís Roberto Barroso, em 2012, discorreu em um de seus livros sobre os paradoxos de nosso processo constituinte:

*Por certo, nem tudo foram flores. Com toda a sua valia simbólica, a Constituição de 1988 é a Constituição das nossas circunstâncias, sujeita a imperfeições e vicissitudes. A esse propósito, é preciso ter em conta que o processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – da recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável seu caráter democrático*³⁶.

Nessa toada, foram sendo construídos argumentos para reforçar a legitimidade constitucional como uma tentativa de superar as máculas de um processo tutelado, com base na inegável concretude das lutas políticas organizadas em torno da redemocratização. A academia jurídica fez isso de forma magistral e necessária, afinal, a reconstrução do país passava pelo desafio de superar mazelas históricas de primeira ordem, como a desigualdade social e o acesso a direitos. E, nesse sentido, reforçar a

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 25.

³⁵ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 7, n.30, pp. 7-41, nov./dez. 2009. p. 11.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 26.

legitimidade do texto constitucional – a partir das disputas por um regime democrático reivindicado pelas mobilizações da sociedade civil – foi uma estratégia que contribuiu inegavelmente para a estabilização do país.

A Constituição de 1988 possibilitou essa disputa porque, de fato, restabeleceu os direitos civis anteriores ao golpe e consagrou avanços normativos importantes e inovadores em matérias vinculadas às garantias de direitos. Ampliou significativamente o rol de direitos sociais, reforçou a garantia de direitos civis com instrumentos como o habeas data e o mandado de injunção, fortaleceu instituições fiscalizadoras como o ministério público e, ainda, inseriu o Brasil na onda de transformações ideológico-culturais mencionadas na introdução do texto, ao contemplar as reivindicações identitárias, potencializadoras de uma nova articulação entre desigualdade, igualdade e diferença, além de alçar como um tema constitucional a proteção da natureza³⁷. Ou seja, forneceu o instrumental necessário para que essa disputa conceitual em torno de seu potencial democrático pudesse avançar.

Contudo, apesar dos inegáveis avanços normativos do texto constitucional, a hipótese central desse trabalho é que, em alguma medida, o esforço pela construção dessa narrativa por um futuro democrático e inclusivo e seus desdobramentos, ao longo dessas três últimas décadas, também foi útil às vertentes política e jurídica diretamente ligadas à ditadura brasileira e, comprometidas, portanto, com um *modus operandi* autoritário, de forma que puderam se reinventar e sobreviver à democratização do país passando incólumes por esse processo. A quem interessava, de fato, a narrativa pós-1988 do Brasil como o país do futuro? Se, *a priori*, essa perspectiva poderia parecer irrelevante há algum tempo atrás porque, afinal, o mais importante era a existência de condições institucionais de seguir o jogo democrático, garantidas pela Constituição, a atual crise política parece indicar que alguns sinais históricos foram ignorados e o não enfrentamento do nosso arraigado e persistente autoritarismo voltou a bater em nossa porta.³⁸

³⁷ A primeira das transformações ideológico-culturais assinalada por Elisa Reis é a mudança na concepção das relações entre seres humanos e natureza que foi contemplada no art. 225 da Constituição de 1988 quando estabelece que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, potencializando uma mudança na “postura ‘conquistadora’ frente à natureza, por outra ‘protetora’ que vê os recursos naturais como um bem a ser cuidado”. Por fim, a última das transformações ideológico-culturais desenhadas por Elisa Reis é a articulação entre igualdade, desigualdade e diferença no século XX foi consequência de processos de reivindicação do reconhecimento das diferenças de determinados grupos sociais ao longo da formação dos Estados-nação. De acordo com Elisa Reis, essas diferenças acabaram sucumbindo diante do projeto moderno de igualdade que, ao longo dos tempos, foi indicando seus limites em termos de potencialização do exercício das subjetividades. Essa nova articulação seria um complemento à “noção moderna de igualdade [que] agora compartilha espaço com o reconhecimento de diferenças coletivas escolhidas pelos indivíduos como foco legítimo de lealdade”. No caso da Constituição de 1988, essa articulação pode ser percebida em temas como o reconhecimento de territórios indígenas, quilombolas ou, ainda, no racismo como crime inafiançável, reivindicações do movimento negro que foram contempladas no texto constitucional. REIS, Elisa P. Sociologia política e processos macro-históricos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 38, pp. 18-43, jan./abr. 2015. p. 31-35.

³⁸ Lília Schwarcz, em seu livro sobre o autoritarismo, chama a atenção para a emergência do autoritarismo como elemento central da crise política atual: “Não existe uma continuidade mecânica entre o nosso passado

O foco nos resultados imediatos do processo de estabilização – como a realização de eleições diretas e periódicas, a superação de crises políticas como a do *impeachment* do presidente Collor ou, até mesmo, a do processo de inclusão social pelo avanço na efetivação de alguns direitos – talvez tenham dificultado a leitura de sinais deixados nas entrelinhas das derrotas políticas sofridas pelos outrora opositores ao regime e defensores de um projeto de sociedade democrática.

As características constitucionais lidas a partir da lente de uma estabilidade mais imediata dificultaram uma análise que também considerasse as heranças históricas brasileiras e latino-americanas, facilitando a instrumentalização do discurso de defesa da democracia pós-88. As características anunciadas na introdução deste artigo representam uma espécie de síntese dessa instrumentalização porque compõem uma base de argumentos importantes na consolidação e legitimação do texto constitucional, mas também indicam alguns elementos históricos de repetição de padrões políticos que usufruem de tais características para assegurar a manutenção de estruturas de poder comprometidas com valores próprios do projeto constitucional conservador, tal qual descrito anteriormente.

A primeira delas é (1) o fato inequívoco de que a Constituição de 1988 consagrou a mais ampla carta de direitos e garantias fundamentais de nossa história, o que a fez receber de Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte instaurada em 1987, o apelido de Constituição cidadã. Esse generoso rol de direitos e garantias trouxe consigo várias originalidades e ineditismos históricos relevantes, como a importância simbólica da abertura do texto constitucional – logo nos títulos I e II – com os princípios, direitos e garantias fundamentais e, também, com inovações como uma organização federativa de três níveis, o mandato de segurança coletivo, a ação civil pública e a imprescritibilidade do crime de racismo, dentre outros.

Depois de mais de 20 anos de uma ditadura cujo padrão de atuação política era violar direitos, a aprovação de uma Constituição com uma extensa carta de direitos e garantias, alguns dos quais inéditos, respaldou a esperança de que o passado autoritário havia ficado para trás e de que a consagração desses direitos, mesmo diante da considerável representatividade das forças conservadoras que integraram a constituinte, foi uma vitória para o projeto progressista e uma derrota para aqueles que haviam sido aliados da ditadura militar. As palavras de Barroso alcançam esse sentimento:

e o presente, mas a raiz autoritária de nossa política corre o perigo de prolongar-se, a despeito dos novos estilos de governabilidade. Mais uma vez, igualdade e diversidade, sentimentos e valores próprios da expansão dos direitos democráticos, correm perigo quando não se rompe com a figura mítica do pai político – agora uma espécie de chefe virtual, que fala em nome e no lugar dos filhos e dependente –, do herói destacado e excepcional, líder idealizado. Essa é uma linguagem que herdamos dos mandonismos do passado, da época do domínio exclusivo da grande propriedade rural, mas que vem encontrando renovada sobrevida nesta nossa era dos afetos digitais, igualmente autoritários”. SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 63.

*É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões.*³⁹

Primeiramente, a generosidade dos constituintes na consagração de direitos e garantias precisa ser analisada dentro dos movimentos de transformação dos Estados-nação que, após a Segunda Guerra Mundial consolidaram um modelo de cartas constitucionais conhecidas como programáticas, na medida em que definiram e direcionaram políticas públicas e modos de operacionalização de direitos sociais pelo Estado.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 não é um fenômeno constitucional isolado, pertencendo a um momento conjuntural em que a influência de textos constitucionais europeus, situados no marco das grandes transformações ocasionadas pela consolidação do Estado Social de Direito no pós-guerra, chegou à América Latina tardiamente nas décadas de 1980 e 1990 com os processos de reconstrução das democracias formais. No caso brasileiro, há reconhecida inspiração, por exemplo, das Constituições portuguesa e espanhola, que também haviam passado por processos de redemocratização⁴⁰.

Contudo, no caso da América Latina e do Brasil, a novidade não era ter direitos em uma carta constitucional, mas sim, ter direitos em um regime democrático. Em todas as cartas constitucionais brasileiras, inclusive a do Império e as autoritárias republicanas (1937, 1967 e a EC nº 1/1969), sempre houve um espaço reservado à garantia de direitos que refletiam, por um lado, a influência dos processos constitucionais no mundo ocidental e, por outro, a permissibilidade e aceitação de direitos fundamentais como parte da fusão liberal-conservadora. Ao fazer uma crítica à ausência de seriedade com os textos constitucionais, Barroso utiliza dois exemplos reveladores dessa facilidade do constitucionalismo brasileiro em incluir direitos e ignorá-los:

[...] a Carta de 1824 estabelecia que a “lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata, Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 30, pp. 7-41, nov./dez. 2009. p. 28.

*de repouso". Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce*⁴¹.

Uma explicação para esse fenômeno foi dada por Gargarella ao analisar que a fusão liberal-conservador permitiu a entrada de direitos fundamentais nos textos constitucionais porque o comando das instituições estatais ou, como dito por ele, a "sala de máquinas", sempre permaneceu dentro dos marcos do modelo conservador⁴². Essa seria, inclusive, a explicação para o que o autor chamou de cláusulas adormecidas, ou seja, uma série de direitos e garantias que, apesar de consagrados nas ordens constitucionais, restaram inaplicados por falta de condições institucionais⁴³.

Compreende-se com essa leitura os motivos pelos quais questões altamente contrárias aos interesses das elites oligárquicas, como a exigência de que propriedade rural cumpriria sua função social na Constituição de 1988 puderam ser "aceitas", já que o mesmo texto constitucional institucionalizou uma grata premiação econômica a quem descumprisse a exigência constitucional, por meio dos processos indenizatórios do instituto da desapropriação, consagrados no inc. XXIV ao art. 5º da Constituição.

Do mesmo modo, não foi um problema estabelecer um limite aos juros cobrados anualmente porque o sistema financeiro, na prática, teve todo o apoio institucional para que esse direito pudesse transformar-se em letra morta até ser retirado do texto constitucional. Ou, ainda, aceitar uma longa lista de direitos sociais universalizáveis, aos moldes de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, que exigiriam o necessário aumento de gastos públicos, uma vez que "as forças conservadoras que dominaram a transição democrática e se fizeram representar intensamente no processo constituinte consentiram a expansão dos direitos sociais, desde que não tivessem que arcar com a necessária elevação de recursos"⁴⁴, enterrando em seu nascedouro todas as propostas de instituir um sistema tributário progressivo com base na justiça fiscal.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 28.

⁴² GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 333.

⁴³ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 262.

⁴⁴ FANDIÑO, Pedro; KERSTENETZKY, Celia Lessa. O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva. **Revista de Economia Política**, v. 39, n. 2, pp. 306-327, abr./jun. 2019. p. 307-8. p. 324. Os autores investigam os motivos pelos quais se formou um paradoxo na Constituição de 1988, que contempla um amplo rol de direitos sociais, o que requereria um sistema tributário pautado na solidariedade social e no princípio da progressividade tributária, mas que acabou contemplando um sistema tributário regressivo de sobrecarga de classes médias e isenções a classes mais abastadas economicamente. A hipótese dos autores é a de que a expansão dos gastos sociais teria sido acolhida pelas forças políticas constituintes, "desde que seu financiamento não incidisse progressivamente sobre os mais ricos" (FANDIÑO, Pedro; KERSTENETZKY, Celia Lessa. O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva. **Revista de Economia Política**, v. 39, n. 2, pp. 306-327, abr./jun. 2019. p. 307). Para os autores, a "perda de prestígio da progressividade ao longo do processo constituinte resultou de um embate político e este segue sendo relevante para entender

Com a soberania popular não foi diferente. Mesmo o povo sendo reconhecido como a fonte do exercício da soberania, logo no parágrafo único de seu artigo 1º, o texto constitucional não prevê nenhum mecanismo de manifestação do poder constituinte como possibilidade resolutiva de crises políticas. A soberania popular não pode nem ao menos propor emendas à Constituição, uma vez que a iniciativa popular – prevista no artigo 14 como instrumento de exercício da democracia direta – só é aceita para proposituras de projetos de lei.

Diante dessas constatações, pode-se cogitar que a “derrota” das forças conservadoras em aceitarem ou verem aprovada no texto constitucional uma ampla carta de direitos e garantias fundamentais foi mais discursiva do que real, tendo sido, inclusive, beneficiadas por defesas interpretativas vinculadas ao marco temporal de 1988, como a questão dos crimes de tortura que, no inc. XLIII do art. 5º, foram considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, tendo a sua aplicação vinculada aos fatos futuros e jamais pretéritos. Especificamente quanto a essa questão do marco temporal, é possível afirmar que foi uma defesa prioritária das forças conservadoras estabelecer a partir da Constituição de 1988 efeitos apenas futuros para suas deliberações. Nessa passagem, Sarmento retrata tal disputa do seguinte modo:

De um lado, correntes à esquerda sustentavam que a Constituinte, por estar plenamente investida de soberania, já poderia assumir desde logo o controle sobre os rumos da vida nacional e eliminar imediatamente o “entulho autoritário” legado pelo regime militar. Do outro, defendia-se que a soberania da Assembleia Constituinte fora conferida tão somente para a elaboração da nova Constituição, não se manifestando fora deste quadro. A esta linha aderiram segmentos conservadores, bem como o presidente Sarney, que buscava preservar os seus poderes e o seu mandato. Acabou prevalecendo, inclusive no Regimento Interno, a segunda posição. Não houve, durante a Constituinte, nenhuma deliberação destinada a produzir efeitos antes da promulgação da nova Carta⁴⁵.

a regressividade que caracteriza o sistema tributário brasileiro até os dias de hoje. Um sistema peculiar, com baixo grau de progressividade no principal imposto progressivo e uma carga tributária que se apoia em tributos indiretos”. FANDIÑO, Pedro; KERSTENETZKY, Celia Lessa. O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva. **Revista de Economia Política**, v. 39, n. 2 (155), pp. 306-327, abr-jun 2019. p. 307-8. No mesmo sentido de Fandiño e Kerstenetzky, o artigo de Sonia Fleury, sobre as distorções constituintes no modelo de seguridade social, se aproxima dessa análise, avaliando de modo testemunhal, já que a autora também foi consultora técnica na constituinte, que a ausência proposital do modo de operação do Orçamento de Seguridade Social na Constituição de 1988, converteu esse mecanismo, criado inicialmente para a garantia de “solidariedade e de estabilização do sistema, buscando romper com a arraigada noção do seguro social, para a qual se requer a existência de uma relação inexorável entre contribuição e benefício”, em “figura meramente contábil”. FLEURY, Sonia. Seguridade Social: um novo patamar civilizatório. In: DANTAS, B.; CRUMRIN, E.; SANTOS, F.; LAGO, G. Ponce de Leo. (Orgs.). **A Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Os cidadãos na carta cidadã. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro do Senado Federal, 2008. pp. 1-27. p. 12.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 30, pp. 7-41, nov./dez. 2009. p. 16.

Uma segunda característica trabalhada como um paradoxo que parecia ter sido resolvido pelo alcance da estabilidade constitucional com o passar das décadas é justamente a (2) composição absolutamente heterogênea da constituinte. Se, por um lado, essa questão gerou pressões e até mesmo anacronismos, por outro também foi utilizada para exaltar o caráter de “Constituição compromisso”⁴⁶, ou seja, a pluralidade da constituinte e o aumento da legitimidade na formação de um pacto político estabilizador das relações sociais pela alta “representatividade ideológica” da constituinte.

A participação e o empenho dos diversos espectros ideológicos da sociedade brasileira, sobretudo, das elites conservadoras que apoiaram o golpe de 1964, era uma obviedade em termos estratégicos e constituiu-se muito mais na garantia da manutenção de alguns pactos e privilégios do que propriamente um compromisso democrático que imporia o fim do regime ditatorial e suas atrocidades. Raymundo Faoro já havia se dado conta desse processo, apontando os possíveis resultados que seriam ali alcançados:

*O poder, com sua legalidade específica, cedeu, nas suas mudanças, a todas as acomodações, sob o pressuposto de não perder o mando, o núcleo decisório fundamental. A autocracia continua pilotada por uma elite, que se dispõe a despir a pele do leão para se cobrir com a da raposa. Na ausência de soberania popular, só nominalmente admitida, a classe política, os dirigentes, os governantes, envolvidos nas suas falácias, ensaiam coroar seu domínio, com a aparência de um sistema constitucional*⁴⁷.

A grande questão colocada como um pano de fundo da transição política controlada é que a aposta em uma narrativa de construção de um projeto futuro para a nação brasileira era a garantia da impunidade dos crimes ocorridos durante o regime ditatorial. A Constituição de 1988 foi o coroamento da abertura lenta, gradual e, sobretudo, segura para os agentes repressores do Estado. O protagonismo da constituinte como o fato político de maior relevância no (3) estabelecimento de um marco para a democracia contribuiu para o não enfrentamento das mazelas mais imediatas deixadas pelo regime, mas também das anteriores a ele.

A projeção da importância da Constituição de 1988 ter estabelecido um marco temporal para o desenvolvimento de uma democracia formal foi comemorado pela sociedade brasileira; trouxe a esperança de novos tempos democráticos, mas também serviu ao propósito de afirmar que o passado estava encerrado e a Constituição de 1988 era o ponto de partida para um futuro auspiciosamente democrático.

A execução de um projeto de abertura lenta, gradual e segura só seria possível de ser viabilizada mediante a construção de uma narrativa de esquecimento do

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 abr. 2010. Votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. p. 23.

⁴⁷ FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007. p. 233.

passado e, com esse propósito, a Constituição de 1988 cumpriu um papel importantíssimo de colocar-se como a esperança de um novo tempo, carregado de promessas de construção de uma sociedade justa e igualitária.

Como dito anteriormente, o apoio e o empenho de tantos espectros ideológicos, inclusive aqueles que outrora apoiaram o golpe e o regime ditatorial, se destaca em importância porque o novo pacto importava e precisava ser disputado, manobrado e até mesmo desvirtuado na medida em que era necessária a manutenção de um passado intocado quanto ao cometimento dos crimes de Estado e um futuro que garantisse os privilégios de classe. A aparência de igualdade de condições foi reforçada pela consagração da ampla gama de direitos fornecendo até mesmo subsídios “morais” à narrativa dos novos tempos, enquanto a sala de máquinas permanecia a mesma sem nem sequer ser notada ou comemorada, apenas para que as elites conservadoras não perdessem o costume de determinar, ao fim e ao cabo, como as coisas “devem ser” no Brasil.

A estratégia da transição brasileira de construção de uma nova ordem constitucional como marco jurídico-político transicional não foi a única e, quando comparada, com outros países do cone sul, que viveram regimes ditatoriais de segurança nacional muito parecidos, vem à tona uma similitude importante: o envolvimento da sociedade na construção de um novo processo constituinte configurou-se como uma saída para os regimes ditatoriais que controlaram a abertura política, como é o caso do Chile e do Brasil. No caso chileno, a Constituição de 1980 foi o evento decisivo para a abertura política controlada pelo próprio ditador Augusto Pinochet. Diferentemente, na Argentina, em que o regime sofreu maior isolamento após a derrota na guerra das Malvinas, o retorno para a ordem constitucional se deu após o chamamento de eleições diretas e com a retomada da Constituição fundacional de 1853, reformada posteriormente em 1994⁴⁸.

Diante desse contexto, pequenas concessões foram sendo feitas ao projeto de controle da abertura política no Brasil e, nossas derrotas interpretadas com as lentes da prevalência da vontade popular e de sua pró-atividade no processo transicional, tornando-o legítimo aos nossos próprios olhos. Adiamos o enfrentamento de questões básicas para a instauração de um regime democrático. O *modus operandi* autoritário foi tratado como uma posição minoritária e inexpressiva desse processo, mas a verdade é que ao fazer isso, ele foi aceito como parte do jogo, à espera de um novo despertar que não chegou de uma só vez, mas foi sendo reafirmado aos poucos, às vezes de modo até mesmo imperceptível ou irrelevante para a maioria dos juristas.

O fato de teses de juristas apoiadores da ditadura, como a de Ferreira Filho, terem sido defendidas e, ainda, perdurado no tempo dentro dos livros de direito constitucional, ainda que como uma posição minoritária, indica, por exemplo, um tensionamento

⁴⁸ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil Chile e Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 237-252.

do processo de democratização do país que não foi enfrentado e quiçá deveria ter existido porque implicou na permanência de uma narrativa autoritária naturalizada no cenário jurídico do país, pronta para ser manejada como um argumento de autoridade porque foi aceita como parte do processo, com risco de tornar-se hegemônica no atual cenário de crise política.

Argumentos desse tipo não ficaram adstritos ao momento transicional, seguiram surgindo e sendo utilizados ao longo dessas três décadas da atual ordem constitucional, como no julgamento da ADPF nº 153 no STF, em 2010, quando foi invocado por alguns ministros para considerar recepcionada pela ordem constitucional de 1988 a Lei de Anistia de 1979 (Lei nº 6683/79), que impediu a responsabilização dos agentes estatais perpetradores de crimes contra a humanidade da ditadura militar. O ministro Eros Grau, relator da ADPF nº 153 reconheceu o controle da transição política pelo governo militar e seus apoiadores civis e o tomou por legítimo para considerar a Lei de Anistia de 1979 recepcionada na ordem constitucional de 1988. O fez com os mesmos argumentos utilizados pela então considerada “posição minoritária” de uma doutrina constitucional “apegada ao passado”, ignorando os avanços democráticos e recolocando-a no lugar de protagonista do processo constituinte:

É bem verdade que não podemos falar, nos termos estritos da tradicional dogmática constitucional, na instauração de um Poder Constituinte originário no Brasil em 1985. Houve, sim, um processo de transição constitucional e de fundação de uma nova ordem, mas que foi, do ponto de vista histórico-político, paulatinamente previsto e controlado pelas forças políticas e sociais dominantes à época⁴⁹.

Do mesmo modo, o ministro Gilmar Mendes também assumiu a posição, afirmando que “A EC nº 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político”⁵⁰.

Os votos dos ministros do STF na ADPF nº 153 demonstram que parte da comunidade jurídica brasileira não só aceitou conviver com essas incoerências como também as defendeu.

A aceitação e defesa da tese da prescribibilidade dos crimes cometidos pelos agentes da ditadura como se esse não fosse um tema insustentável em um regime democrático, ignorando os compromissos firmados em tratados e convenções internacionais, a condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos e os exemplos de responsabilização civil, criminal e administrativa de países como Argentina,

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 abr. 2010. Votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. p. 39-40.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 abr. 2010. Votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. p. 50.

Uruguai e até mesmo o Chile; indica uma contribuição inestimável para que, na prática, tais crimes continuassem acontecendo no país, direcionados, sobretudo, depois da instauração da democracia formal, aos jovens afrodescendentes da periferia.

A narrativa do país do futuro dificultou a percepção de que o regime ditatorial instaurado pelos militares com amplo apoio de civis foi uma expressão escancarada do autoritarismo presente na política e nas relações sociais muito antes do golpe de 1964. Como afirmou Véliz, não só para o Brasil, mas para toda a América Latina, as ditaduras militarizadas da segunda metade do século XX, foram apenas a expressão transitória de um fenômeno anterior e mais duradouro no tempo⁵¹.

Na tentativa de construir um futuro democrático e inclusivo para a população brasileira, fomos sobrepondo fatos mais imediatos às mazelas de nossa transição política e de nossa constituinte sem enfrentá-las, colocando-as no lugar de posições minoritárias em relação à mobilização e vontade popular. Ao fazer isso, aceitamos a amálgama autoritária persistente de nossa história e nos afastamos, de maneira não intencional, da chance concreta presente em todo processo transicional de enfrentamento de questões imprescindíveis para a democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O maior desafio em fazer uma análise como a do presente artigo é a tentativa de não incorrer no erro do negacionismo absoluto das conquistas democráticas das últimas décadas. O entusiasmo das análises otimistas sobre nosso processo constituinte e a própria Constituição de 1988 são parte importante de nossa identidade constitucional. Não há dúvida sobre o valor da mobilização de uma sociedade civil que foi oprimida e alienada de dinâmicas democráticas por mais de 20 anos e que esteve, sim, a disputar o sentido da democracia constitucional nessas últimas três décadas.

Contudo, como coloca Leonardo Barbosa em um dos estudos mais relevantes sobre a história constitucional brasileira: “Fazer história constitucional é, portanto, adentrar o campo dessas batalhas de memória, no seio das quais é impossível permanecer ‘inocente’⁵². Ao deixarmos de lado boa parte das disputas por memória talvez tenhamos caído na armadilha de nossa própria inocência. Todo processo constituinte é sempre um projeto de futuro que se constrói, contudo, a partir de condições de produção determinadas pelo passado.

Esse trabalho tentou contribuir na construção de pontes de compreensão entre passado e presente por meio da adoção de estratégias da sociologia histórica, como a comparação e a análise de derrotas de projetos políticos. Nessa reflexão, o objetivo

⁵¹ VÉLIZ, Claudio. **La tradición centralista de América Latina**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 15.

⁵² BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. p. 37.

foi reconstruir algumas das limitações do processo constituinte e refletir sobre o que fizemos com elas ao longo das últimas três décadas. A síntese das considerações mais relevantes desenvolvidas aqui seria: 1. o constitucionalismo brasileiro compartilha, com outros países da América Latina, a função de estabilização institucional a partir da fusão dos projetos políticos liberal e conservador; 2. o projeto liberal-conservador, identificado com o regime ditatorial de 1964, apostou na constituinte de 1987 como uma estratégia transicional de chegar incólume, em relação ao seu legado autoritário, à democracia constitucional; 3. o sucesso dessa estratégia consistiu em alimentar a narrativa de superação do passado pela aposta em um projeto de um futuro democrático; 4. a despeito de todas as mobilizações políticas dos grupos progressistas que defendiam o fim da ditadura, o enfrentamento do legado autoritário deixado pelo regime militar ficou secundarizado no processo constituinte e na construção da democracia pós-1988, sobretudo, no que tange às violações dos crimes contra a humanidade; 5. o legado autoritário cultivado ao longo da história brasileira e representado, naquele momento histórico, pelo regime militar instaurado em 1964 com apoio de parcela da sociedade civil, permaneceu latente nas relações sociais e institucionais das últimas décadas, tendo se fortalecido e despontado como “alternativa” política disruptiva processo eleitoral de 2018, colocando em xeque o projeto constitucional de 1988.

5. REFERÊNCIAS

- ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola. Introduction: social theory, modernity and the three waves of historical sociology. In: ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola (Eds.). **Remaking modernity: politics and processes in historical sociology**. London: Duke University, 2005.
- ALONSO, Ângela. **Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden**. Tomo I. Buenos Aires: Ariel, 2012.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, pp. 383-398, nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/vl8n2/a06v18n2.pdf>. Acesso em: 17 jul. de 2020.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Lei de Anistia**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/lei-da-anistia> Acesso em: 19 ago. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Teatro das sombras**: a política imperial. São Paulo: Vértice, 1988.

DELGADO RIBAS, Josep M. La desintegración del Imperio Español: un caso de descolonización frustrada (1797-1837). **Illes i Imperis**, Barcelona, n. 8, pp. 5-44, abr./jul. 2006.

FANDIÑO, Pedro; KERSTENETZKY, Celia Lessa. O paradoxo constitucional brasileiro: direitos sociais sob tributação regressiva. **Revista de Economia Política**, v. 39, n. 2, pp. 306-327, abr./jun. 2019.

FAORO, Raymundo. **A democracia traída**: entrevistas. São Paulo: Globo, 2008.

FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FLEURY, Sonia. Seguridade Social: um novo patamar civilizatório. In: DANTAS, B.; CRUMRIN, E.; SANTOS, F.; LAGO, G. Ponce de Leo. (Orgs.). **A Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na carta cidadã. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro do Senado Federal, 2008. pp. 1-27.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

HALPERÍN DONGHI, Tulio. **Historia contemporánea de América Latina**. 3. ed. Madrid: Alianza, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

MITRE, Bartolomé. Ideas conservadoras de buena ley. In: HALPERÍN DONGHI, Tulio (Ed.). **Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880)**. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1980.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil Chile e Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

REIS, Elisa P. Sociologia política e processos macro-históricos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 38, pp. 18-43, jan./abr. 2015.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 30, pp. 7-41, nov./dez. 2009.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura**. 2. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 abr. 2010. Votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

VÉLIZ, Claudio. **La tradición centralista de América Latina**. Barcelona: Ariel, 1984.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

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.