



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 9 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2022 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 9 | n. 3 | setembro/dezembro 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)

# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



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

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

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

Publicação eletrônica de acesso aberto

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

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

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

Quadrimestral.

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

ISSN: 2359-5639

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

CDU 342  
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – Sibi

### Cobertura temática (classificação do CNPq):

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

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

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

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

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

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

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

## EQUIPE EDITORIAL

### Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

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

### Editores Associados

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

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

### Editor-Adjunto

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

### Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

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

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

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

### Equipe de Redação e Revisão

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

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

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

# Sumário

## Contents

### Editorial

*Editorial*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.88690

**Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria .....491**

### Rejoinder to Ayres on defense, punishment and gentleness

*Tréplica a Ayres sobre a defesa, punição e gentileza*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86477

**Walter Edward Block .....495**

### Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good

*Apontando a falsa autonomia dos Municípios brasileiros: a “qualidade da Federação” traçada pelo Estado de Direito e seu impacto na promoção do bem comum*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86810

**Márcin Haeberlin, Alexandre Pasqualini .....515**

### El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra

*The control of constitutional amendments and the checks and balances system: a proposal in the light of constitutional engineering in which the constitutional magistracy is legitimized by not having the last word*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85578

**Francisco Vázquez Gómez Bisognoi .....543**

### Derecho a la vivienda y emergencia habitacional en España: el rol de las Comunidades Autónomas

*The right to housing and housing emergency in Spain: the role of the Autonomous Communities*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.88558

**Maria Victòria Fornés I Fernández .....579**

**Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil**

*Fundamental social rights are not principles. A critique of the reception of Robert Alexy's theory of principles in Brazil*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86292

**Pablo Castro Miozzo .....619**

**Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22**

*Data protection, competencies of the federal entities and Constitutional Amendment no. 115/22*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.87107

**Ricardo Marcondes Martins .....645**

**Proteção de direitos LGBTQIA+ no Direito brasileiro: momentos e descompassos jurídicos e políticos**

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85903

*LGBTQIA+ rights in Brazilian law: legal and political dynamics*

**Roger Raupp Rios .....659**

**Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária: uma proposta de solução do problema a partir da teoria da construção escalonada do direito de Merkel**

*Hierarchy between complementary and ordinary statutes: a proposal for a solution of the problem based on Merkel's theory of the staircase-like construction*

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85615

**Matheus Pelegrino da Silva .....681**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... 707





# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v9i3.88690

Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons



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

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

**LUZARDO FARIA**<sup>II,\*\*</sup>

<sup>II</sup> Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)  
fariacruzardo@hotmail.com  
<http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

Neste número 3 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 5 países diferentes: Alemanha, Estados Unidos, Espanha, México e Brasil. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 50% redigidos em língua estrangeira, 50% 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. 3, p. ---, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.88690

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

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

- Rejoinder to Ayres on defense, punishment and gentleness  
**Walter Edward Block**  
Harold E. Wirth Eminent Scholar Endowed Chair in Economics at Loyola University College of Business (Chicago, United States of America)
- Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good  
**Mártin Haeblerlin**  
Professor da Graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS, Brasil)  
**Alexandre Pasqualini**  
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público – IBRAED (Porto Alegre-RS, Brasil)
- El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra  
**Francisco Vázquez Gómez Bisogno**  
Doctor en Justicia por la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)
- Derecho a la vivienda y emergencia habitacional en España: el rol de las Comunidades Autónomas  
**Maria Victòria Forns I Fernández**  
Profesora Colaboradora Permanente de Trabajo Social y Servicios Sociales, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)
- Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil  
**Pablo Castro Miozzo**  
Doutor em Direito (“summa cum laude”) pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) (Freiburg, Alemanha).

- Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22

**Ricardo Marcondes Martins**

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

- Proteção de direitos LGBTQIA+ no Direito brasileiro: momentos e descompasso jurídicos e políticos

**Roger Raupp Rios**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito 'stricto sensu' da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil) e do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Enfam

- Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária: uma proposta de solução do problema a partir da teoria da construção escalonada do direito de Merkl

**Matheus Pelegrino da Silva**

Pós-doutorando junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

O conjunto de trabalhos ora apresentado às nossas leitoras e leitores certamente despertará o interesse para a leitura de excelentes pesquisas desenvolvidas no campo do Direito Constitucional no Brasil e no exterior.





## Rejoinder to Ayres on defense, punishment and gentleness

### *Tréplica a Ayres sobre a defesa, punição e gentileza*

WALTER EDWARD BLOCK<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>Loyola University (Chicago, United States of America)

wblock@loyno.edu

<https://orcid.org/0000-0003-2215-4791>

**Recebido/Received:** 22.06.2022 / 22 June 2022

**Aprovado/Approved:** 17.10.2022 / 17 October 2022

#### Abstract

Ayres maintains that both punishment after the fact of crime, and what the victim is allowed to do during the commission of the crime, should be based upon proportionality. I agree with him on the former contention, but not the latter. This paper is my attempt to make the case that the victim is entitled, based upon libertarian law, to do whatever is necessary to defend himself and his property, provided, only, that he employ the most gentle means compatible with this end. Ayres demurs.

**Keywords:** punishment; defense; libertarianism; gentleness; proportionality.

#### Resumo

*Ayres sustenta que a punição depois da consumação do crime deve se basear na proporcionalidade, e o que a vítima pode fazer durante a sua prática também deve obedecer ao mesmo parâmetro. Eu concordo com ele na primeira assertiva, mas não na segunda. No presente artigo eu defendo que a vítima tem o direito, baseado no Direito libertário, de fazer o que for necessário para defender a si mesmo e a sua propriedade, contanto, apenas, que ele empregue os meios mais suaves compatíveis com este fim. Ayres discorda.*

**Palavras-chave:** punição; defesa; libertarianismo; gentileza; proporcionalidade.

Como citar esse artigo/How to cite this article: BLOCK, Walter E. Rejoinder to Ayres on defense, punishment and gentleness. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 9, n. 3, p. 495-513, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86477

\* Harold E. Wirth Eminent Scholar Endowed Chair in Economics at Loyola University College of Business (Chicago, United States of America). Ph.D. in Economics at Columbia University (New York, USA). B.A. in Philosophy, Brooklyn College (New York, USA). E-mail: wblock@loyno.edu.

Based on the title of his paper, I would have welcomed Ayres<sup>1</sup> to the libertarian discussion of abortion. However, in the event, he discussed proportionality and gentleness, not my views on evictionism. However, his treatment of this complex issue is as thorough as could be wished. Indeed, if there is any stone he leaves unturned in this matter, it has escaped me. It is, moreover, based upon his insightful understanding of advanced libertarian theory. Nevertheless there are several points at which this author and I diverge. The present paper is an attempt to set the libertarian record straight.

To begin with, Ayres quite properly sets the stage: he maintains that proportionality applies to every aspect of crime; the invasion itself, plus the punishment afterward. I take the position that proportionality is relevant to punishment, not crime. He takes the position that my “so-called ‘gentleness principle’ is not only redundant to proportionality, but also cannot be a libertarian principle for two reasons: (1) it implies positive rights and obligations; (2) it presupposes a deterrence penology.”<sup>2</sup> I agree with him that positive rights are anathema to libertarian theory, properly understood; only negative rights are compatible with justice. However, I deny that my gentleness principle violates this precept. Also, in my view, the essence of libertarianism is deontology, rights, justice; deterrence is but a side benefit

In his section 1 “Introduction: the problem of indirectly deadly evictions” our author accurately states that my evictionist proposal is based upon the libertarian, notion of private property rights. Since the mother, not the baby, owns her womb, the unwanted fetus is in effect a trespasser. He may thus be removed from her premises; evicted but not killed. His rendition of my position is entirely accurate.<sup>3</sup> I only wish I could be as

<sup>1</sup> All mention of this scholar, unless otherwise indicated, shall refer to this one publication of his: AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block’s evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.74518.

<sup>2</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block’s evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 407.

<sup>3</sup> My views on abortion and evictionism, the targets of Ayres’ criticism, are: BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Abortion. In: Rothbard, Murray N. **The Libertarian Forum**. Volume 2: 1976-1984. Auburn: Mises Institute, 2006 [1977]. Available at: <[http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977\\_09.pdf](http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977_09.pdf)>; BLOCK, Walter E. Abortion, Woman and Fetus: Rights in Conflict? **Reason**, vol. 9, n. 12, April, p. 18-25, 1978; BLOCK, Walter E. **Stem Cell Research: The Libertarian Compromise**. September 3, 2001. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/block/block5.html>>; BLOCK, Walter E. Libertarianism, Positive Obligations and Property Abandonment: Children’s Rights. **International Journal of Social Economics**, Bingley, vol. 31, n. 3, p. 275-286, 2004; BLOCK, Walter E. Homesteading, ad coelum, owning views and forestalling. **The Social Sciences**, Faisalabad, vol. 3, n. 2, p. 96-103, 2008. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1890872](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890872)>; BLOCK, Walter E. A libertarian perspective on the stem cell debate: compromising the uncompromisable. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, vol. 35, n. 4, p. 429-448, aug. 2010. Available at: <<https://academic.oup.com/jmp/issue/35/4>>; BLOCK, Walter E. Van Dun on Freedom and Property: A Critique. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, n. 4, 2010; BLOCK, Walter E. Response to Jakobsson on human body shields. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, article n. 25, p. 1-9, 2010. Available at: <[https://cdn.mises.org/-2-25\\_2.pdf](https://cdn.mises.org/-2-25_2.pdf)>; BLOCK, Walter E. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 4, p. 1-13, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-4.pdf>>; BLOCK, Walter E. Terri Schiavo. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 527-536, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_26.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_26.pdf)>; BLOCK, Walter E. The Human Body Shield. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol.

succinct as he. However, since the paper now under my review says virtually nothing else about abortion, I press on to the next section.

In section 2 of his paper, Ayres takes issue with (my) “Block’s gentleness.” He states:

*Block claims that there is a sharp categorical distinction between legitimate defense (a) while and (b) after a crime happens. Thus, his view is that each single crime has two separate moments.*

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

(...)

*For example, in Block’s view, to punish a rapist with the death penalty is a disproportionate form of defense, because punishments only apply after the crime has already been committed. Comparatively, immediately killing a trespasser, without any escalation, is an ‘ungentle’ form of defense because defending oneself happens during the crime. Different principles, different moments; but both are illegitimate forms of defense for the exact same reason: the excessive use of force.<sup>4</sup>*

I think there is a confusion here. The death penalty is not at all “a disproportionate form of defense”. It is no defense at all. It takes place *after* the crime is committed and the perpetrator is brought to justice. Ayres realizes that “punishments only apply after the crime has already been committed” so it is difficult to discern why and how he has committed this error

---

22, n. 1, p. 625-630, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_30.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_30.pdf)>; BLOCK, Walter E. **A Not So Funny Thing Happened to Me in Tampa**. August 30, 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/block/block208.html>>; BLOCK, Walter E. Should abortion be criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on Abortion. **FBIM Transactions**, Belgrade, vol. 2, n. 1, p. 33-44, jan. 2014; BLOCK, Walter E. Evictionism and Libertarianism. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, vol. 39, n. 3, p. 248-257, jun. 2014; BLOCK, Walter E. Toward a libertarian theory of evictionism. **Journal of Family and Economic Issues**, vol 35, n. 2, p. 290-294, jun. 2014; BLOCK, Walter E. Judith Jarvis Thomson on abortion; a libertarian critique. **DePaul Journal of Health Care Law**, Chicago, vol. 19, n. 1, article n. 3, p. 1-17, mar./jun. 2017; BLOCK, Walter E. **Evictionism: The compromise solution to the pro-life pro-choice debate controversy**. New York: Springer Publishing Company, 2021; BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. **Appalachian Law Review**, vol. 4, n. 2, p. 1-45, 2005; DYKE, Jeremiah; BLOCK, Walter E. Explorations in Property Rights: Conjoined Twins. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 38, p. 1-18, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/38-explorations-property-rights-conjoined-twins/>>.

<sup>4</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block’s evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 411.

This author continues his misinterpretation of my position:

*But what is this so-called 'principle of gentleness'? It functions as an 'algorithm' of gradual escalation in the defensive use of force. According to Block, a defensive party may ultimately do whatever is necessary to stop a crime. But first, it must all begin with the 'gentlest' method of self-defense. Therefore, a victim may only gradually increase the level of defensive 'roughness' and only if gentler methods have been proven to be futile.<sup>5</sup>*

To the contrary I never put matters that way. The view attributed to me is a misrepresentation. It implies that when someone is rushing at you with a knife yelling "kill" you are obligated to first try to reason with him, verbally.<sup>6</sup> If that doesn't work, perhaps you can escalate by begging for your life. If that too fails, you can again "gradually increase" your "method of self-defense". Perhaps you might now be entitled to wrestle the knife away from him or run away. This is very different from how I see matters. My thought is that if you have two guns, one with rubber bullets the other with lead, and both are 100% guaranteed to stop this maniac in his tracks, you obligated to employ the former weapon. Alternatively, if there is a net handy that will equally likely stop this madman in his tracks, then if you plug him with lead bullets anyway, you are certainly not being "gentle". There is no "gradual increase"<sup>7</sup> involved here at all. But Ayres does not at all misunderstand me for he continues:

*So far, so good. Unfortunately, this is not Block's final word on 'gentleness'. According to him,<sup>8</sup> if there is 'no guarantee that [a] rubber bullet (or a net) will halt the perpetrator in his tracks', then a deadly gun could be used immediately against a trespasser, without the requirement of any other intermediate steps of gentle escalation" It is thus difficult to understand why then Ayres initially misconstrued my position. This far, not so good anymore. For this last point muddies the waters quite a bit.<sup>9</sup>*

He contradicts himself as to what my position is. First, he says it is X, then he denies this.

<sup>5</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 412.

<sup>6</sup> States Ayres: "it is perfectly consistent to stop a crime with bare hands or even through dialogue and persuasive argumentation."

<sup>7</sup> Ayres repeats this charge of "gentle escalation" several times. For example, he lays this at my doorstep: "First, a victim must follow his algorithm of gentle escalation. Then, and only then, may the trespasser be blown away." (AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 413). But this is erroneous each and every time he repeats this misinformation.

<sup>8</sup> That is, me, Block.

<sup>9</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 412.



What is this scholars' argument that I am guilty of "muddy waters"? First, he asks why should rubber bullets be considered the 'gentlest manner possible' to stop a crime? But this was merely an illustrative example. I am by no means committed to this means. Second, he queries: "why could the victim jump straight to normal bullets without trying out any other intermediary steps of escalation?"<sup>10</sup> Nor would I deny that if there were even more gentle modalities available, for example, eloquence, that this should not be employed. But remember, there is a maniac charging you, screaming, brandishing a knife; does Ayres really think that mere talk will turn the trick? It is only if we stipulate, arguing, that that it would, that the victim is obliged to do this. Third he asks about the degree of certainty required before employing more gentle methods. I would say 100%. The target is not required by any libertarian law I am aware of, to be "gentle" with the perpetrator at risk to himself. I am assuming that the net and/or the rubber bullets will do just as well in stopping the criminal in his tracks as would the lead variety.

States Ayres:

*So, what's the real problem here? If I had to guess, I would say that Block was so much focused on dismissing proportionality's imposition of a maximum limit of defensive force that he forgot to consider to address any minimum and intermediary limits. By the looks of it, even if we accept that there are no maximum limits for self-defense, it seems that gentleness still needs proportionality in order to establish the upper limits of the first and intermediary steps of escalation, until the criminal's actions is finally interrupted.*<sup>11</sup>

No, no. This author is still laboring under the conflation of defense and punishment. He continues to apply proportionality to defense, while the crime is in process. But there is no room for, need for, requirement of, proportionality upon this occasion. It is only properly applied, later on, after the crime has finished, and the criminal is in the dock, awaiting punishment.

Ayres is to be congratulated for derisively dismissing positive obligations from libertarian theory. There are, indeed, none. But I protest: I am not at all guilty of this misunderstanding. Rather, I am deducing from negative obligations, which this scholar and I, both of us libertarians, certainly support. Which negative obligations? The obligation not to initiate violence against innocent people.<sup>12</sup> But here we have to employ

<sup>10</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 412.

<sup>11</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 412.

<sup>12</sup> If an onrushing truck is about to kill an innocent person, and I push him out of the way, saving his life, but breaking his ribs in the process, I am not guilty of a crime, at least according to my understanding of libertarian theory. The entire context must be taken into account. Similarly, for the case where I break someone's ribs correctly utilizing the Heimlich maneuver and saving him from choking to death.

relative innocence, or common sense. Consider not the knife-wielding maniac, but a relatively more innocent criminal: a shoplifter or a pickpocket, or someone guilty of inadvertent trespass. They pose no serious threat of bodily injury. If I can extrapolate from Ayres' comments, he thinks that it is my view that if a person were victimized in this manner, he would be justified in blowing away the offender with a bazooka, which would cut the miscreant in half. This is unjust. This is not at all my position. Not only would the non-libertarian feel that this action had gone beyond what should be legally permissible, but so would the libertarian. Yes, we would have to be looking at a "penumbra" of the non-aggression theory; that is, at its logical implication.

Take the person who sets one step on your lawn, by mistake. We stipulate that if you merely mention this to the offender he will apologize and immediately remove his foot. The property owner kills him anyway. My objection to this over-use of violence is not based on the victims' positive obligation not to commit such a crime. It is based upon taking seriously the libertarian opposition to negative rights violations. This trespasser still has *some* rights. In what Ayres is mistakenly attributing to me, he loses all rights. This act would not be punishment; if it were, it would be wildly disproportionate, of course. It takes place during the rights violation on the part of the trespasser. But, it is still markedly unjust, because it is patently not the "gentlest manner possible" to obviate the incursion.

Our author tries to turn things around 180 degrees. He correctly quotes me as writing that it would "be justified for the property owner to kill the trespasser".<sup>13</sup> But Ayres does so out of context. Of course this would be justified: but only if the trespasser refuses to budge, and, worse, launches an attack on the property owner.

In section 3 of his paper, "Rothbard's proportionality", Ayres tries to show that he applies proportionality not only to punishment, but, also, to what the victim may do to ward off attacks on himself and his property. I fear that Ayres also misconstrues Rothbard as well as me. Ayres sets himself the task of demonstrating that "Rothbard argued that ... (force) ... must be constrained within limits proportional to the aggressive force of a criminal."<sup>14</sup> He does not succeed in showing any such thing, at least not yet.<sup>15</sup>

Here is Ayres' first attempt in this regard:

*Take, for instance, when Rothbard asks the rhetorical question regarding how 'extensive is a man's right of self-defense' and his reply that it only goes 'up to the point at which*

<sup>13</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 413.

<sup>14</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 414.

<sup>15</sup> Continue reading; you're be in store for a surprise.

*[the criminal] begins to infringe the property rights of someone else'. Here we have 'proportional limits' being applied to self-defense.<sup>16</sup>*

Not so, not so. All Rothbard is saying here is that the target of an initiation of violence is not warranted to use defensive violence against the perpetrator until he begins his attack. Ayres to the contrary notwithstanding, this is by no means equivalent to the claim that "'proportional limits' (should be) applied to self-defense."

Here are Rothbard's actual words:

*How extensive is a man's right of self-defense of person and property? The basic answer must be: up to the point at which he begins to infringe upon the property rights of someone else. For, in that case, his 'defense' would in itself constitute a criminal invasion of the just property of some other man, which the latter could properly defend himself against.<sup>17</sup>*

There is not a scintilla of "proportionality" involved here, again, contrary to Ayres' interpretation. All Rothbard is saying is that defensive violence may not be employed unless and until the perpetrator initiates a rights violation.

Compare and contrast this with what Ayres has Rothbard saying:

*Furthermore, he (Rothbard) adds that if a victim extrapolates these limits, then the victim's so-called 'defense' would actually "in itself constitute a criminal invasion of the property of some other man, [who, in turn,] could properly defend himself against" the victim's excessive 'defense'. **Thus, the prohibition against an extrapolation of force beyond 'proportional limits' is the same, either during self-defense or punishment.**<sup>18</sup> (Emphasis added by present author)*

This is an improper interpretation.

Here is a third try on the part of our author. No, scratch that. Rather, it is an explicit concession that Mr. Libertarian says no such thing: "although Rothbard doesn't explicitly call it by its name, he is clearly describing proportionality."<sup>19</sup> If Rothbard meant that the victim of a crime should limit his response to a proportional one, he would have said so. Ayres is in effect confessing that he is mistaken about Rothbard's views.

<sup>16</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 414.

<sup>17</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 77. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>

<sup>18</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 414.

<sup>19</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 415.

Is this so important? Yes and no. Yes it is important to be accurate in assessing anyone's views, certainly those of a world-class theoretician such as Murray N. Rothbard. But no, since we are scholars and do not adhere to the informal fallacy of argument from authority. Yes, Rothbard is certainly an authority on libertarian issues.<sup>20</sup> However, suppose Ayres, contrary to fact conditional coming up so beware, is correct in his claim that in Rothbard's view, proportionality is appropriate not only for punishment, but also for defense. That still does not render this truthful. For Rothbard is only human, and all members of our species sometimes err. If, and to the degree that Rothbard actually championed this position, he was just plain wrong.

We can tread lightly over section 4 of this paper, "The underlying principle of crime" since Ayres devotes this to a comparison of "Block's gentleness and Rothbard's proportionality"<sup>21</sup> and this author simply does not understand the latter.<sup>22</sup> Let me, however, comment on just one claim of his herein: his goal "...to fully expose how closely tied together self-defense and punishment actually are."<sup>23</sup> They are not at all that "closely tied." If the only way to stop the "bubble gum thief"<sup>24</sup> is to kill him, that would be justified under libertarian law, at least in the manner in which I understand it. However, the punishment for stealing one piece of bubble gum would come nowhere near a compulsory death sentence. That is not "too close" indeed.

In his section 5 "How harmful can a bubble gum thief really be?" Ayres writes as follows:

*The first time Rothbard mentions the bubble gum theft example is in his chapter on Self-defense. He uses it to argue against maximalism in self-defense, a position Rothbard deems to suffer 'from a grotesque lack of proportion'. Notice that he is talking about proportion in self-defense, not 'gentleness' nor 'punishment.'*<sup>25</sup>

This will not suffice, but I acknowledge this is Ayres' best example of Rothbard maintaining proportionality not only for punishment, but, also, for defense; here is the full quote in context:

*... must we go along with those libertarians who claim that a storekeeper has the right to kill a lad as punishment for snatching a piece of his bubble gum? What we might call*

<sup>20</sup> And much more of course, certainly including economics and history, and, again, much else.

<sup>21</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 415.

<sup>22</sup> At least not so far.

<sup>23</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 416.

<sup>24</sup> Or any other minor pilferage crime. Wimp that I am, I make an exception for children, however.

<sup>25</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 418.

*the 'maximalist' position goes as follows: by stealing the bubble gum, the urchin puts himself outside the law. He demonstrates by his action that he does not hold or respect the correct theory of property rights. Therefore, he loses all of his rights, and the storekeeper is within his rights to kill the lad in retaliation.*

*I propose that this position suffers from a grotesque lack of **proportion**. By concentrating on the storekeeper's right to his bubble gum, it totally ignores another highly precious property-right: every man's including the urchin's- right of self-ownership. On what basis must we hold that a minuscule invasion of another's property lays one forfeit to the total loss of one's own? I propose another fundamental rule regarding crime: the criminal, or invader, loses his own right to the extent that he has deprived another man of his. If a man deprives another man of some of his self-ownership or its extension in physical property, to that extent does he lose his own rights. From this principle immediately derives the **proportionality** theory of punishment-best summed up in the old adage: 'let the punishment fit the crime.'*

*We conclude that the shopkeeper's shooting of the erring lad went beyond this **proportionate** loss of rights, to wounding or killing the criminal; this going beyond is in itself an invasion of the property right in his own person of the bubble gum thief. In fact, the storekeeper has become a far greater criminal than the thief, for he has killed or wounded his victim-a far graver invasion of another's rights than the original shoplifting.<sup>26</sup> (emphasis added)*

There are several problems, even here, with Ayres' interpretation. First, Rothbard mentions "lad" and "urchin". This means "children". But, wuss that I am, I have already acknowledged that children set up special problems for libertarian theory, as they do for all philosophies of law. Second, I have italicized all of Rothbard's uses of "proportion" words. In none of the three instances, is he using any of these words in the manner that Ayres keeps trying to shove down his throat. In all three cases, Rothbard is using this word as a synonym for "appropriate" or "proper" or "suitable" or "fitting", etc.<sup>27</sup> In none of these three cases can Rothbard be properly interpreted along the lines set out for him by Ayres.

Here is a powerful argument against our author. It is a contrary to fact hypothetical. Let us ask Rothbard this hypothetical question: Suppose that the bubble gum thief is clearly an adult; no children are involved. And the only way he can be kept from this robbery is to shoot him to death. Whose 'rights' matter more? Those of the store owner, over this miniscule property of his, or those of the robber, in his own life? That is, may

<sup>26</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 80-81. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

<sup>27</sup> The reader is invited to try this as an experiment: substitute any of these synonyms for the "proportionate" word, and see if it changes the meaning of what he says. It will not.

the grocer shoot him in the back, if need be, or, must he allow himself to suffer from this stealing?

I know not what answers others will give, but in my understanding of libertarianism, matters are very clear.<sup>28</sup> Hooligans, beware.<sup>29</sup>

Nothing loath, and intent upon perverting Rothbard's views, our author tries once again, and quotes Rothbard:

*a criminal would only lose his right to life if he had first deprived some victim of that same right. it would not be permissible, then, for a merchant whose bubble gum had been stolen, to execute the convicted bubble gum thief. If he did so, then he, the merchant, would be an unjustifiable murderer, who could be brought to the bar of justice by the heirs or assigns of the bubble gum thief.*<sup>30</sup>

But, as is his wont' Ayres again puts words into Rothbard's mouth. He neglects to quote the sentence immediately preceding the material he quotes. This reads as follows: "Thus, it should be quite clear that, under libertarian law, capital punishment would have to be confined strictly to the crime of murder. For a criminal would only lose his right to life..."<sup>31</sup> Thus, clearly, Rothbard is now speaking of punishment, *not* defense against criminality.<sup>32</sup>

We now arrive at section 6. "Positive defense or negative offense?" Here Ayres maintains that my theory of "gentleness" logically implies that the "criminal has the positive right of being treated in the gentlest way possible." Since this author and I both agree that in libertarianism there are only negative, not positive rights, it would appear that I have some "splaining" to do. I do not at all agree that stopping a criminal with rubber rather than lead bullets is an instance of the perpetrator having a positive right to be treated in a gentle manner. Rather this stems from the non-aggression principle. All people, criminals certainly included, retain some rights; there is not a total abnegation of rights for them. To the extent that the victim's defense exceeds the bounds of "gentleness" he is violating the negative rights of the culprit, which the latter still retains.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> But see below for a direct quote from Rothbard concerning "looters."

<sup>29</sup> This sounds callous, even to my hardened ears. However, if robbery is allowed, our entire civilization is at risk. Many more people will perish if the crook is given carte blanche, even under these limited circumstances. So, the real callousness lies in the direction of not supporting private property rights in bubble gum, of all things. As the Reverend Niemoller might have said, "First they came for the bubble gum..."

<sup>30</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

<sup>31</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 85. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

<sup>32</sup> We must award Ayres an "A" for effort, but not for accuracy.

<sup>33</sup> States our author: "to arbitrarily force one legitimate method of defense over another is to impose a positive obligation, and contrary to the spirit of the Libertarian code of law." This is not the first instance in which one of my views has been characterized and castigated as supporting the evil and fallacious doctrine of

*Since Block addresses the same type of 'petty theft' examples as the one discussed by Rothbard, I'll show Block's rendition in its entirety. Thus, we'll be able to compare how both proposals, gentleness and proportionality, address to the same scenario:*

*I speak only for myself when I say that the only time this would be justified is if the only way the shopkeeper could stop the theft is by shooting. For example, he might be a paraplegic with only the trigger finger functioning. For the libertarian, property rights are sacrosanct. We cannot support children stealing candy bars; if we do, utilitarian point coming up, the practice will become widespread. Assuming the child is young enough not to constitute a threat, the mighty presumption is that the able-bodied property owner will be able to stop the theft with far less violence than the proverbial shot in the back; certainly, such a baby constitutes no threat of bodily harm. The reason he may do so to an adult, or, even, an armed child, is that, then, there is a threat of dire consequences, and if property rights are to be upheld, then force, yes, deadly force, is justified.*

*Indeed, we call all rejoice that Block speaks only for himself! While he is correct in stating that property rights are sacrosanct for libertarianism, he is wrong in extending this*

---

positive rights. This occurred, too, with my analysis of whether a couple would be free to starve their baby after bringing him home from the hospital from whence he was born. The parents are not, at least not explicitly, violation of the non-aggression principle (NAP). They are not murdering him. They merely refuse to feed him, and he dies. My claim is that they are still criminals, murderers. They have an obligation, if they do not wish to care for him, to bring him to an orphanage, a hospital, a police station, etc., so that others may care for him. For an explanation of why this does not count as a positive obligation on the part of the parents, see: BLOCK, Walter E. *Toward a Libertarian Theory of Abortion*. In: Rothbard, Murray N. **The Libertarian Forum**. Volume 2: 1976-1984. Auburn: Mises Institute, 2006 [1977]. Available at: <[http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977\\_09.pdf](http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977_09.pdf)>; BLOCK, Walter E. **Stem Cell Research: The Libertarian Compromise**. September 3, 2001. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/block/block5.html>>; BLOCK, Walter E. *Libertarianism vs. Objectivism; A Response to Peter Schwartz*. **Reason Papers**, Tempe, vol. 26, p. 29-62, jun./aug. 2003. Available at: <[https://reasonpapers.com/pdf/26/rp\\_26.pdf](https://reasonpapers.com/pdf/26/rp_26.pdf)>; BLOCK, Walter E. *Libertarianism, Positive Obligations and Property Abandonment: Children's Rights*. **International Journal of Social Economics**, Bingley, vol. 31, n. 3, p. 275-286, 2004; BLOCK, Walter E. *Homesteading, ad coelum, owning views and forestalling*. **The Social Sciences**, Faisalabad, vol. 3, n. 2, p. 96-103, 2008. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1890872](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890872)>; BLOCK, Walter E. *A libertarian perspective on the stem cell debate: compromising the uncompromisable*. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, vol. 35, n. 4, p. 429-448, aug. 2010. Available at: <<https://academic.oup.com/jmp/issue/35/4>>; BLOCK, Walter E. *Van Dun on Freedom and Property: A Critique*. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, n. 4, 2010; BLOCK, Walter E. *Response to Jakobsson on human body shields*. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, article n. 25, p. 1-9, 2010. Available at: <[https://cdn.mises.org/-2-25\\_2.pdf](https://cdn.mises.org/-2-25_2.pdf)>; BLOCK, Walter E. *Response to Wisniewski on Abortion, Round Two*. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 4, p. 1-13, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-4.pdf>>; BLOCK, Walter E. *Terri Schiavo*. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 527-536, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_26.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_26.pdf)>; BLOCK, Walter E. *The Human Body Shield*. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 625-630, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_30.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_30.pdf)>; BLOCK, Walter E. *Forestalling, positive obligations and the Lockean and Blockian provisos: Rejoinder to Stephan Kinsella*. **Ekonomia Wroclaw Economic Review**, Wroclaw, vol. 22, n. 3, p. 27-41, 2016; BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. *Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy*. **Appalachian Law Review**, vol. 4, n. 2, p. 1-45, 2005; BLOCK, Walter E.; EPSTEIN, Richard. *Debate on Eminent Domain*. **NYU Journal of Law & Liberty**, New York, vol. 1, n. 3, pp. 1144-1169, 2005. Available at: <[https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060927.pdf](https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060927.pdf)>. Hint: this concerns forestalling and precluding. I articulate this in my bagel or donut theory.

*characteristic to the rights of defense. Actually, these two types or rights are different aspects of Libertarianism. While property rights are absolute, the rights of defense must always be proportionally relative to the crime against which it is reacting. Therefore, an absolute defensive reaction would only be legitimate against an absolute criminal action.*<sup>34</sup>

Our author then sets up a challenge to me:

*In order to expose the mistake in Block's deduction, I will use as a counter-example an analogous 'petty theft' scenario which he used elsewhere. This time, Block claims that the (in)justice of a punishment is not affected by the eventual consequences of actually applying that punishment, whatever it may be.*

*He asks us to suppose that a \$100 fine is to be deemed a just and proportionate punishment against the crime of stealing a candy bar. If that's so, "justice thought the heavens fall" - says Block. According to him, it wouldn't matter if fifty 'proverbial' people simply "perish" as a consequence of actually punishing the criminal because "proportionality applies to ex post punishment, but not at all to ex ante violations of the NAP. QED". Unfortunately for him, that's not a 'demonstration' at all!*

*Abstract hypotheticals oftentimes lack the concreteness needed for making valid analogies. In this specific case, what exactly does Block mean when he says that fifty people will "perish"? This omitted information is pivotal for us to judge his hypothetical example. After all, people don't magically vanish all of a sudden.*<sup>35</sup>

The difficulty here is that I have already clearly explained this.<sup>36</sup> If he had a specific objection, I would try to counter it here. As he only asks "what exactly does Block mean" I will content myself by referring him to a rereading of this essay of mine.

My critic then launches this reproach of me:

*I believe that Block's greatest mistake lies in his emphasis on the positive rights of self-defense. Whereas, in truth, the aspect of property rights which libertarian law declares as sacrosanct is actually is the negative prohibition of aggressive offenses against the innocent. In other words, libertarianism is above all 'against crime', not 'for defense.'*<sup>37</sup>

<sup>34</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 418.

<sup>35</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 422.

<sup>36</sup> BLOCK, Walter E. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 4, p. 1-13, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-4.pdf>>. I just reread this and am tempted to say, "explained this brilliantly" but I will forebear.

<sup>37</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 422.



My response? I simply do not understand what he is talking about. Surely, all libertarians both oppose crime as well as favor defense? Perhaps if he had offered an illustrative example, this would have clarified matters.

Next in the batter's box is this complaint:

*Indeed, negative prohibition is the hallmark of libertarian law. Rothbard is crystal clear when it comes to the 'negative limits' of defensive force in the following passage: 'the rule prohibiting violence against the persons or property of innocent men is absolute; it holds regardless of the subjective motives for the aggression.' This rule is nothing more than the NAP. Thus, it holds even if the subjective motive for using aggressive violence is the that of preserving one's own property rights in the course of self-defense.<sup>38</sup>*

It is not clear to me where in my analysis of evictionism I justify the use of violence against innocent people; a linkage in this regard would have been helpful. However, in another context, I do indeed justify such behavior, despite Rothbard's "crystal clarity" to the effect that it is always unjustified. I fear that Ayres is under the impression that Rothbard is the only libertarian worth mentioning. He does indeed deserve the appellation of being "Mr. Libertarian." His contributions to our philosophy are nothing less than astounding. But not all others are obliged to agree with him in every jot and tittle. In any case, in my series on "negative homesteading" I do indeed offer arguments that are incompatible with Rothbard's view of this matter. To wit, I claim that if A grabs totally innocent B, and hides behind him, while shooting at equally innocent C, then the latter has the right to shoot back at A, even if the only way he can get to him is by putting a bullet through the body of innocent B.<sup>39</sup> This runs counter to this statement of Rothbard's, "any aggressive attack against an innocent person - even for defensive reasons and even to uphold property rights - is illegitimate,"<sup>40</sup> as Ayres correctly sees.

We now respond to section 7 of Ayres' paper: "Innocence: relative or absolute?" Here, Ayres' assessment of Rothbard is entirely correct. But, he might well be advised to think for himself. Just because Rothbard says something does not necessarily make it right. And in this case of violating the rights of innocents in order to save yourself, he is wrong, as I have previously indicated.

<sup>38</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 422.

<sup>39</sup> See on this: BLOCK, Walter E. Response to Jakobsson on human body shields. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, article 25, p. 1-9, 2010. Available at: <[https://cdn.mises.org/-2-25\\_2.pdf](https://cdn.mises.org/-2-25_2.pdf)>; BLOCK, Walter E. The Human Body Shield. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 625-630, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_30.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_30.pdf)>; BLOCK, Walter E. Human shields, missiles, negative homesteading and libertarianism. **Ekonomia Wroclaw Economic Review**, Wroclaw, vol. 25, n. 1, p. 9- 22, 2019.

<sup>40</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 423.

Forget about bubble gum for the moment. Let us consider the latest type of crime prevalent in the US: smash and grab. Groups of people<sup>41</sup> invade a store and make off with whatever therein that is not nailed down. Would Rothbard really support their depredations, if the only way to stop them would be to shoot them? What about “shoot the looters” a popular refrain in times of unrest in all civilized societies?

Here is Rothbard’s view on this matter:

*The crucial point is that whether the motivation or the goal is rage, kicks, or loot, the rioters, with a devotion to present gratification as against future concerns, engaged in the joys of beating, robbing, and burning, and of massive theft, because they saw they could get away with it. Devotion to the sanctity of person and property is not part of their value-system. That’s why, in the short term, all we can do is shoot the looters and incarcerate the rioters.<sup>42</sup>*

How is that for proportionality in active defense, Ayres?

On the other hand, to be fair to my debating partner, here is Rothbard with a very different point of view:

*Those libertarians who favor maximum force to stop looting had best reconsider their position. Would they, for example, favor executing a young lad who steals an apple from a fruit stand? If not, why not? Are not property rights sacred?*

*The confusion here comes not from a disagreement on the right of the merchant to his property, but from an absence, among libertarians, of a well-thought-out theory of punishing invasions of that property right. . . . I believe that everyone has the right to use violence in defense of his property against invasion, but only in some kind of proportion to the crime itself. Any punishment must be limited to being proportionate to the crime; in the old phrase, “let the punishment fit the crime.” Therefore, if a man is attacked by a criminal and his life is in danger, he has, in my view, a perfect right to defend himself by any means necessary, up to and including the killing of the attacker. But if a merchant sees a kid running off with his apple, he has no right whatever to shoot that kid, because that would be tantamount to capital punishment for a minor property offense; the punishment would be grossly disproportionate, to such an extent that the merchant himself would then be an invader of the right of the looting kid to his own person and his own life. The merchant would then be an unjustified murderer.*

<sup>41</sup> They are adults, not children

<sup>42</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 67. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

*Hence, the use of lethal weapons in self-defense, or in defense of others, is only morally justifiable if the victim's life is in danger. If it is not, then such excessive violence is in itself just as criminal and invasive of the looter's right to life as is any other capital crime.*<sup>43</sup>

Score one point for Ayres in my debate with him on this matter. No, better make that two points! Maybe even three.

I think the most accurate assessment of Rothbard on proportional defense is that he was confused. This most recent statement can be interpreted as a blatant contradiction of the one presently previously. But, even here, within this statement, he seems a bit muddled. Remember, he is still discussing “a young lad.” Why would he do that if not to acquiesce in the well-established libertarian view that exceptions are properly made for children?<sup>44</sup>

Next, let us consider section 8 of this paper, “Proportional retribution or gentle deterrence?” Ayres makes hay while the sun shines about my more than Draconian support for shooting child criminals:

*For example, in Block's rendition of the bubble gum theft there is the consequentialist claim that “we cannot support children stealing candy bars; if we do, utilitarian point coming up, the practice will become widespread”<sup>61</sup>. Yes, Block seriously brings this ‘ominous’ scenario of widespread candy theft as a justification for allowing clerks to ‘gently’ shoot children in the back<sup>62, 45</sup>*

He continues:

*That is to say only if the clerk had ‘gently’ escalated up to the point when shooting becomes the only effective way to defend his precious bubble gum, of course. After all, Block is quite moderate with his gentle maximalism, unlike the ‘pure maximalism’ of those extremists who allows people to immediately shoot children in the back without even giving a fair warning. But then again, even Draco seems gentle when compared to those full-blown Maximalists.<sup>46</sup>*

Were it up to him, when Jean Valjean stole that loaf of bread to feed his starving child, Judge Ayres would have either let him off with a slap on the wrist, or, perhaps, even, given him a medal. But what would then happen is that bakers would leave their

<sup>43</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

<sup>44</sup> For example, courts will properly set aside contracts made by underaged children.

<sup>45</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 425.

<sup>46</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 425.

ovens and masses of children, and adults too, would starve to death. Hazlitt<sup>47</sup> advises us to look at any public policy not only for the immediate effects, but the long run ones too; not only for the implications of one person, but all people. Ayres would be wise to study up on this economic tractate.

But our author is not without a rejoinder. He writes:

*First of all, there is no doubt that in Libertarianism any theft is illegitimate. But, since Block brought up the issue of consequentialist claims, allow me to address it briefly. To be frank, realistically speaking, so what if juvenile candy theft becomes 'rampant'? In the worst-case scenario, shops would simply stop selling candy in places that are accessible to children. There we go, the problem is solved and society is saved. The truth is that, contrarily to Block's beliefs, we certainly could support some juvenile theft without having to kill any children in order to prevent the fall of all civil society.*<sup>48</sup>

Ayres is correct on one matter: deontology is more important to libertarianism, far more important, than mere utilitarian considerations. I mention them only to take the sting out of, and rebut the charge of callousness, in my harsh response to child theft. For the deontological libertarian, the only issue is that a rights violation has occurred.<sup>49</sup>

But the actual results of such a policy, I think, would be far more serious than in Ayres view. First of all, these children grow up. Who says that habits ingrained in their youths, to the effect that stealing may not be defended against, will entirely vanish? Second, this message says in effect that robbery is not to be opposed, at least not when undertaken by children. But, then, surely, other groups will try to pile on the bandwagon: the handicapped, those discriminated against, etc. Again, I urge a perusal of Hazlitt for Ayres.<sup>50</sup>

Ayres makes great play with this excellent analysis of Rothbard's against justifying punishment on the basis of deterrence:

<sup>47</sup> HAZLITT, Henry. **Economics in One Lesson**. Auburn: Mises Institute, 2008 [1946]. Available at: <[http://mises.org/books/economics\\_in\\_one\\_lesson\\_hazlitt.pdf](http://mises.org/books/economics_in_one_lesson_hazlitt.pdf)>.

<sup>48</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 425.

<sup>49</sup> My favorite example to illustrate this point is the following: an innocent black man is in jail, falsely accused of raping a white woman. An unruly mob demands of the sheriff that he turn this prisoner over to them for immediate "justice" with a rope. If he acquiesces, one innocent person will die. If the sheriff upholds real justice and refuses to comply with this demand, he, along with his prisoner, half the vicious mob, and dozens of innocent passersby townfolk will perish in the ensuing melee. Would the consistent libertarian give into this demand? Of course not. Death before dishonor. What about the negative utilitarian precedent this would set up? We can ignore that by assuming that the world ends one second after this episode.

<sup>50</sup> Moreover, where are the parents in this scenario? Let one "rugrat" be shot, and the guardians of all of them would likely take harsh steps to nip this behavior in the bud. Another point: decent people would be so outraged by anyone shooting a child to defend against pilferage that this alone would render such behavior almost inconceivable. Yes, yes, I am fully aware of the fact that this is a utilitarian consideration. But, I insist, it is not totally irrelevant to libertarianism. We do try to establish, after all, the righteousness leads to happiness.

*If there were no punishment for crime at all, a great number of people would commit petty theft, such as stealing fruit from a fruit-stand. On the other hand, most people have a far greater built-in inner objection to themselves committing murder than they have to petty shoplifting, and would be far less apt to commit the grosser crime. Therefore, if the object of punishment is to deter from crime, then a far greater punishment would be required for preventing shoplifting than for preventing murder, a system that goes against most people's ethical standards. As a result, with deterrence as the criterion there would have to be stringent capital punishment for petty thievery - for the theft of bubble gum - while murderers might only incur the penalty of a few months in jail.<sup>51</sup>*

However, this does not at all apply to anything I have written. First of all, Rothbard is now talking about punishment, not defense. Evidently, Ayres see such a great connection between these two he does not even distinguish between them. Secondly, I am not at all basing my analysis of proper defense behavior on deterrence, as Ayres implies. I am a deontologist, not a utilitarian. I merely mention this in passing. Are deontologists to be forbidden to mention practical implications of different laws?

I conclude my examination of this paper by commenting on Ayres' section 10 "Proportional evictionism or gentle abortion?"

At long last we arrive at the main goal of Ayres: to demonstrate that my views on evictionism, abortion, the pro-life and pro-choice positions are all wrong. What has so far been discussed is only preliminary to this goal. I greatly looked forward to learning precisely where I erred in this analysis of mine. In the event, I was sorely disappointed. He says not one word of substantive criticism of my examination of this issue. Rather, he avers: "I have not as of yet addressed the issue of Evictionism per se nor have I argued in against indirectly deadly evictions."<sup>52</sup> Well, I along with many others will wait with bated breath for his promised two follow up essays exposing my numerous and serious blunders on this topic. In the meantime, I shall have to be content with responding to his views regarding my present defense of person and property.

## REFERENCES

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

<sup>51</sup> ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. p. 93. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.

<sup>52</sup> AYRES, Cedric John. Proportionality trumps gentleness: reforming Block's evictionism (part I). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 407-433, maio/ago. 2021. p. 430.

BLOCK, Walter E. Libertarianism vs. Objectivism; A Response to Peter Schwartz. **Reason Papers**, Tempe, vol. 26, p. 29-62, jun./aug. 2003. Available at: < [https://reasonpapers.com/pdf/26/rp\\_26.pdf](https://reasonpapers.com/pdf/26/rp_26.pdf)>.

BLOCK, Walter E. Should abortion be criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on Abortion. **FBIM Transactions**, Belgrade, vol. 2, n. 1, p. 33-44, jan. 2014.

BLOCK, Walter E. A libertarian perspective on the stem cell debate: compromising the uncompromisable. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, vol. 35, n. 4, p. 429-448, aug. 2010. Available at: <<https://academic.oup.com/jmp/issue/35/4>>.

BLOCK, Walter E. **A Not So Funny Thing Happened to Me in Tampa**. August 30, 2012. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/block/block208.html>>.

BLOCK, Walter E. Abortion, Woman and Fetus: Rights in Conflict? **Reason**, vol. 9, n. 12, April, p. 18-25, 1978.

BLOCK, Walter E. Evictionism and Libertarianism. **Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, vol. 39, n. 3, p. 248-257, jun. 2014.

BLOCK, Walter E. **Evictionism: The compromise solution to the pro-life pro-choice debate controversy**. New York: Springer Publishing Company, 2021.

BLOCK, Walter E. Forestalling, positive obligations and the Lockean and Blockian provisos: Rejoinder to Stephan Kinsella. **Ekonomia Wroclaw Economic Review**, Wrocław, vol. 22, n. 3, p. 27-41, 2016.

BLOCK, Walter E. Homesteading, ad coelum, owning views and forestalling. **The Social Sciences**, Faisalabad, vol. 3, n. 2, p. 96-103, 2008. Available at: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1890872](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890872)>.

BLOCK, Walter E. Human shields, missiles, negative homesteading and libertarianism. **Ekonomia Wroclaw Economic Review**, Wrocław, vol. 25, n. 1, p. 9- 22, 2019.

BLOCK, Walter E. Judith Jarvis Thomson on abortion; a libertarian critique. **DePaul Journal of Health Care Law**, Chicago, vol. 19, n. 1, article n. 3, p. 1-17, mar./jun. 2017.

BLOCK, Walter E. Libertarianism, Positive Obligations and Property Abandonment: Children's Rights. **International Journal of Social Economics**, Bingley, vol. 31, n. 3, p. 275-286, 2004.

BLOCK, Walter E. Response to Jakobsson on human body shields. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, article n. 25, p. 1-9, 2010. Available at: <[https://cdn.mises.org/-2-25\\_2.pdf](https://cdn.mises.org/-2-25_2.pdf)>.

BLOCK, Walter E. Response to Wisniewski on Abortion, Round Two. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 4, p. 1-13, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-4.pdf>>.

BLOCK, Walter E. **Stem Cell Research: The Libertarian Compromise**. September 3, 2001. Available at: <<http://archive.lewrockwell.com/block/block5.html>>.

BLOCK, Walter E. Terri Schiavo. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 527-536, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_26.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_26.pdf)>.

BLOCK, Walter E. The Human Body Shield. **Journal of Libertarian Studies**, Auburn, vol. 22, n. 1, p. 625-630, 2011. Available at: <[https://cdn.mises.org/22\\_1\\_30.pdf](https://cdn.mises.org/22_1_30.pdf)>.

BLOCK, Walter E. Toward a Libertarian Theory of Abortion. In: Rothbard, Murray N. **The Libertarian Forum**. Volume 2: 1976-1984. Auburn: Mises Institute, 2006 [1977]. Available at: <[http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977\\_09.pdf](http://www.mises.org/journals/lf/1977/1977_09.pdf)>.

BLOCK, Walter E. Toward a libertarian theory of evictionism. **Journal of Family and Economic Issues**, vol 35, n. 2, p. 290-294, jun. 2014.

BLOCK, Walter E. Van Dun on Freedom and Property: A Critique. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 2, n. 4, 2010.

BLOCK, Walter E.; EPSTEIN, Richard. Debate on Eminent Domain. **NYU Journal of Law & Liberty**, New York, vol. 1, n. 3, pp. 1144-1169, 2005. Available at: <[https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060927.pdf](https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060927.pdf)>.

BLOCK, Walter E.; WHITEHEAD, Roy. Compromising the Uncompromisable: A Private Property Rights Approach to Resolving the Abortion Controversy. **Appalachian Law Review**, vol. 4, n. 2, p. 1-45, 2005.

DYKE, Jeremiah; BLOCK, Walter E. Explorations in Property Rights: Conjoined Twins. **Libertarian Papers**, Auburn, vol. 3, article n. 38, p. 1-18, 2011. Available at: <<http://libertarianpapers.org/38-explorations-property-rights-conjoined-twins/>>.

HAZLITT, Henry. **Economics in One Lesson**. Auburn: Mises Institute, 2008 [1946]. Available at: <[http://mises.org/books/economics\\_in\\_one\\_lesson\\_hazlitt.pdf](http://mises.org/books/economics_in_one_lesson_hazlitt.pdf)>.

ROTHBARD, Murray N. **The Ethics of Liberty**. New York: New York University Press, 1998 [1982]. Available at: <<https://cdn.mises.org/The%20Ethics%20of%20Liberty%2020191108.pdf>>.







## Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good

### *Apontando a falsa autonomia dos Municípios brasileiros: a “qualidade da Federação” traçada pelo Estado de Direito e seu impacto na promoção do bem comum*

MÁRTIN HAEBERLIN <sup>I,\*</sup>

<sup>I</sup> Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS, Brasil)  
mphaeberlin@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0003-3101-5419>

ALEXANDRE PASQUALINI <sup>II,\*\*</sup>

<sup>II</sup> Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público (Porto Alegre-RS, Brasil)  
alepaz@terra.com.br  
<https://orcid.org/0000-0001-7838-2473>

**Recebido/Received:** 18.07.2022 / 18 July 2022

**Aprovado/Approved:** 17.11.2022 / 17 November 2022

#### Abstract

This paper addresses the problem of promoting the common good at the local governments. To demonstrate how Law should be seen primarily to a positive task (human flourishing), and to show how enactment and implementation of rights are strictly connected, it is presented the hypothesis in which the “quality of the

#### Resumo

*Este artigo aborda o problema da promoção do bem comum nos governos locais. Para demonstrar como o Direito deve ser visto primordialmente como uma tarefa positiva (emancipação humana), e para mostrar como a promulgação e implementação de direitos estão intimamente ligados, é apresentada a hipótese em que a “qualidade da*

Como citar esse artigo/How to cite this article: HAEBERLIN, Martín; PASQUALINI, Alexandre. Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 515-542, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86810.

\* Professor da Graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor em Direito (PUCRS), com período sanduíche na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Mestre em Direito do Estado (PUCRS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Realizou estudos de pós-doutorado no PPG em Economia da UFRGS. Pesquisador Visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Desenvolveu pesquisas com fomento da CAPES (2006, 2013 e 2016-2019), do CNPq (2005-2006), Probolsa-PUCRS (2011-2014) e Instituto Anima (2021-atual). E-mail: mphaeberlin@gmail.com.

\*\* Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público – IBRAED (Porto Alegre-RS, Brasil). Mestre em Direito do Estado (PUCRS). Graduado em Direito (UFRGS). Professor de Direito Administrativo. Coordenador Geral da Revista Interesse Público. E-mail: alepaz@terra.com.br.

Federation" (arrangement of competences, goods and incomes drawn in a Federal Rule of Law) is determinant in shaping a linear relation between the "ends elected" by a given community and the "means purposed" by the State administration to fulfill those ends. In this sense, the paper is divided in two sections, each one conducted from methodology of literary review and data analysis. The first section deals with the concept of common good and the perspective of using indicators to measure it. The second section takes the example of Brazilian Federation arrangement drawn in its Constitution to demonstrate the hypothesis. In the end, it is concluded that Brazil lives a false autonomy at the Municipalities level, and this false autonomy constitutionally designed can be a cause of genetic problems in achieving a dynamic of the common good.

**Keywords:** municipalities; local government; common good; autonomy; federalism.

*Federação" (arranjo de competências, bens e receitas obtidos em um Estado de Direito federal) é determinante na formação de uma relação linear entre os "fins eleitos" por uma determinada comunidade e os "meios propostos" pela administração do Estado para cumprir esses fins. Nesse sentido, o artigo está dividido em duas seções, cada uma delas conduzida a partir de metodologia de revisão literária e análise de dados. A primeira seção trata do conceito de bem comum e da perspectiva de utilização de indicadores para medi-lo. A segunda seção toma o exemplo do arranjo federativo brasileiro traçado em sua Constituição para demonstrar a hipótese. Ao final, conclui-se que o Brasil vive uma falsa autonomia no âmbito municipal, sendo que essa falsa autonomia desenhada constitucionalmente pode ser uma causa de problemas genéticos em alcançar uma dinâmica do bem comum.*

**Palavras-chave:** municípios; governo local; bem comum; autonomia; federalismo.

## CONTENTS

**1.** Introduction; **2.** Common good, Rule of Law and the relation between elected ends and purposed means in a given community; **2.1.** Common good as the result of a linear relation between means and ends; **2.2.** Common good along with State actions and people's actions; **2.3.** The role of Rule of Law in uniting State and people's actions: three factors to be considered in measuring the common good in the normative dimension of Justice; **3.** The causal link between "quality of the nexus of the common good" and "quality of the Federation": the vindication of local government autonomy demonstrated with a grounding problem in Brazilian cooperative federalism; **3.1.** Common good in a Federal State: Brazil, cooperative federalism and the role of local government (Municipalities); **3.2.** Constitutional competences and local development in Brazilian Federal Constitution; **3.3.** The "false autonomy" of Municipalities in Brazil: understanding the grounding problem in Brazilian cooperative federalism and its negative effects on promoting the common good with a necessary ends-means (competences-resources) comparison; **4.** Conclusion; **5.** References.

## 1. INTRODUCTION

Between 2017 and 2018, 25 scholars from different parts of the world and areas of knowledge were invited to work in a project about the matrix of common good dynamics. That gathering also originated the "*Instituto Promotor del Bien Común*"<sup>1</sup>, whose academic goal was to create a metric of the common good's dynamic at the Municipalities level and whose technical goal was the elaboration of proposals to assist local governments with the creation of public management instruments for the common

<sup>1</sup> The institute's lines of investigation, as well as the manuscript of some studies can be checked here: <https://upaep.mx/biencomun/#investigacion>. The scope of the projects can be checked here: <https://upaep.mx/proyectosimpacto/competitividad/proyestrategia?idd=59>.

good. The question “what dimensions could an indicator of the common good include?”, around the idea of “Measuring the Common Good”, gave rise to the first of three research seminars, held respectively in Mexico (*Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla*), Spain (*IQS Ramon Llull University*) and the United States (*Notre Dame University*), each having a “Discussion paper” as a working basis. Here we will address some points that appeared in the first<sup>2</sup> (henceforth DP1) and the second<sup>3</sup> (henceforth DP2), both later published in a revised version<sup>4</sup>.

Among several possible approaches to the referred question, this paper will suggest one from a Law perspective. Law was not referred as a normative dimension of the common good at the DP1, which nominated in this category only “Stability”, “Governance” and “Humanity of the nexus”. At the DP2, however, it seems adequate to assume Law was somehow implicitly included, since “Justice” joined the pre-existing dimensions alongside “Agency freedom”, which was also included (it is worth to say “Humanity of the nexus” remained but renamed as “Values of the nexus”). Justice, according to the DP2, has two meaningful tasks: the first, *not to disintegrate*; the second, *to promote a dignified and flourishing life for each and for all*. It is possible to point them, so, respectively, as a negative and a positive task. Usually, as in the cited text, Law is connected only to the negative one, since the basic function of rules is to guarantee basic freedoms and rights.

We intend to demonstrate that Law is also strictly related to the positive task. This demonstration, however, does not appear to clash against the main ideas of the DP2. In fact, to explore this goal some remarks regarding that paper are considered, notably:

- (a) The metric of the common good “*as being first a diagnostic tool aimed at assessing development priorities at the local level*”<sup>5</sup>;
- (b) The nexus of the common good “*teleological dimension*”, which is part of the idea of understanding “*how different ‘commons’ build up and integrate to generate a society*”<sup>6</sup>;

<sup>2</sup> NEBEL, Mathias. **Operationalizing the common good**: Theory, vocabulary and measurement. Discussion paper prepared for the IPBC research seminar. Puebla, 2017. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBCDiscussionpaperIDecember2017.pdf>.

<sup>3</sup> NEBEL, Mathias; DELGADILLO, Jorge Medina. **Measuring the nexus of the common good**. Discussion paper prepared for the IPBC research seminar. Barcelona, 2018. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBCDiscussionpaperIMay2018.pdf>.

<sup>4</sup> The first in *Metafísica y Persona* (NEBEL, Mathias. Operacionalizar el bien común. Teoría, vocabulario y medición. In: **Metafísica y Persona**, n. 20, p. 27-66, sep 2018) and the second in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali* (NEBEL, Mathias; ARBESU-VERDUZCO, Luis Ignacio. A Metric of Common Goods Dynamics. In: **Rivista Internazionale di Scienze Sociali**, n. 4, pp. 383-406, 2020).

<sup>5</sup> DP2, p. 2.

<sup>6</sup> DP2, p. 4.

- (c) Justice as a social function of the dynamic of common good, claiming to look at the *“different processes and institutions by which people have a share to the social goods produced by the nexus”*<sup>7</sup>;
- (d) The importance of Governance built from local toward national level, since *“the common good dynamic starts with real local people and real local problems that must be solved in common”*<sup>8</sup>.

On the other hand, we argue an imprecision in another excerpt of the DP2. When it presents the relation between Justice and human flourishing, it is said that *“[t]o proclaim a constitution is but a very easy task compared to making these rights and freedoms real for each and everyone in the country.”*<sup>9</sup> Despite agreeing with the central argument – i.e., to implement rights is more difficult and important than to enact rights formally –, the passage deserves two observations. First, proclaiming Constitutions, at least well drawn ones, is far from a “very easy task”. Second, the arrangement of enacted formal rights is strictly relevant to their implementation.

To point out Law willing the positive task of Justice, and to show how enaction and implementation are strictly connected, we present the hypothesis in which the Rule of Law – especially when a Constitution draws a Federation arrangement – is determinant in shaping a linear relation between the “ends elected” by a given community and the “means purposed” by the State administration to fulfill those ends. The normative dimension of Justice, in this approach, takes the Law as a tool to go beyond, guaranteeing basic rights and freedoms in order to address human flourishing. Justice, in this view, gains effectiveness when the other four dimensions are fully integrated, because Humanity and Agency are seen as part of the “ends elected” while Governance and Stability are seen as part of the “means purposed”. The assumption here, therefore, is that the “quality of a Federation” provided by the Rule of Law walks hand in hand with the “quality of the nexus of the common good”.

To address these problems, this paper is divided in two parts.

In the first one, covered by Sections 2.1 to 2.3, a comprehensive approach to common good is introduced. From this perspective, the text focuses on what should be regarded as a “good public administration”; one which deals with Government and Stability, considering, first, the necessity to reduce the chain of government actions (means purposed) in order to achieve the basic goals pursued by its citizens (ends elected).

In the second part, covered by Sections 3.1 to 3.3, the quest for the “quality of a Federation” is presented by using a grounding problem in the Brazilian cooperative

---

<sup>7</sup> DP2, p. 6-7.

<sup>8</sup> DP2, p. 10.

<sup>9</sup> DP2, p. 12.

federalism as an example. At this point, the Brazilian Federal Constitution is analysed in order to show how it does not share properly competences and resources around the three levels (central, regional and local government) and how it impacts human flourishing. This problem arises profusely in Municipalities when their assignments, especially the obligations in providing public services, are faced by the powers and by the total amount of revenue belonged or shared with them in accordance with the Constitution.

## 2. COMMON GOOD, RULE OF LAW AND THE RELATION BETWEEN ELECTED ENDS AND PURPOSED MEANS IN A GIVEN COMMUNITY

### 2.1. Common good as the result of a linear causality between means and ends

There is a logical precedence of common good in relation to social values and ends. This is because, when a given community chooses a value or an end, the community is, even if implicitly, suggesting that these serve to their common good. As it would be hard to believe that a community seeks, like Erysichthon, to devour itself, emerges the necessary conclusion that the common good circumscribes the community choice of values and ends. In addition to the controversy over whether society should be a “government of laws” or a “government of men”, an imperative must be reinforced: a community should be governed in adherence to the values and ends of its cradle.

Law originates from this social need to choose values and ends, since the common good “[...] is not based directly on a concrete legal norm; rather, its validity is presupposed to each norm enacted.”<sup>10</sup> While Political Science works with these acts of choice (presupposed validity), Jurisprudence works with the norm enacted as mechanisms capable of guaranteeing the acts of choice. But Law must not be confused with these mechanisms, usually characterized as coercion or authority, because it also represents the power to promote expected behaviors of citizens cooperating with each other. Law is rather found in its capacity to provide tools to the choices people make for their society. Therefore, from the most basic notion of the Rule of Law - regarding, of course, democratic societies -, any exercise of State authority is legally bound to pursuing the common good (or the public interest<sup>11</sup>), which implies a legal dimension in the relation between ends elected and means purposed in any given community.

<sup>10</sup> CALLIESS, Christian. Gemeinwohl in der Europäischen Union – Über den Staaten-und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund. In: Brugger, Winfried; Kirste, Stephan; Anderheiden, Michael (ed.). **Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt**. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, n. 24. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 176. Free translation of the original sentence: “[...] basiert nicht unmittelbar auf einer konkreten positivrechtlichen Norm; seine Geltung liegt insofern zunächst einmal jeder Positivierung voraus.”

<sup>11</sup> We understand, as a presupposition of this work, that the expressions “public interest” and “common good” have an ontological parity, differing only methodologically.

Since the ends elected by contemporary societies are commonly rooted in legal documents such as a Constitution or statutes, the State action is not absolutely discretionary. States, considering the competences of each government level, must adopt means to fulfill these written ends in accordance to their written possibilities (autonomies). In other words, Law, through legal documents, enforces linear causality between means and ends, but also settles formal frameworks to this assignment.

The importance of Law and its mechanisms in promoting the common good cannot be neglected. However, this legal dimension of the problem must never be analysed alone either.

Peter Häberle, in a classic German legal doctrine<sup>12</sup>, proposed a practical autonomy of legal work dealing with the problem of what “public interest” means. He sought to consider legislative, administrative, and jurisdictional functions by subtracting political, economic, or philosophical conjunctions. His study set the tone for several later works in continental (Eurocentric) law.

We take a clearly different path here. Our premise is that the notion of common good (or public interest) is emptied when one suggests a practical autonomy of legal work in tackling the question of its meaning. At this point, we agree that “[c]oercion is not the basis of the Rule of Law” and that “[c]ollective habits and virtues can’t be just proclaimed by law.”<sup>13</sup> Unlike Häberle, we suggest a transdisciplinary work, considering that “the concern for the common good is not restricted to law.”<sup>14</sup> Indeed, as affirmed by Ernst Fraenckel<sup>15</sup>, common good is an outcome which has, among its causes, economic, social, political, and ideological forces of a nation. The knowledge coming from other sciences, besides Jurisprudence, is indispensable even to the legal understanding of common good.

Under this assumption, the contribution of Justice as a normative dimension of the matrix of the common good should include a “comprehensive approach” of Law. This approach considers the capacity of Law to compose the “negative task” (not to disintegrate, providing basic rights and freedoms) with the “positive task” of Justice (to promote human flourishing, providing maximum fulfilment of people according to what we, individually and collectively, would like to achieve). This is the assumption we will deal with here.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. **Öffentliches Interesse als Juristisches Problem**: eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970.

<sup>13</sup> DP2, p. 12.

<sup>14</sup> ANDERHEIDEN, Michael. **Gemeinwohl in Republik und Union**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 46. Free translation of the original sentence: “Die Sorge um das Gemeinwohl ist nicht auf das Recht begrenzt.”

<sup>15</sup> FRAENCKEL apud BLANKART, Charles. Gemeinwohl durch direkte und repräsentative Demokratie. In: Arnim, Hans Herbert von; Sommermann, Karl-Peter (ed.). **Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung**. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 71. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstatung. Berlin: Duncker & Humboldt, 2004, p. 247.

## 2.2. Common good along with State actions and people actions

Thinking about common good within a comprehensive approach also involves thinking about the State actions and people actions also from a comprehensive approach.

Regarding State actions, this idea is well translated in Article 5, item II, of the Swiss Confederation Constitution, *in verbis*: “*The activity of the State shall be exercised in accordance with the public interest and be proportionate to the goals pursued.*”<sup>16</sup> To follow such a command of “good governance”<sup>17</sup> or “good public administration”<sup>18</sup>, a State may reduce the chain of government actions (means) necessary to achieve the basic goals (ends) pursued by its citizens. An efficient State can be understood by its ability to approach a linear causality between its actions and its contribution in achieving constitutional aims, which reflect, at least in theory, the citizens’ wishes in a Democratic Rule of Law.

Along this line, the quest for the common good is a quest for adequate and sufficient means to achieve constitutional ends. That brings the importance of two normative dimensions of the matrix of the common good: *Governance*, whose main job is “*to conserve itself and even more so to adapt and project the nexus toward a common future*”<sup>19</sup>; and *Stability*, since it deals with “*social institutions preserving the achieved humanity of the nexus and seeing for its long future*”<sup>20</sup>.

Another direction of quest for the common good, however, is concerned not necessarily with the means purposed by governments or ends elected by communities and written in Constitutions or other legal documents. It refers directly to the ends elected, but in a broader view. More precisely, it is concerned with the very fact that human flourishing should always be seen as the State’s end, regardless of what is written in the document lawgivers have once enforced in the near or distant past. Simply because the evolution of a given community, no matter which, requires the flourishing of its people. That brings the importance of other two normative dimensions of the matrix of the common good: *Agency freedom*, as the “*capacity to freely act and interact with others in a*

<sup>16</sup> SWITZERLAND. **Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft**. Bern: Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1999. Available at: <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html#a8>>. Free translation of the German original sentence: “*Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.*” It is interesting that the reference of a pursue for a goal, implicit in the German version, is explicit in the French and Italian versions: “*L’activité de l’Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.*” and “*L’attività dello Stato deve rispondere al pubblico interesse ed essere proporzionata allo scopo.*”

<sup>17</sup> WORLD BANK GROUP. **World Development Report 2017: Governance and the Law**. Washington, D.C.: World Bank Publications, 2017. Available at: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017#>.

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

<sup>19</sup> DP2, p. 8.

<sup>20</sup> DP2, p. 12-13.



society (...) not in terms of rights but as the effective, real freedom to engage others and act together, freely cooperating to the consecution of social goods"<sup>21</sup>; and *Humanity of the nexus*, as "the achievement of a core set of social goods (...) shared to the overall population both as common benefits and common practices"<sup>22</sup>. Note that the four cited dimensions, allied to and by Justice, constitute the pentagram vindicated in DP2.

This second direction of the quest for the common good has an advantage and a disadvantage compared to the first. The advantage is that human flourishing, unlike the enforced ends written in legal documents, is not limited by boundaries based on sovereignty. It can be devoted, then, to build a transnational notion of the dynamics of the common good. The disadvantage, on the other hand, is the possible lack of enforcement exactly on the account of not being written in legal documents. As written in a classic passage of Jhering's *Der Kampf um's Recht* about the image of the Goddess of Justice, it could be said that "[t]he sword without the scales is brute force, the scales without the sword is the impotence of Law."<sup>23</sup>

As said, the exercise of State authority is legally bound to pursuing the common good. But, if human flourishing is not an end elected by a given community and enacted in its legal documents, the question of how human flourishing in these given community comes to play bindingly truly matters, especially when it is not accomplished by the citizens themselves. The nexus of the common good, after all, "is not an autopoietic system but a human construct, slowly knotted together and modified by each passing generation"<sup>24</sup>. It relies on human behaviour. One thing is the theory of the common good; another is its practical realization. Any theory with practical concerns, though, should look into this implication.

In this sense, part of the work of pursuing common good is a pedagogical one. It has State and people's actions as recipients.

From the States actions perspective, pursuing common good should make governments worldwide aware of the importance to commit their internal norms and documents in order to approximate the first task of Justice (protect rights and freedoms) to the second (human flourishing). In the last decades, International Law and some international organizations have succeeded in this work, at least in part, notably with human rights enforcements. Effectiveness of human rights is the mighty example of fomenting both Justice tasks in only one action.

---

<sup>21</sup> DP2, p. 7.

<sup>22</sup> DP2, p. 15.

<sup>23</sup> JHERING, Rudolf von. **Der Kampf um's Recht**. Frankfurt am Main: Propyläen Verlag, 1992, p. 2. Free translation of the original sentence: "Das Schwert ohne die Waage ist die nackte Gewalt, die Waage ohne das Schwert die Ohnmacht des Rechts."

<sup>24</sup> DP2, p. 8.



But we must not expect changes only from the State. People's actions must also favour a practical "reasoning about the common good". That idea was first pointed out with the sense of "virtue ethics"<sup>25</sup> by Aristotle, who emphasized the sometimes-forgotten connection between Justice and common good cultivation.<sup>26</sup>

Curiously, the Swiss Constitution, an example of providing a strong State action requirement, also has a sound demonstration of what we seek as a model of people's action. This demonstration is read in Article 6 of the document: "*Each person is responsible for himself and must make an effort to deal with the tasks of the State and society.*"<sup>27</sup>

Indeed, there is no solution for a community in which individuals transpose all responsibility to solve their problems to the State, abdicating the task of solving them through some individual and social action. People must recognize "*the objective role of subjective ends in the totality of events*"<sup>28</sup> by taking responsibility for themselves and others. Every citizen exercising rational faculty, must understand his powers-and-duties towards the environment, and therefore be regarded as a present cell in a sustainable "web of life" - where "[...] *all living beings are members of ecological communities linked to one another in a network of interdependence*"<sup>29</sup>. That is not said in a romantic discourse of sustainability, but for a pragmatic necessary reason: there is a direct causality between citizen actions and what is built around them. Sustainability, in this sense, means the "[...] *universalization of respect for the multidimensional conditions of quality life.*"<sup>30</sup>

Emancipation comprises the "personal entrepreneurship" idea in its immense potential for social change, considering there is no possible (much less sustainable) vision of common good before people find a strong culture based on the nexus between public and private actions for which their enterprise is complementary to others'. We can call this notion solidarity, which forms "[...] *the willingness to acknowledge the problem of other people or groups of people as a problem of their own*"<sup>31</sup>. What matters is to

<sup>25</sup> On the subject, see: MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Philosophy**. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007, especially 121 et seq.

<sup>26</sup> SANDEL, Michael. **Justice: What's the Right Thing to Do?** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010, p. 260.

<sup>27</sup> SWITZERLAND. **Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft**. Bern: Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1999. Available at: <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html#a8>>. Free translation of the German version: "Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei."

<sup>28</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Translated by Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, p. 127.

<sup>29</sup> CAPRA, Frijof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Translated by Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 28.

<sup>30</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

<sup>31</sup> CALLIESS, Christian. **Gemeinwohl in der Europäischen Union – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund**. In: Brugger, Winfried; Kirste, Stephan; Anderheiden, Michael (ed.). **Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt**. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, n. 24. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 196. Free translation of the original sentence: "[...] die Bereitschaft, die Angelegenheit anderer Personen oder Personengruppen als eigene Angelegenheit anzuerkennen."

understand that this notion, reinterpreting the liberal argument, is essential to define Law *and* common good.

In the classical liberal argument, political society and individual actions are separated and the good of political society adjusts to individual interests. This refers to the core question about the State foundation, which, in this liberal view, arises from sacrifice of life and property.<sup>32</sup> This assumption, however, only makes sense when the State is misunderstood in its purposes.

In an adequate understanding, the argument model must be turned upside down: State action exists to concretize life and property, insofar as, in its purpose, it adopts a model of justice which fosters the personal enterprise of each, to which everyone must contribute to. The notion of State, even if constituted with the power of coercion, is only sustainable in a kind of organization which holds, as a presupposition, the guarantee that this coercion is carried out in the light of the common good.

If it is true that individual action may bring the good for all, it is equally true, then, that this chance must be read not only as a chance, but also as responsibility. Goods grown by individual actions are limited by individual limitations. So we must face these limitations looking from a positive outlook, since our limits as individuals “[...] *show exactly what a human being is able to do... Thus, our limits, in the substance of what constitutes the proper act of each one, are our wealth, not our misery.*”<sup>33</sup>

There are, therefore, subjective ends *imposed* on us by our human condition; however, there are also subjective ends *disposed* to us in extent of our plural life. That is: the causality which may be achieved alone must be combined with another kind of causality, of a larger circle, disposed to us because we are among others. In other words, individual limitations show individual limitations, shadowing collective potentialities.

Justice and the common good are rethought for those who take this perspective into account. Justice would be, in this sense, “[...] *the articulation between ethics and politics in such a way that the otherness of the other human and nature is maintained and promoted through concrete acts and relationships*”<sup>34</sup>, and the common good something like “[...] *the interest of all of us in seeing accomplished the greatest enterprise of each of us.*”<sup>35</sup>

<sup>32</sup> HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. In: **Cardozo Law Review**, vol. 18, number 1, p. 1139-1116, New York, set. 1996, p. 1151.

<sup>33</sup> PEREIRA, Américo. **Da ontologia da “polis” em Platão**. Covilhã: LusoSofia press, 2011, p. 30-1. Available at: <[http://www.lusosofia.net/textos/pereira\\_americo\\_ontologia\\_da\\_polis\\_em\\_platao.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/pereira_americo_ontologia_da_polis_em_platao.pdf)>.

<sup>34</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Ética como Fundamento**: uma introdução à Ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004, p. 72.

<sup>35</sup> HAEBERLIN, Martín. **Uma Teoria do Interesse Público**: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 303.

### 2.3. The role of Rule of Law in uniting State and people's actions: three factors to be considered in measuring the common good in the normative dimension of Justice

From the comprehensive approach outlined here, the understanding of common good looks at its capacity to accomplish what Georg Jellinek called "*öffentliche Meinung*", in the sense that "*the totality of moral, religion, literature, economics, generates a smaller or larger circle to the 'public mind.'*"<sup>36</sup> Indeed, promoting the good of each one fulfills the good of all, only because a sense of otherness is implied, but also because everyone gets the benefits of a social circle expansion.

The role of common good thus, both in State and people's actions, seems to be in the building of a strong "*öffentliche Meinung*" which draws expanded horizons on each individual's horizon. To think about common good, then, is to think that every being tends to its evolution, so the State - which evolves only in the measure of the evolution of its fellow citizens - must be thought of on a dogmatic usefulness basis, that is, according to its aptitude to generate causality between its actions and the flourishing of the people who live in it.

Having made these statements, we can shed some light upon the hypothesis of this chapter, which is that the Rule of Law is determinant in shaping a linear relation between the "ends elected" by a given community and the "means purposed" by the State administration to fulfill those ends. This hypothesis can be subdivided into three assumptions:

- (i) The ability of a political community to *elect* common ends and to *commit* itself to those ends;
- (ii) The ability of a political community to *elect* adequate and sufficient means to achieve those ends, and to *carry out* such means into mechanisms of Governance and Stability;
- (iii) The correspondence between the elected means and ends with an idea of community in which there is an interest of all in seeing accomplished the flourishing of each one, generating Agency freedom and Humanity of the nexus of the common good.

The third assumption is the most complex one and requires a transdisciplinary approach not addressed in this text.<sup>37</sup> Instead, we will analyse the first two, considering the ends and means institutionalised in a society (legally elected and enacted).

<sup>36</sup> JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3<sup>a</sup> ed. Berlin: O. Häring, 1914, p. 102. Free translation of the original sentence: "Die Gesamtheit der sittlichen, religiösen, literarischen, wirtschaftlichen Anschauungen erzeugt die öffentliche *Meinung* eines kleineren oder größeren Kreises."

<sup>37</sup> Some thoughts on this assumption can be seen at the DP2, further, at the Discussion Paper III (SEDMAK, Clemens et al. **Possible measurement of the common good's dynamic**: Indicators and case studies. Discussion

More specifically, our interest from now on is to demonstrate how the Rule of Law – taking the example of the Brazilian Federation arrangement drawn in its Constitution – can generate genetic problems to a society achieving the dynamics of the common good.

### 3. THE CAUSAL LINK BETWEEN “QUALITY OF THE NEXUS OF THE COMMON GOOD” AND “QUALITY OF THE FEDERATION”: THE VINDICATION OF LOCAL GOVERNMENT AUTONOMY DEMONSTRATED WITH A GROUNDING PROBLEM IN THE BRAZILIAN CO-OPERATIVE FEDERALISM

#### 3.1. Common good in a Federal State: Brazil, cooperative federalism and the role of local government (Municipalities)

What we can call the “quality of a Federation” is explained from the correct analysis of the system of division of powers in force as well as in the regime of “cooperation” established in a Constitution. In addition to governmental bodies, this regime must regulate the relationship between federal, state and municipal public institutions.

The system of distribution of competences does not mean disunity among federated entities. By highlighting the notions of “cooperation” (“*cooperazione*”) and “friendliness” (“*amichevilezza*”)<sup>38</sup>, intrinsic to federalism, Rudolf Smend recalled that “*the States are not only object of integration, but, above all, instruments of integration*”<sup>39</sup>. For this reason, there must be no conflict and dispersion of effort among them. Rather, “*the functions of the central bodies of the federation (federal ones) and those of the States’ bodies complement each other, forming a unit of action in terms of a global State*”<sup>40</sup>.

The doctrine of the Federal State often served as a defence against the homogenizing exaggerations of the unitary state. Just as in the twelfth and thirteenth centuries the aim was to limit the King’s power and to safeguard local authority, even in Modernity, especially after the US Constitution of 1787. The primary purpose of the federative

---

paper prepared for the IPBC research seminar. Notre Dame University, 2018. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBDDiscussionpaperIII.pdf>) and, more extensively, in HAEBERLIN, Martín. **Uma Teoria do Interesse Público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>38</sup> SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Milano: Guiffirè Editore, 1988, p. 186 and p. 193.

<sup>39</sup> SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Milano: Guiffirè Editore, 1988, p. 188. Free translation of the original sentence: “[...] che gli Stati membri, in uno Stato federale sano, non sono solo oggetto di integrazione, ma anche e soprattutto strumenti di integrazione.”

<sup>40</sup> ZIPPELUI, Reinhold. **Allgemeine Staatslehre**. C. H. Beck Verlag, 1999, p. 395. Free translation of the original sentence: “Die Funktionen der Zentralorgane des Bundes (Bundesorgane) und der Länderorgane ergänzen sich zu einer gesamtstaatlichen Wirksamkeit.”

pact, by retaking the art of the Medieval dualism seems to have been to prevent the Federation from exercising an authoritarian monopoly over all legal, administrative and judicial competences. As Georg Burdeau warns:

*[t]he originality - and value - of federalism [...] lies in the fact that it is not aimed at total unification. Not only does he allow the freedom of the different groups he unites to subsist, but he also uses that freedom to found the authority of the federal power. Instead of sacrificing independence to order, particularities to rule, federalism reconciles these seemingly contradictory demands. Each social group needs autonomy to develop their own genius according to their natural resources, their geographical situation and their spiritual abilities.<sup>41</sup>*

Today, considering the complex demands of modern public administration, it seems unquestionable that the constitutional principles of the *share of powers*, *federalism* and *efficiency* claim functional and collaborative specialization of the state level activities. This is an increasingly current item on the agenda of the Government, because the exact definition of competences is presented as a decisive requirement for “order and harmony”<sup>42</sup>. Complexity, always connected to the imperative of optimization, inexorably leads to the phenomenon of division of competences. In today’s Governance, this path is not a fad. Rather, it is an inevitable consequence of the dizzying increase in functional differentiation in all fields of human activity.

At its core, the mechanism of sharing public tasks without succumbing to segregating pitfalls represents a division of labour imposed by the challenges of complexity as well as the need to optimize the performance of each link in the system. Complexity, specialization and collaboration: this is the triad whose tune, especially in the public sphere, depends on the success of the best and most effective networks of administrative action.

While there is no ideal or a “valid model” for any occasion, it is not difficult to agree that every mechanism of division of administrative powers aims to create a structure which is able to always solve problems with the best level of speed, quality and economy. The success of modern public administration thus depends largely on the power of rapid acclimatization to new challenges which could hardly be achieved through a stratified organizational chart, unprepared to tackle the manifold nature of concrete challenges in everyday life, especially when it refers to a continental country like Brazil. Without being an end in itself, this specialization process acts as a regulatory principle which transforms the Government, as the lucid expression of Santi Romano

<sup>41</sup> BURDEAU, Georg. **Traité de Science Politique**. Vol. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 398.

<sup>42</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 140.

pointed out, into a “complex unity”<sup>43</sup>, capable of remaining close to the demands of society, including the suitable medium of getting the best and widest social utility from public affections.

The objective signs and traces of this much-welcomed cooperative intertwining are scattered throughout the constitutional text in several articles. Apart from the agreement and consortium figures, provided in Article 241 of the Brazilian Federal Constitution, there is, for example, the division of powers mechanism (Article 23) which creates a field for common or concurrent legislative action, having “mixed materials” (“*matières mixtes*”) of interest to both the Union and the federated entities. There are, for example, activities of “incentive” and “planning for economic development”, which also appear, as a common duty to the Union, the States and the Municipalities, in Article 3, subsection II, in Article 23, single paragraph, in Article 174, *caput* and paragraph 1 of the Constitution.

This innovative strategy must acknowledge the merit of having assisted in the renewal of the federalist ideal and in the efforts of providing better forms of integration among the Union, States and Municipalities. Many authors have already considered that, in its noblest sense, Federalism could not be confused with a permanent duel between “*rival or enemy*”<sup>44</sup> power kernels. However, such a spirit of alliance, exalted by many, can only be effectively implemented if based on this new scheme of competences. In other words, it was with the advent of this space for concurrent action that the so-called “*cooperation between federation and federated states*”<sup>45</sup> became, in fact, more concrete.

Indeed, the Brazilian Federal Constitution<sup>46</sup>, in Article 23, openly speaks of “*cooperation between the Union and the States, the Federal District and the Municipalities, in view of the balance of development and well-being on a national level.*” And the echo of the word “cooperation” is heard again and again in Article 30, always to reveal that the Federation has the nature of a *unitas multiplex*, where the division of tasks, far from imposing strict segregation, has made room for collaboration and even for the intertwining regime among the actions of various autonomous spheres, both in the horizontal level (among entities of the same stature - “*horizontal coordination*”) and the vertical one (among entities of different statures - “*vertical coordination*”).<sup>47</sup>

<sup>43</sup> The expression *unitas multiplex* cannot in any way be considered neither an exaggeration nor an oxymoron. Santi Romano, one of the greatest European Public Law classics of the first half of the last century, had already noted, with his proverbial shrewdness, that the Federations form a “complex unity” (“*complessa unità*”). ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Costituzionale**. Padova: CEDAM, 1931, p. 88.

<sup>44</sup> MADISON, James. **The Federalist**. Vol. 43. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 150.

<sup>45</sup> ZIPPELUI, Reinhold. **Allgemeine Staatslehre**. C. H. Beck Verlag, 1999, p. 395.

<sup>46</sup> BRAZIL. **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF: Senate, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>47</sup> KUHLMANN, Sabine et al. **Dezentralisierung des Staates in Europa**: Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenerfüllung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien. Weisbaden: VS Verlag, 2011, p. 66 and p. 72.

True, one of the touchstones concerning the organization of public administration is undoubtedly that of competence. Defined as “the measure of power belonging to each public office [...] competence is what truly characterizes and distinguishes public bodies”<sup>48</sup>. In other words, “competence is the decisive criterion for the individualization of public offices”<sup>49</sup>.

It should be recalled that in the last Brazilian National Constituent Assembly, in the Draft Subcommittee on Municipalities and Regions, the constituents proposed, for the sake of clarity and security, a list of attributions which should, “according to local particularities”, be the responsibility of Municipalities. Although the idea of the list was discarded in favour of the open clause of “matters of local interest” (Article 30, item I, of the Brazilian Federal Constitution), some services are referred to in that Article as a kind of “essential content” – “*Kernbereich*”, also called, in the past, “*intangibile minimum*”<sup>50</sup> – of the competences delimiting the “substantial area”<sup>51</sup> of Municipalities autonomy. These include carrying out public transportation, maintaining early childhood and elementary education programs, providing health care services to the population, promoting proper territorial planning through planning and control of urban land use, parcelling and occupation, promoting the protection of local historical and cultural heritage.

Regarding the importance of “local interest”, it might be appropriate to consider that, under the principle of subsidiarity, municipal competence should be preferred over federal competence. It is no wonder, moreover, why the doctrine has already exclaimed that “*administrative decentralization ensures the implementation of the principle of subsidiarity, and the duties and powers must be exercised by the level of administration best placed to pursue them rationally, effectively and closely to the citizens*”<sup>52</sup>. In short: if the Municipality is able to, in the strict exercise of its competence, do the most and the best, there is no reason to curtail its initiative, forcing the public interest to degrade with results far beyond the elastic boundaries of the possible.

<sup>48</sup> D’ALESSIO, Francesco. **Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, p. 230. Free translation of the original sentence: “Si può dire esattamente che ogni ufficio si caratterizza per la sua competenza, la quale si definisce come la misura della potestà spettante a ciascun ufficio (...) La Competenza è ciò che veramente caratterizza l’ufficio e ciascun ufficio distingue dagli altri.” Using identical language, Ruy Cirne Lima also writes that “*Lato sensu* competence is called, in Public Law, the measure of power that the legal order signs to a particular person.” CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 139. (Free translation of the original sentence: “Competência ‘lato sensu’ se denomina, em direito público, a medida de poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada.”)

<sup>49</sup> D’ALESSIO, Francesco. **Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, p. 230. Free translation of the original sentence: “La competenza, insistiamo ancora, è pertanto il critério decisivo, non equivoco, per la individuazione degli uffici.”

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 354-6.

<sup>51</sup> KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003, p. 150.

<sup>52</sup> MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003, p. 474.

### 3.2. Constitutional competences and local development in the Brazilian Federal Constitution

Within the context of “cooperative federalism”<sup>53</sup> and, therefore, in the ecumenical terrain of the so-called common competences, one should not deny that the Municipality has the power to create public policies which foster economic development of local community interests.<sup>54</sup>

Above all, this regime of competences has set an insurmountable limit of measures that, by turning a blind eye on the deep internal diversities, impose solutions which are inappropriate or incompatible to local circumstances. As it turned out, the activities of “incentive” and “planning for economic development” are not foreign to the Municipality.

Moreover, today, nothing would seem more inseparable from the “local interest”, as Article 30 of the Brazilian Federal Constitution proclaims, than the human development provided by the intervention which induces economic activity at all levels. The benefit of infrastructure investments far exceeds the private return of the companies themselves. Society obtains net benefits which outweigh those of the direct users of services. Although the analysis is usually based on macroeconomic results (in which only effects on a global scale are recorded), it is rather on microeconomic fruits (in which the repercussions on “welfare” on an interpersonal scale are evaluated) that the most valuable impacts may be gauged (“positive externalities”) on people’s concrete existence.<sup>55</sup>

Such considerations are not rhetorical fantasies of demagogues. Even in countries where such broad autonomy is not experienced, as in Brazil, it is known that the Municipality often plays a significant role in the orbit of economic and social development. In Germany, even when the *Gemeinden*, *Städte* and *Kreise* are not endowed with political autonomy, functioning only as “municipal self-administration” (“*kommunale Selbstverwaltung*”), they nevertheless cease to act within their “voluntary tasks” (“*freiwillige Aufgabe*”) to “fostering economic, industrial and commercial development” (“*förderung der wirtschaftlichen und gewerblichen Entwicklung*”).<sup>56</sup>

<sup>53</sup> MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 1985, p. 439.

<sup>54</sup> The systematic interpretation of the Constitution seems to corroborate this reading: (i) when the Constitution, in Title I (“Fundamental Principles”), by means of Article 3 (“fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil”), established, in item II, without discriminating any government levels, “to guarantee national development” as a duty of all; (ii) later, in Title III, Chapter II, in regulating the common competence of the Union, States and Municipalities, warned in Article 23, single paragraph, combining the ideas of “cooperation” and “development”, that “Complementary laws shall establish rules for cooperation between the Union and the States, the Federal District and the Municipalities, aiming at the national development and welfare balancing” (Constitutional Amendment 53/2006); (iii) and, finally, in Title VII, Chapter I (“General Principles of Economic Activity”), when, in Article 174, *caput*, providing that, in the orbit of “economic activity, the State shall exercise [...] the functions of supervision, incentive and planning”, did not disregard, at any moment, the Municipalities.

<sup>55</sup> FRISCHMANN, Brett. Economic Theory of Infrastructure and Commons Management. In: *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2005. p. 12.

<sup>56</sup> MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 1985, p. 451.



It is not out of mere etymological whim that the word economy derives from the Greek “*oikos*”, which means “home”. The relation between economic development and the human challenges of the local community has been on for a long time, and especially because they closely affect the common life of the inhabitants of the municipality, they have achieved priority status. Without any exaggeration, few things would suffocate more the consecrated constitutional zone of autonomy of the Municipality than to remove from the everyday of the local instances and tasks (endowed in Brazil with administrative and political independence) the capacity to attract investments and to contribute, in their area of competence, for the success of venture with federal, state and municipal relevance.

The fact is that, based on the discipline hierarchized by the Brazilian Federal Constitution, several Municipalities around the country have issued special laws which “provide incentive policies towards economic, social and business development”. Many have created their respective “economic, social and business development programs”, weighing the convenience and needs dictated by the evolving stage of local life. Some centers, because they already showed satisfactory prosperity, were more conservative. Others, because they were still in the rudimentary phase, went further. What is important is that the majority, within the legal framework and within the limits of their needs, have not failed to exploit this margin for inducing economic development and attracting investments, always with the aim of improving the well-being of their community.

### **3.3. The “false autonomy” of Municipalities in Brazil: understanding the grounding problem in Brazilian cooperative federalism and its negative effects on promoting the common good with a necessary ends-means (competences-resources) comparison**

When analysing a federal state, one usually takes only a quantitative view, checking how many federated entities are endowed with autonomy, that is, power of self-organization, self-government, self-legislation and self-administration. However, a qualitative view should always follow this analysis. In this sense, it can be said that the “quality” of a federation is identifiable by two central points: (i) the division of competences (legislative and administrative) for each federal entity, and (ii) the attribution of goods and revenues to each federal entity. The first point concerns the ends assigned to the entity; the second concerns the means. For the health of a federation, it is critical that these designations match. Otherwise, autonomy will be nothing more than a formality with legislative life, but inanimate in the practical life of citizens.

From a quantitative point of view, Brazil has three federated entities (Federal Union, States and Municipalities), added by the Federal District, which has *sui generis* characteristics. According to the Brazilian Federal Constitution of 1988, each of these

three holds autonomy, having its own legal personality and independence from the others. This independence, however, must be analysed in this light of what we call the “quality of the Federation”.

In the Brazilian Federal Constitution, there is an article which deals especially with state ends. They are embedded in Article 3 and can be summarized in eight “fundamental objectives”: build a free society, build a fair society, build a solidary society, ensure national development, eradicate poverty, eradicate marginalization, reduce social inequalities, reduce regional inequalities, promote the good of all without prejudice.

That article does not set out all constitutional ends. Another place where one sees ends is the preamble of the Constitution. There are a few more goals there, as the Democratic State is designed to “[...] *ensure the exercise of social and individual rights, liberty, safety, welfare, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralistic and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, internally and internationally, to the peaceful settlement of disputes.*”<sup>57</sup>

There are still other ends in sparse places in the Text. A new purpose appears in Article 170, *caput*, where it is stated that “[the] *economic order, founded on the importance of human work and free enterprise, aims to assure everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice [...].*”<sup>58</sup> Economic order is a means which, moved in accordance with the principles listed in the sections of that provision, aims to ensure everyone a dignified existence. The prescription, therefore, enshrines dignity, in the Brazilian constitutional order, not only as a foundation (Article 1, item III), but also as a purpose, highlighting the centrality that the constituent legislator gives to this value. Another end from Article 182 is to develop the social function of cities, which expressly list as means the policies of urban development. It is also a goal to promote the balanced development of the country, and the financial system should serve the interests of the community, according to Article 192. Then, in Article 193, we find social welfare and social justice as the objective of social order, which unfolds into others, such as: ensuring the rights related to health, welfare and assistance; reducing the risk of disease and ensuring universal and equal access to the health system, which must be achieved through social and economic policies; financial and actuarial balance of social security;

<sup>57</sup> BRAZIL. **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF: Senate, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Free translation of the original text: “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”

<sup>58</sup> BRAZIL. **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF: Senate, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Free translation of the original text: “[a] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

and other protections presented as a purpose, such as social assistance, education, culture, sport, science and technology.

These ends (of Article 192 *et seq.*) are not exactly new in the Text, but merely specifications of those already established and, more often than not, should be read as fundamental rights in their objective dimension, which, for this reason, drive State action.

Considering these ends, the Constitution divides the competences related to it, which, besides a “measure of power”, as mentioned above, are authentic responsibilities of the federal entities in the accomplishment of the stated ends. In theory, it is argued that the Federal Union is responsible for matters of national interest, the States for matters of regional interest, and the Municipalities for matters of local interest, and any clash of those interests is resolved by predominance. From a normative point of view, however, it appears that federal entities receive their powers by the Constitution in two ways. Either they are given concurrent competences, that is, those with which all federated entities are responsible for, or they are given private competences.

In the case of concurrent competences, “[...] *all entities of the Federation shall collaborate in performing the tasks determined by the Constitution. Moreover, as there is no supremacy of either sphere in carrying out these tasks, responsibilities are also common, and none of the Federation entities can refrain from implementing them, as the political cost falls on all spheres of government.*”<sup>59</sup> In the case of private competences, execution becomes the responsibility of the entity designated to perform the task, even though the Constitution itself, in some cases, requires other entities to assist them technically or financially.

According to this system, the following tasks are read as private and concurrent competences of the Municipalities, according to Articles 30 and Article 23, respectively, of the Brazilian Federal Constitution:

<sup>59</sup> BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco Siqueira. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 49-65, abr./jun. 2008, p. 23. Free translation of the original sentence: “[...] todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo.”

<b>Constitutional Competences of Municipalities</b>	
<b>Private</b> (Article 30)	<b>Concurrent</b> (Article 23)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Legislate on matters of local interest</li> <li>- Institute and collect taxes of its competence</li> <li>- Create, organize and suppress districts</li> <li>- Organize and provide, directly or under concession or permission, public services of local interest, including public transport</li> <li>- Maintain early childhood and elementary education programs (with technical and financial cooperation from the Union and the State)</li> <li>- Provide the population health care services (with technical and financial cooperation from the Union and the State)</li> <li>- Promote adequate territorial planning through planning and control of land use, subdivision and occupation</li> <li>- Promote the protection of local historical and cultural heritage</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ensure that the Constitution, laws and democratic institutions are upheld and public property is conserved</li> <li>- Take care of health and public assistance, and the protection and guarantee of persons with disabilities</li> <li>- Protect documents, papers and other assets of historical, artistic and cultural value, monuments, natural remarkable landscapes and archaeological sites</li> <li>- Prevent the circumvention, destruction and decharacterization of works of art and other assets of historical, artistic or cultural value</li> <li>- Provide the means of access to culture, education, science, technology, research and innovation</li> <li>- Protect the environment and fight pollution of any form</li> <li>- Protect forests, fauna and flora</li> <li>- Promote agricultural production and organize food supply</li> <li>- Promote housing construction programs and the improvement of housing and sanitation conditions</li> <li>- Fight the causes of poverty and the factors of marginalization by promoting the social integration of disadvantaged sectors</li> <li>- Register, monitor and supervise the concession of rights to research and exploit water and mineral resources in their territories</li> <li>- Establish and implement a traffic safety education policy</li> </ul>

Note that these tasks, though being high in number, also generate a high maintenance cost. Still, regarding concurrent competences, there is an aggravating factor: a citizen tends to charge these executions on a municipal level, because the Municipality is the place where people have their “real” existence, considering that the central government is usually not near people.

Bearing in mind the purposes available to the Municipalities, it is necessary to identify the second quality measure of the Brazilian Federation: its allocation of resources (goods and revenues) to each federal entity, in order to verify whether there is correspondence in these designations.

Regarding goods, those in their domain belong to Municipalities – the Federal Constitution has not reserved special goods to these federal entities. Regarding revenues, various data have been collected on the subject in recent years.

Among the most relevant data, we can quote, firstly, the percentage of available revenue by government level (% of the total) from 2010 to 2017<sup>60</sup>:

**FIGURE 01**

Entes	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Receita Disponível em 2016	Receita Disponível em 2017
<b>Receita Disponível</b>	<b>1.260.257</b>	<b>1.456.525</b>	<b>1.587.422</b>	<b>1.760.801</b>	<b>1.868.974</b>	<b>1.946.576</b>	<b>2.039.518</b>	<b>2.140.383</b>
<b>União</b>	52,30%	52,83%	50,71%	51,56%	50,47%	50,28%	49,25%	49,53%
<b>Estados</b>	27,35%	26,50%	26,81%	26,33%	26,70%	26,58%	28,22%	28,05%
<b>Municípios</b>	20,35%	20,67%	22,48%	22,11%	22,83%	23,13%	22,53%	22,42%

From Figure 01 above, it can be noted that, with slight variations, the available revenue of Municipalities has been around 20% of the total available revenues, against about 50% of the Federal Union and about 30% of the Federated States.

Below, direct revenue is compared to total revenue available in 2015<sup>61</sup>:

**FIGURE 02**

Arrecadação direta			
Esfera	R\$ bilhões	% do PIB	% do total arrecadado
União	1.299,12	22,00	66,00
Estados	527,86	8,94	26,82
Municípios	141,42	2,40	7,18
SPC <sup>1</sup>	1.968,40	33,34	100,00
Receita disponível			
Esfera	R\$ bilhões	% do PIB	% do total disponível
União	1.085,89	18,39	55,17
Estados	493,48	8,36	25,07
Municípios	389,03	6,59	19,76
SPC <sup>1</sup>	1.968,40	33,34	100,00

Elaboração: Kleber Pacheco de Castro. Fonte primária: STN, ANP, Aneel e IBGE.  
<sup>1</sup>Setor Público Consolidado.

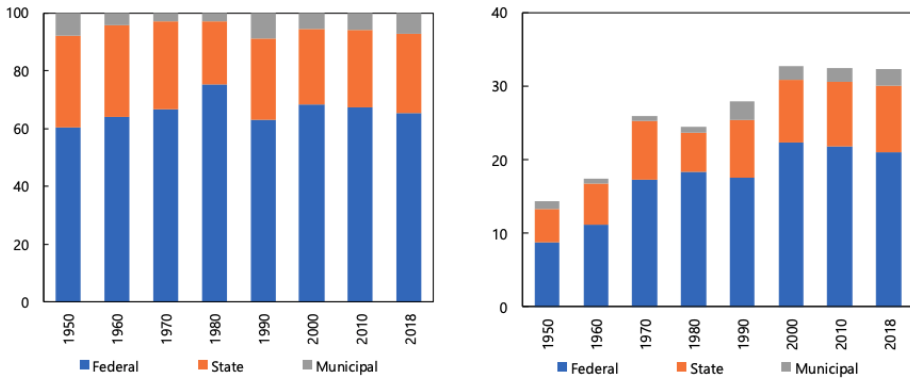
<sup>60</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Carga Tributária Bruta de 2017 e a Receita Disponível dos Entes Federados**. Estudo Técnico. Available at: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Carga%20Tribut%C3%A1ria%20de%202017%20do%20Brasil.pdf>. In the illustration, read: entes (= federal level); União (= Federal Union); Estados (= Federal State); Municípios (= Municipalities); receita disponível (=available revenue).

<sup>61</sup> FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS. **Anuário Multi Cidades: Finanças dos Municípios do Brasil**. Ano 12. Vitória: Aequis Consultoria, 2017. Available at: <http://multimidia.fnp.org.br/biblioteca/publicacoes/item/476-anuario-multi-cidades-2017>. In the illustration, read: Esfera (= federal level); União (= Federal Union); Estados (= Federal State); Municípios (= Municipalities); arrecadação direta (= direct tax revenues); receita disponível (= available revenue); "R\$ bilhões" (= billions in Brazilian Real coin); "% do PIB" (= % of GDP); "% do total arrecadado" ("total revenue"); "SPC" (=consolidated public sector).

Notwithstanding the divergence of sources (in Figure 01, there is 23.13% of the total revenue to Municipalities, while in Figure 02 this number drops to 19.76%), it is particularly important to note that the revenue of Municipalities derives largely from constitutional transfers from other federated entities. This can be verified from the fact that, while the Municipalities' direct revenue collection was 7.18% of the total in 2015, the total available revenue was 19.76%.

The two graphics below (Figure 3) better illustrate this disparity, demonstrating the tax burden by level of government, from 1950 to 2018, on the left considering percent of total and on the right percent of GDP<sup>62</sup>:

**FIGURE 03**



This data can be better visualized in the following table, which consolidates the numbers for the years 2018, 2019 and 2020<sup>63</sup>:

Tax	2018	2019	2020
Total tax revenue	32,72%	32,52%	31,64%
Federal	19,98%	19,71%	19,03%
State	8,47%	8,49%	8,53%
Municipal	2,15%	2,22%	2,12%

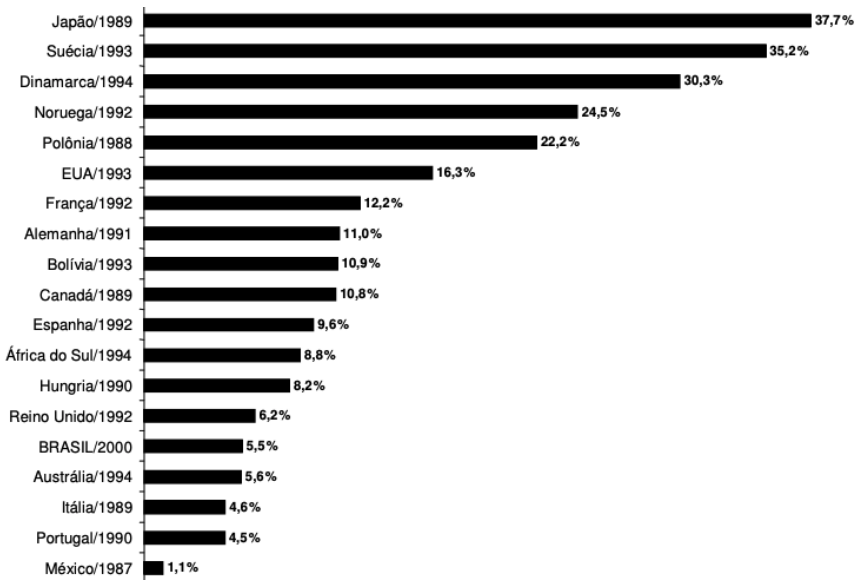
<sup>62</sup> MEDAS, Paulo et al. **Brazil: Strengthening the Framework for Subnational Borrowing**. Technical Report, July 2019, p. 10. Available at: [https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9\\_ID\\_PUBLICACAO:30758](https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:30758).

<sup>63</sup> Translated and adapted from: PIRES, Manuel. **Carga tributária no Brasil: 1990-2020**. Observatório de Política Fiscal. FGV-IBRE, 2021. Available at: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/series-historicas/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>.

Comparing these two figures, it is clear that from the total Brazilian tax burden, which has been around 33% of GDP in recent years, a very small portion of this tax burden is reserved for Municipalities, which hold about 2% from the collected.

This disparity is not contingent, as it is not verified in other countries, as demonstrates the study below (Figure 04), which, although using different historical moments, shows that Brazil is among the countries with the lowest income provision for the local sphere in terms of tax revenue sharing<sup>64</sup>:

**FIGURE 04**



For this reason, the main financial income of several Municipalities tends to originate from amounts of funds from Federal and State collection, an subsequently, sent to the Municipalities in the form of compulsory transfers (determined by the Constitution or by laws) or voluntary ones (performed through the conclusion of agreements between the federated entities). Then, it can be said that, in relation to Municipalities,

<sup>64</sup> AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAUJO, Erika Amorim; KHAIR, Amir. Federalismo Fiscal no Brasil: a importância dos governos municipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (org.). Administração Pública. **Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública**: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Available at: <https://www.joserobertoafonso.com.br/wp-content/uploads/2020/09/EALRF.pdf>.

*"[...] the constitutional autonomy granted to federated entities is partially applied, given the high degree of dependence on intergovernmental transfers, added to insufficient resources to foster population development."<sup>65</sup>*

Considering the relevance of the purposes prescribed as Municipalities' responsibility in the Federal Constitution - some of which, as education and health, are crucial to human development - this comparison between ends and means (competences and resources) reveals that although Brazil has guaranteed political autonomy to the municipalities in the Federal Constitution, in practice, by burdening the local entity with tasks and not reserving them a fair income, there is a "false autonomy". This false autonomy reveals a grounding problem in the so-called Brazilian cooperative federalism, notably because it imposes difficulties for local governments to develop public policies which can better meet the citizens' needs.

#### 4. CONCLUSION

In his categorical genius, the German philosopher Immanuel Kant taught us a lesson which will hold true for as long as there is some rational faculty in the world: people should be treated as an end, not as just a means.<sup>66</sup> That is the core of any concept of dignity. Following that idea, what Sectors 1 to 3 of this chapter indicate is that the commandment thought by Kant for practical reasoning (moral action of persons) is extendable to the State action. This can be discussed in a triple sense. *First*, in its actions, the State must treat people as an end, not just as a means. *Second*, in its activities, the State must ensure that people treat people as an end, not as just a means. *Third*, the State must be treated only as means, never as an end. If there is such a thing as a State's dignity, it should come as a result of the State being a means to people's ends.

To put this into practice in Federal States, it is necessary to have a sound cooperative federalism, endowing federated entities with autonomy. That must include the power of self-organization, self-government, self-legislation and self-administration, but also all the means necessary to fulfill the ends assigned to it. That is a qualitative

<sup>65</sup> FEITOSA, Lara Isadora. **Autonomia dos Municípios no Federalismo Fiscal Brasileiro Pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: uma análise acerca da (im)possibilidade do cumprimento das competências constitucionais. Dissertation (Master in Constitutional Law). Universidade de Fortaleza, 2016, p. 101. Free translation of the original sentence: "[...] a autonomia constitucional conferida a estes entes federados é aplicada parcialmente, face ao alto grau de dependência dos repasses intergovernamentais, somado à insuficiência de recursos capazes de promover o desenvolvimento da população."

<sup>66</sup> Kant sees treatment as an end and as a constant means of his practical imperative, stating people must act in such a way that we treat each other always and simultaneously as an end and never simply as a means. This statement, in its original form, is so written: "Nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden." (KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Riga: J. F. Hartknoch, 1785, p. 428. Available at: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa04/428.html>)



approach of a Federation, identifiable by the balance in division of competences (ends) and the attribution of goods and revenues (means), which have to match for the health of the nation.

In this scenario, the local government protagonism – prevailing the Federal Union and the States – seems more advantageous in achieving the dynamics of common good. This is because those who see from afar do not usually see well. In other words, usually the central government is an outsider in concrete reality, which is why the vocation for infrastructure, interconnection and interoperability almost always goes unnoticed by distant federal instances. It is then in the cities' attentive eyes that, in view of the lived world and its social and economic needs, the Government can better discern a viable and fruitful destination of the means, playing a significant role in the relation between economic development and the human challenges of the local community.

From this qualitative point of view, this text demonstrates that Brazil has not yet found the right balance in its autonomy, at least from the Municipalities perspective. The independence of Municipalities in the constitutional arrangement does not match a fair distribution of means and ends to local governments. Insofar as attributing to the Municipalities more responsibility than they can endure – lots of competences allocated with a very small portion of the tax burden –, it is not exaggerated to say that Brazil lives a “false autonomy”. That is, the legal framework established in Brazil has made local governments necessarily dependent of the central government. The words may be harsh, but Brazil, instead of a cooperative federalism, lives a servant one.

Such a grounding problem in Brazilian cooperative federalism brings a negative effect on promoting the dynamics of common good and shows how the “quality of the Federation” – and so the Rule of Law – affects the “quality of the nexus of the common good”, not only in the first task of Justice (protecting rights), but also in the second one (promoting human flourishing).

If there is nothing in a State other than its ability (or inability) to help people flourish, enlarging the “public mind” circle for the good of common good, the will of achieving common good in Federal democracies must consider that, without the means to every part, no ends are reached by all at all.

## 5. REFERENCES

AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAUJO, Erika Amorim; KHAIR, Amir. Federalismo Fiscal no Brasil: a importância dos governos municipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (org.). Administração Pública. **Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública**: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Available at: <https://www.joserobertoafonso.com.br/wp-content/uploads/2020/09/EALRF.pdf>

- ANDERHEIDEN, Michael. **Gemeinwohl in Republik und Union**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco Siqueira. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 49-65, abr./jun. 2008.
- BLANKART, Charles. **Gemeinwohl durch direkte und repräsentative Demokratie**. In: Arnim, Hans Herbert von; Sommermann, Karl-Peter (ed.). **Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung**. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 71. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung. Berlin: Duncker & Humboldt, 2004.
- BRAZIL. **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF: Senate, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BURDEAU, Georg. **Traité de Science Politique**. Vol. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.
- CALLIESS, Christian. **Gemeinwohl in der Europäischen Union – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund**. In: Brugger, Winfried; Kirste, Stephan; Anderheiden, Michael (ed.). **Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt**. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, n. 24. Baden-Baden: Nomos, 2002.
- CAPRA, Frijof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Translated by Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Carga Tributária Bruta de 2017 e a Receita Disponível dos Entes Federados**. Estudo Técnico. Available at: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Carga%20Tribut%C3%A1ria%20de%202017%20do%20Brasil.pdf>.
- D'ALESSIO, Francesco. **Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932.
- DEWEY, John. **Liberalism and Social Action**. New York: Prometheus Book, 2000.
- ENGEL, Christoph; ROCKENBACH, Bettina. **We Are not Alone: The Impact of Externalities on Public Good Provision**. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. Bonn: Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2011. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1463259>>.
- FEITOSA, Lara Isadora. **Autonomia dos Municípios no Federalismo Fiscal Brasileiro Pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: uma análise acerca da (im)possibilidade do cumprimento das competências constitucionais**. Dissertation (Master in Constitutional Law). Universidade de Fortaleza, 2016.

- FREITAS, Juarez. **Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS. **Anuário Multi Cidades**: Finanças dos Municípios do Brasil. Ano 12. Vitória: Aequus Consultoria, 2017. Available at: <http://multimidia.fnp.org.br/biblioteca/publicacoes/item/476-anuario-multi-cidades-2017>.
- FRISCHMANN, Brett. Economic Theory of Infrastructure and Commons Management. In: **Minnesota Law Review**, vol. 89, 2005.
- HÄBERLE, Peter. **Öffentliches Interesse als Juristisches Problem**: eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970.
- HAEBERLIN, Martín. **Uma Teoria do Interesse Público**: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. In: **Cardozo Law Review**, vol. 18, number 1, p. 1139-1116, New York, set. 1996.
- JHERING, Rudolf von. **Der Kampf um's Recht**. Frankfurt am Main: Propyläen Verlag, 1992.
- JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3ª ed. Berlin: O. Häring, 1914.
- JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Translated by Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.
- KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Riga: J. F. Hartknoch, 1785. Available at: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa04/428.html>.
- KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.
- KUHLMANN, Sabine et al. **Dezentralisierung des Staates in Europa**: Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenerfüllung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien. Weisbaden: VS Verlag, 2011.
- MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**: A Study in Moral Philosophy. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007.
- MADISON, James. **The Federalist**. Vol. 43. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.
- MEDAS, Paulo et al. **Brazil**: Strengthening the Framework for Subnational Borrowing. Technical Report, July 2019. Available at: [https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9\\_ID\\_PUBLICACAO:30758](https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:30758).
- MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. München: Verlag C. H. Beck, 1985.

NEBEL, Mathias. **Operationalizing the common good**: Theory, vocabulary and measurement. Discussion paper prepared for the IPBC research seminar. Puebla, 2017. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBCDiscussionpaperIDecember2017.pdf>.

NEBEL, Mathias. Operacionalizar el bien común. Teoría, vocabulario y medición. In: **Metafísica y Persona**, n. 20, p. 27-66, sep 2018.

NEBEL, Mathias; DELGADILLO, Jorge Medina. **Measuring the nexus of the common good**. Discussion paper prepared for the IPBC research seminar. Barcelona, 2018. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBCDiscussionpaperIIIMay2018.pdf>.

NEBEL, Mathias; ARBESU-VERDUZCO, Luis Ignacio. A Metric of Common Goods Dynamics. In: **Rivista Internazionale di Scienze Sociali**, n. 4, pp. 383-406, 2020.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Américo. **Da ontologia da “polis” em Platão**. Covilhã: LusoSofia press, 2011. Available at: [http://www.lusosofia.net/textos/pereira\\_americo\\_ontologia\\_da\\_polis\\_em\\_platao.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/pereira_americo_ontologia_da_polis_em_platao.pdf).

PIRES, Manuel. **Carga tributária no Brasil: 1990-2020**. Observatório de Política Fiscal. FGV-IBRE, 2021. Available at: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/series-historicas/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Costituzionale**. Padova: CEDAM, 1931.

SANDEL, Michael. **Justice: What’s the Right Thing to Do?** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

SEDMAK, Clemens et al. **Possible measurement of the common good’s dynamic**: Indicators and case studies. Discussion paper prepared for the IPBC research seminar. Notre Dame University, 2018. Available at: <https://upaep.mx/biencomun/templates/biencomun/IPBDiscussionpaperIII.pdf>.

SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Milano: Guiffè Editore, 1988.

SOUZA, Ricardo Timm. **Ética como Fundamento**: uma introdução à Ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

SWITZERLAND. **Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft**. Bern: Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1999. Available at: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html#a8>.

WORLD BANK GROUP. **World Development Report 2017**: Governance and the Law. Washington, D.C.: World Bank Publications, 2017. Available at: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017#>.

ZIPPELUI, Reinhold. **Allgemeine Staatslehre**. C. H. Beck Verlag, 1999.



## El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra

*The control of constitutional amendments and the checks and balances system: a proposal in the light of constitutional engineering in which the constitutional magistracy is legitimized by not having the last word*

FRANCISCO VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)  
fvazquez@up.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-2054-7199>

Recibido/Received: 12.05.2022 / 12 May 2022

Aprovado/Approved: 08.08.2022 / 8 August 2022

### Resumen:

La idea del constitucionalismo genuino es simple: «someter el poder al derecho». No obstante, existen dos órganos y procesos que, al margen de ser analizados en cada Constitución, en términos generales se mantienen exentos de esquemas de control. En primer lugar, el «Poder constituyente constituido» y 'su' proceso de reforma constitucional y, en segundo lugar, en aquellos sistemas que han permitido su control, se ha configurado otro poder ilimitado: *el de las cortes supremas o tribunales constitucionales que pueden declarar la inconstitucionalidad de reformas a la Ley Suprema*. A través de estas líneas se aportan los fundamentos que permitan bosquejar una garantía o proceso que posibilite el control de las

### Abstract:

*Genuine constitutionalism lies upon a basic premise: «political power is limited by the law». Nonetheless, there are a couple of institutions and procedures that operate at the margin of the Constitution, and somehow, are beyond its control: On the one hand, the «Constituted Constituent Power» and 'its' correlative process of constitutional amendment; and on the other -and within those jurisdictions in which the latter is subject to judicial review- an equally reckoning and emerging power: Constitutional Courts empowered to review the unconstitutionality of constitutional amendments. This essay contends some fundamental notions that may enable the implementation of a distinctive procedure to govern constitutional amendments by*

Como citar esse artigo/How to cite this article: GÓMEZ BISOGNO, Francisco Vázquez. El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: Una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 0543-577, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85578.

\* Doctor en Justicia por la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México), contento de obtener una mención honorífica para defender la tesis "El control de convencionalidad. Había una teoría de la argumentación convencional". Investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT. E-mail: fvazquez@up.edu.mx.

reformas constitucionales permitiendo un debate dialógico en torno a su contenido, cuyo diseño, a la luz de la «ingeniería constitucional», permita en su seno, tanto el control jurídico —propio de la magistratura constitucional— como los controles político y social —propios de los órganos legislativos y de la ciudadanía—, al tiempo de establecer los frenos y contrapesos propios de todo sistema democrático.

**Palabras clave:** poder constituyente constituido; magistratura constitucional; ingeniería constitucional; frenos y contrapesos; veto judicial.

*fostering the necessary debate around their content and design, from the vantage point of the so-called «Constitutional Engineering», that may ultimately pave the way for consistent judicial review -accorded to constitutional courts- and for more effective political and social controls -accorded to the legislature and the People-, and by introducing at the same time, a series of checks and balances as expected in any constitutional democracy.*

**Keywords:** constituted constituent power; constitutional courts; constitutional engineering; checks and balances; judicial veto.

## SUMARIO

1. Introducción; 1.1. Dos órganos (y sus procesos) exentos de control; 1.2. La magistratura constitucional y su última palabra; 1.3. El análisis axiológico de la Constitución; 2. La «ingeniería constitucional» y el control de reformas constitucionales; 2.1. El control sobre las reformas constitucionales: ¿quién controla a los controladores?; 2.2. El riesgo de concederle a al tribunal constitucional un «cheque en blanco» en torno al control de reformas constitucionales; 2.2.1. El caso “Fayt”. La reforma constitucional al régimen de designación de jueces federales (CSJN, Fallos, 322:1616); 2.2.2. La convocatoria a referéndum para reformas a la Constitución colombiana (Sentencia C-551 de 2003); 4. La acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución: una propuesta a la luz del sistema de «checks and balances»; 3.1. Los tipos de control y el sistema de «checks and balances»; 3.2. La legitimación procesal; 3.3. El control jurídico: un veto no es estatuir, es un llamado a la razonabilidad jurídica; 3.4. El control político; 3.5. El control social; 3.6. Las cláusulas de gobernabilidad multilateral en el seno de los órganos parlamentarios; 3.7. La «ingeniería constitucional» y la protección de la Constitución; 3.8. Los detalles y sus efectos; 4. Conclusiones; 5. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

*“...el poder para reformar la Constitución no incluye el poder de destruirla...”<sup>1</sup>*

William L. Marbury

Dentro del mundo contemporáneo cada vez se ha hecho más recurrente cuestionar los poderes ilimitados que llegan a predicarse de cualquier órgano o autoridad. Ello es así porque *“la idea de fondo del Estado de Derecho lato sensu —afirma Pereira— es simple y típica de todo constitucionalismo genuino: someter el poder al derecho.”<sup>2</sup>* Sin

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y AUZMENDI DEL SOLAR, Montserrat. Reforma Constitucional y Constitución Española de 1978. In: DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos (coord.). **Supremacía Constitucional**. México: Porrúa-Universidad Panamericana. 2009. p. 98.

<sup>2</sup> Es por ello que el profesor santiagués afirme que el Estado de Derecho es una parte de la Constitución y no del Estado, ya que mientras aquella es *ius-céntrica*, éste es *crato-céntrico*, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de teoría constitucional y otros escritos**. España: Andavira Editora. 2016. p. 216.

embargo, aquí es dónde nos topamos con una primera dificultad, ya que para que ello pueda concretarse resulta fundamental que el poder no sea dueño del derecho, o al menos no de todas sus fuentes, lo que implica la inexcusable necesidad de que todo sistema constitucional —cualquiera que éste sea— contenga las garantías y procesos que permitan, a partir de un correcto diseño, concretar una doble finalidad: “*apoderarnos y protegernos a nosotros, los ciudadanos [y] desapoderar y controlar al poder.*”<sup>3</sup>

Partiendo de esta premisa fundamental, no hay duda de que actualmente en los sistemas constitucionales existen un sinnúmero de mecanismos que tienen como objetivo alcanzar tales finalidades. No obstante, existen dos órganos y procesos que, al margen de ser analizados con detalle en cada Constitución, en términos generales se han mantenido exentos de esquemas de control.

### 1.1. Dos órganos (y sus procesos) exentos de control

Me refiero concretamente, en primer lugar, al «Poder constituyente constituido»<sup>4</sup> y ‘su’ proceso de reforma constitucional y, en segundo lugar, en aquellos sistemas que han permitido o facilitado su control, hoy se enfrentan a la realidad de haber configurado otro poder ilimitado: *el de las cortes supremas o tribunales constitucionales que pueden declarar la inconstitucionalidad de reformas a la Ley Suprema.*

En el primero de los supuestos existen países que no admiten el control constitucional de reformas constitucionales. No por nada se advierte como “*lamentable que en los países europeos la regla sea la no previsión de ese control, con lo cual se da la paradoja de que se priva de eficacia jurídica a la parte más importante de la Constitución: la que establece el modo en que puede ser reformada.*”<sup>5</sup>

Un ejemplo que nos convoca —por obvias razones— es el caso mexicano. De acuerdo al último precedente obligatorio sobre el *desiderátum* del presente estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admitió que el control formal no sólo era necesario sino posible, al señalar que:

*El Poder Reformador es un órgano regulado y ordenado en el texto constitucional, pues es en él donde se basa su competencia. Aun cuando se acepte que la competencia para*

<sup>3</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de teoría constitucional y otros escritos**. España: Andavira Editora. 2016. p. 216.

<sup>4</sup> Debido a que la doctrina ha denominado de diversas maneras al órgano facultado para enmendar la Constitución, y sin que nosotros nos pronunciemos respecto de cuál es el concepto más adecuado debido a que no es el objetivo de la presente investigación, a lo largo del presente estudio se hará referencia de manera indistinta a los conceptos de “*Poder constituyente constituido*”, “*Poder constituyente permanente*”, “*Poder revisor de la Constitución*”, “*Poder reformador de la Constitución*”, “*Órgano reformador de la Constitución*”, “*Poder de revisión de la Constitución*”, “*Poder de reforma*”, etc., entendiéndose por todos ellos el órgano facultado para llevar a cabo reformas y enmiendas al texto constitucional.

<sup>5</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**. Colombia. Núm. 50. p. 20. sep.|dic. 2021.

*reformular la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad extraordinaria o, si se quiere, una 'competencia de competencias'; ello no implica que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el Poder Soberano. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos, pues el Poder de Revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; de manera contraria, el Poder Constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.*

*En consecuencia, es claro que solamente considerando al Poder Reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y cobra sentido el principio jurídico de supremacía constitucional, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella. [...] Es decir, derivado de una interpretación del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional contra la eventual actuación violatoria de las normas del procedimiento reformativo.<sup>6</sup>*

No obstante, dicho precedente se derivó del amparo en revisión 186/2008, es decir, se emitió previo a la 'nueva' Ley de Amparo de 2013, lo cual es importante destacar debido a que dicha ley, de manera categórica, proscribió dicho medio de control constitucional —y no hay ninguna otra garantía que lo prevea— respecto de las reformas constitucionales. En pocas palabras, la emisión del precedente referido fue posible en la medida de que la Ley de Amparo de 1936 no se refería expresamente a las reformas constitucionales como una causal de improcedencia para promover dicha garantía constitucional.

Sin embargo, a partir de la Ley de Amparo de 2013, la primera causal de improcedencia dentro de la más importante garantía constitucional de México establece que:

**Artículo 61.** *El juicio de amparo es improcedente:*

*I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

El caso mexicano es paradójico debido a que la mencionada Ley de Amparo de 2013 se deriva de la reforma constitucional que, en materia de derechos humanos y amparo, fuera aprobada en 2011, la cual ha sido calificada como una de las enmiendas más importantes en las últimas décadas.

En el segundo de los supuestos existen países como Colombia, sistema el cual desde su Constitución permiten el *control formal* de reformas constitucionales, al señalar, por ejemplo:

<sup>6</sup> SCJN. Poder Reformador de la Constitución. El procedimiento reformativo relativo emanado de este órgano con facultades limitadas, es susceptible de control constitucional. [TAJ]; 9a. Época; S.C.J.N.; S.J.F. y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 14, P. LXXV/2009.



**Artículo 241.** *A la Corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

**1.** *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.*

Ahora bien, pese a que la Corte colombiana encuentra limitada su facultad a realizar un *control formal* de los actos reformatorios de la Constitución, se han actualizado —en palabras de Jeremy Waldron— las “preocupaciones sobre la legitimidad y el posible carácter no democrático que supone permitir que jueces —no elegidos y electoralmente irresponsables— puedan retirar del ordenamiento jurídico leyes aprobadas por un legislativo que es representativo.”<sup>7</sup> Ello es así, ya que la Corte constitucional colombiana configuró lo que se conoce como la «doctrina de la sustitución constitucional», la cual le ha permitido —a pesar de no tener competencia expresa para ello— realizar un *control material* de los actos de reforma constitucional, tal y como lo analizaré a detalle más adelante.

Existen de igual forma, en esquemas de constitucionalismo fuerte, otros países que han establecido expresamente en su Constitución «cláusulas de intangibilidad»<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> WALDRON, J. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, vol. 27, n. 1, jun. 2018. p. 7–28.

<sup>8</sup> Algunos ejemplos son: la **Constitución italiana de 1947** (Art. 139. No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana); **Constitución alemana de 1949** (Art. 79.3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1° y 20.); **Constitución francesa de 1958** (Art. 89, quinto párrafo. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma); **Constitución portuguesa de 1976** (Art. 288. Las leyes de revisión constitucional deberán respetar —entre otros temas— la forma republicana de gobierno; los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; la separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; la fiscalización de la constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas, etc.); **Constitución salvadoreña de 1983** (Art. 248. No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República); **Constitución guatemalteca de 1985** (Art. 278. Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución (“Derechos Humanos”), es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente; lo que significa que el Poder constituyente permanente no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario); **Constitución brasileña de 1988** (Art. 60.4. No serán objeto de deliberación las propuestas de enmienda tendientes a abolir la forma federal del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes y los derechos humanos); **Constitución Rusa de 1993** (Art. 135. Las disposiciones de los capítulos 1 (“Los Fundamentos del Sistema Constitucional”), 2 (“Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano”) y 9 (“Revisión y Reforma Constitucional”) de la Constitución de la Federación de Rusia no podrán ser revisadas por la Asamblea Federal. En caso de que se presente una propuesta para su reforma, ésta deberá ser solicitada por las tres quintas partes del número total de diputados del Consejo de la Federación y la Duma del Estado, con lo cual se convocará a una Asamblea Constitucional. La Asamblea Constitucional puede confirmar la inviolabilidad de la Constitución de la Federación de Rusia o desarrollar un nuevo proyecto de la Constitución de la Federación de Rusia, que deberá ser aprobada por dos tercios del número total de diputados a

es decir, aquellas que “...nos permiten identificar —apunta Mijangos Borja— el núcleo esencial de la Constitución, y son de suma utilidad a la hora de interpretar este ordenamiento, ya que su introducción en los textos constitucionales tiene como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer.”<sup>9</sup> El establecimiento de tales cláusulas lleva implícito la necesidad de que se contemple, dentro del sistema, un proceso que permita el control material de las reformas constitucionales.

Tal propósito es muy loable. Sin embargo, deja ver sus defectos cuando se genera la pregunta natural: ¿quién velará porque el Poder de reforma constitucional no violente dichas cláusulas de intangibilidad? La respuesta que hasta ahora se ha formulado es en el sentido de que debe ser el guardián de la Constitución, es decir, las cortes supremas o tribunales constitucionales. Pero como ya advertimos ello genera de inmediato otro poder ilimitado.

Así, por ejemplo, a pesar de que la Constitución brasileña de 1988 no atribuye al Supremo Tribunal Federal, con carácter general, la competencia para enjuiciar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales, el Alto Tribunal brasileño ha venido declarando su competencia para declarar la inconstitucionalidad de enmiendas restrictivas de cláusulas pétreas por vicios formales y materiales.<sup>10</sup>

¿Existe un riesgo al entregarle un ‘cheque en blanco’ al órgano jurisdiccional? Quizá al hacerlo tendremos que recordar, más con pena que gloria, aquellas palabras de Lord Acton, en el sentido de que “...el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente...”<sup>11</sup>

---

la Asamblea constitucional o sometida a votación popular conforme a lo dispuesto en la ley constitucional federal; lo que significa que el Poder constituyente permanente no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario); **Constitución venezolana de 1999** (Art. 342. La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional); **Constitución ecuatoriana de 2008** (Art. 84. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.); y la **Constitución boliviana de 2009** (Art. 411. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria; lo que significa que el Poder constituyente permanente —al igual que en el caso guatemalteco— no puede alterar dichos contenidos a través de enmiendas a la Constitución de este país, ya que esto sólo podrá hacerlo un Poder constituyente originario).

<sup>9</sup> MIJANGOS BORJA, María de la Luz. Estabilidad y límites a la reforma constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, n. 91, ene./abr. 1998.

<sup>10</sup> ALMAGRO CASTRO, David. La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: cláusulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales y principio democrático. **Derecho Político**, v. 1, n. 94, p. 255–280, 2015. p. 273 y 274.

<sup>11</sup> La frase fue acuñada por *John Emerich Edward Dalkberg Acton*, quien al no estar de acuerdo con las doctrinas que atribuyeron en el s. XIX infalibilidad al Papa y al Rey, sobre la base de que tienen una presunción a su

Por ello es importante identificar que existen ámbitos en el Estado de Derecho que al día de hoy permanecen exentos de control. Ya sea por una legitimidad democrática supuestamente incuestionable como lo es la del Poder reformador de la Constitución; ya sea porque el órgano posee el poder del “*discernimiento* [y de la] *razón*, [de la] *razonabilidad*, de [la] *argumentación jurídica convincente*”<sup>12</sup> como lo es el de las cortes o tribunales constitucionales. Como ya se refirió, esto significaría transigir con la más básica idea que de constitucionalismo se pueda tener. Confieso por tanto que no me satisfacen ningunas de las opciones.

## 1.2. La magistratura constitucional y su última palabra

Es más, respecto de que la magistratura constitucional pueda expulsar del ordenamiento jurídico una reforma constitucional aprobada por un órgano integrado por todos los legisladores —federales y locales— del sistema constitucional (vgr. caso mexicano)<sup>13</sup> el riesgo no sólo se torna contrario al principio de separación y equilibrio de poderes, sino que resulta antidemocrático, ya que, amalgamadas entre sí, resuenan con prevención las célebres frases de los *justices* Charles Evan Hughes y R. Jackson, debido a que si “...*todos estamos bajo la Constitución, pero los jueces dicen qué es la Constitución...*”<sup>14</sup> y si los miembros de dichas cortes o tribunales pueden afirmar que *no tienen la última palabra porque sean infalibles, pero que son infalibles porque tienen la última palabra*<sup>15</sup>, no hay duda que el contenido y alcance del sistema constitucional, así como de los derechos humanos y su protección, quedan al arbitrio de una élite que resulta «contramayoritaria».

No por nada se afirma que

---

favor, señaló que, más bien, si hay alguna presunción es en contra de los ostentadores del poder, ya que dicha presunción se incrementa en la medida en que lo hace el poder. De ahí que dijera: “*Power tends to corrupt; absolute power tends to corrupt absolutely*”; WALD SHELDON, Garret. **Encyclopedia of Political Thought**. Infobase Publishing. 2001. p. 4.

<sup>12</sup> OROZCO, Jesús. Justicia Constitucional y desarrollo democrático en México. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007. p. 315.

<sup>13</sup> El artículo 135 de la **CPEUM** establece que: “*Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.*”

<sup>14</sup> Textualmente señalaba: “*We live under a Constitution; but the Constitution is what the judges say it is.*” HUGHES, Charles Evans. **La Suprema Corte de los Estados Unidos**. México: F.C.E. 1971 y LANDA, César, Teorías de la interpretación judicial. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), **Derecho Procesal Constitucional**. 5ª ed. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. IV. p. 3483.

<sup>15</sup> Textualmente señala: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”. **Caso Brown v. Allen**. 1953 (344 U. S. 443, 540).

*el control judicial de la constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora (...) El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.<sup>16</sup>*

Es por lo anterior que, a través de estas líneas, pretendo bosquejar una garantía o proceso constitucional que atempere el argumento anterior, es decir, que posibilite el control de reformas constitucionales pero, al mismo tiempo, que permita el debate dialógico de ideas en torno a las mismas, cuyo diseño, a la luz de la «ingeniería constitucional», pueda englobar en su seno tanto el control jurídico, propio de la magistratura constitucional, como los controles político y social, propios de los órganos legislativos y de la ciudadanía, respectivamente.

Es innegable que en el Estado constitucional y democrático actual y, más aún, en el contexto de su expresión más acabada, es decir, en su materialización más próxima: el «Estado de derechos y justicia»<sup>17</sup>, se han judicializado un sinnúmero de procesos que tienden a controlar al poder. Ahora bien,

*la judicialización es un proceso que consiste en la transferencia de ciertos asuntos y decisiones de las manos de instituciones elegidas a favor de las instituciones judiciales. Y este proceso provoca problemas de legitimidad porque es inevitable —teniendo en cuenta las profundas diferencias en términos de estructura y de ubicación en la arquitectura del Estado— que las decisiones de las cortes no ostenten la misma base de legitimidad que las decisiones de un legislativo elegido. Creo que esto es innegable.<sup>18</sup>*

Por tanto, lo que en el fondo aborda esta reflexión es la diferencia entre los sistemas de control constitucional. En términos de J. Waldron, existen *sistemas fuertes* —como el colombiano o el brasileño— que son aquellos en los que una sentencia en contra de la medida legislativa enjuiciada la hace inoperable. Por otra parte existen *sistemas débiles* de dicho control —como el inglés— que son aquellos en que la corte o tribunal profiere una suerte de declaración de incompatibilidad entre un artículo de la Constitución y la legislación analizada.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> VÁZQUEZ CARDOZO, Javier. Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007. p. 211.

<sup>17</sup> VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. **El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional**. México: Tirant Lo Blanch. 2018. p. 171.

<sup>18</sup> WALDRON, J. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Dikaion**, vol. 27, n. 1, jun. 2018. p. 15-16.

<sup>19</sup> Esta forma *débil* de control de constitucionalidad se estableció en Estados como el Reino Unido, debido a que quienes diseñaron el sistema constitucional no estaban seguros de empoderar y privilegiar una mayoría

Esta última idea es la que tomaré para que, a la luz de la «ingeniería constitucional», proyecte una garantía que, a pesar de no darle la última palabra a las cortes supremas o tribunales constitucionales, sean éstos órganos los que se vean aún más legitimados en alguna resolución en que determinen que una reforma constitucional violenta el núcleo intangible de la Constitución.

### 1.3 El análisis axiológico de la Constitución

Resulta necesario advertir que existen cláusulas constitucionales que, a pesar de situarse en la cúspide del orden jurídico normativo, se configuran en reales «lagunas axiológicas»<sup>20</sup> violatorias de derechos humanos o de aquellos valores y principios que integran el «núcleo intangible»<sup>21</sup> de toda Constitución. No por nada se afirma que *“...a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho...”*<sup>22</sup>

Así, inmersos en un «paradigma»<sup>23</sup> como el «neoconstitucionalismo»<sup>24</sup>, ese que heredamos de la filosofía del Derecho desarrollada en la postguerra y, a partir del cual, se ha rescatado la idea de que el Derecho no se distingue necesariamente de la reflexión ético-filosófica, en cuanto incorpora principios comunes a ambos; hoy admitimos casi unánimemente la razonabilidad de la «fórmula Radbruch», ya que resulta del todo sensato afirmar que *«la injusticia extrema, aún y cuando sea ley, no es Derecho»*<sup>25</sup>. Así, *“...a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico —afirmaba el jurista alemán— resucita*

---

simple de jueces no elegidos sobre los representantes elegidos del legislativo, WALDRON, J. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, vol. 27, n. 1, jun. 2018. p. 12.

<sup>20</sup> Una laguna axiológica *“...es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que —según la opinión del intérprete— está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta» [...] Dicho de otra forma [...] «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución»*, GUASTINI, Riccardo. *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. Análisis filosófico*, Buenos Aires, vol. 26, n. 2, nov. 2006. p. 278.

<sup>21</sup> Me refiero al *“elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional”*, VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*. México: Porrúa. 2012. p. 227.

<sup>22</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: FCE. 1951. p.178-180.

<sup>23</sup> Los «paradigmas» son *“realizaciones científicas universalmente reconocidas, que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica [es decir] el paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica en particular”*, KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: F.C.E. 2006.

<sup>24</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3ª ed. Madrid: Trotta. 2006. p. 260.

<sup>25</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*. Argentina: Fontamara. 2008. p. 512.

*aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho...*<sup>26</sup>

Y es que si de lo que se trata el constitucionalismo es que el *Estado* no sea el dueño y señor del *derecho*, resulta fundamental reconocer que mientras el primero se desenvuelve en el ámbito de la «potestas» (poder socialmente reconocido), el segundo debe —hago énfasis en él *debe*— desarrollarse en el ámbito de la «auctoritas» (saber socialmente reconocido). El *derecho* debe ser apreciado, no por la *potestas* de los órganos del Estado que lo llegaren a emitir, sino por la *auctoritas* que en su contenido puede llegar a desarrollar al decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido en torno a una idea o propósito que (axiológicamente) sea valiosa para la sociedad.<sup>27</sup>

Este planteamiento nos permitió derrumbar, tanto el «mito del legislador perfecto» como el «iuspositivismo ideológico» en el que se sustentaba, en el sentido de que ya no era admisible afirmar que el operador jurídico y el destinatario de las normas positivas estuvieran imposibilitados a emitir críticas respecto del contenido y fundamento axiológico de las leyes bajo la idea de que el legislador era infalible.

Así, no hay duda que hemos superado el mito del legislador perfecto, pero... ¿podemos decir lo mismo del mito del constituyente perfecto?<sup>28</sup> En realidad, hemos transitado del *mito del legislador perfecto* al «*mito del constituyente perfecto*»<sup>29</sup>, debido a que

*el éxito del gobierno constitucional, la afirmación de la supremacía de la Constitución (...) necesita del mito de la Constitución perfecta –sabia, completa, sin lagunas ni contradicciones–, de la creencia de que correctamente interpretada, la Constitución proveerá la respuesta apropiada para cualquier tipo de conflicto...*<sup>30</sup>

¿Lo hemos advertido? No debemos olvidar que:

<sup>26</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. trad. de Wenceslao Roces. México: F.C.E. 1951. p.178-180.

<sup>27</sup> Ello implica, explica Pereira, la necesidad de retomar una idea *pre-moderna* del *Derecho* y el *poder*. “No era lo mismo someterse al *Derecho* para un español del s. XVI que para un gobernante del s. XXI. Para Cortés, que no era ningún demócrata, el *Derecho* era algo dado, en muchos casos, antiguo (como las Siete Partidas, que así viajaron a América); algo que él no tenía la menor posibilidad de cambiar (aunque sí de incumplir). Para un político de hoy —afirma el profesor español— el *Derecho* es lo que aprueba el partido mayoritario en el parlamento [o en la corte o tribunal constitucional] con fuerza y rango de ley”; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de teoría constitucional y otros escritos**. España: Andavira Editora. 2016. p. 172 y 173.

<sup>28</sup> SAGÚÉS, Néstor Pedro. La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos). **La Justicia Constitucional de Bolivia 1998-2003**. CAECI. 2003. p. 177-199.

<sup>29</sup> SAGÚÉS, Néstor Pedro. La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos). **La Justicia Constitucional de Bolivia 1998-2003**. CAECI. 2003. p. 177-199.

<sup>30</sup> AHUMADA, Marian. La expansión del control de constitucionalidad. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007. p. 132.

*el éxito del gobierno constitucional, la afirmación de la supremacía de la Constitución (...) necesita del mito de la Constitución perfecta —sabia, completa, sin lagunas ni contradicciones—, de la creencia de que correctamente interpretada, la Constitución proveerá la respuesta apropiada para cualquier tipo de conflicto...<sup>31</sup>*

En palabras de los profesores Doreen Lustig y J. H. H. Weiler, se trata de advertir que, en el desarrollo del control constitucional, todo partió de las premisas siguientes: **(i)** la fe en una “ley superior” que vincula incluso a los órganos democráticos, cuyo principal contenido son normas que protegen los derechos y las libertades individuales contra las tiranías, incluso las de las mayorías democráticas; y **(ii)** la fe en los tribunales, ya sea constitucionales o promiscuos, supremos u ordinarios, como la garantía más eficiente para la eficacia y el cumplimiento de ese derecho superior. El control constitucional se convirtió en un signo distintivo de la propia noción de Estado de derecho.<sup>32</sup>

Es por ello que se siga considerando como premisa que lo único que no es inconstitucional es lo que está en la propia Constitución, ya que si nos enfrentamos a ‘aparentes’ contradicciones dentro de la Constitución, habrá que realizar un esfuerzo por coordinar el sentido de unas normas con otras<sup>33</sup>, o lo que es ciertamente riesgoso desde el punto de vista democrático, que sea la corte suprema o el tribunal constitucional —a su leal saber y entender— el que las resuelva.<sup>34</sup>

Sin embargo —sólo como ejemplo— considerando que una de las principales virtualidades de la Constitución mexicana sea reconocer el principio de presunción de inocencia o la concesión de la suspensión en el juicio de amparo, existen dentro de la misma, cláusulas constitucionales que predicán lo contrario.

Muy loable es que se mandate presumir *la inocencia de toda persona imputada mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa*<sup>35</sup>, pero también se mandata que *los derechos de los ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión*.<sup>36</sup> La pregunta es obvia: ¿Y la presunción de inocencia?

<sup>31</sup> AHUMADA, Marian. La expansión del control de constitucionalidad. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007. p. 132.

<sup>32</sup> LUSTIG, D.; WEILER, J. Control constitucional en el mundo contemporáneo-Retrospectiva y prospectiva. **Dikaion**, vol. 30, n. 2, dic. 2021.p. 248.

<sup>33</sup> SCJN. Interpretación constitucional. Al fijar el alcance de un determinado precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe atenderse a los principios establecidos en ella, arribando a una conclusión congruente y sistemática. **[TA]; 9a. Época; S.C.J.N.; S.J.F. y su Gaceta**. Tomo XXIII, Febrero de 2006, página 25. P. XII/2006.

<sup>34</sup> SCJN. Conflictos entre normas constitucionales. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverlos en cada caso concreto. **[TA]; 9a. Época; S.C.J.N.; S.J.F. y su Gaceta**. Tomo XXXIII, Abril de 2011, página 305. 1a. XCVII/2010.

<sup>35</sup> Artículo 20, apartado B, fracción I de la CPEUM.

<sup>36</sup> Artículo 38, fracción II de la CPEUM.



O bien, por lo que hace a la suspensión dentro del amparo, resulta altamente convincente que se disponga que *los actos reclamados* —sin distinción—

*podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.*<sup>37</sup>

Sin embargo, también se dice en su texto que *las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones no serán objeto de suspensión.*<sup>38</sup> Este par de ejemplos es a los que me he referido como «lagunas axiológicas» dentro de la Constitución.

Éstas son aquellas que se presentan cuando, hay un caso, hay una norma constitucional aplicable al mismo, sin embargo, dicha cláusula no lo regula de manera justa, es decir, existe una norma cuya solución no atiende a la axiología constitucional. Según el mismo Guastini, una laguna axiológica

*...es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que —según la opinión del intérprete— está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta» [Dicho de otra forma] «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución».*<sup>39</sup>

Por tanto, es fundamental recordar que el “...estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico...”<sup>40</sup> Es por ello que, tal y como lo afirmé hace más de una década

*...hoy más que nunca, se presenta como ineludible la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del núcleo intangible de la misma, ya que —parafraseando al Estagirita— resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros, por lo que resulta más*

<sup>37</sup> Artículo 107, fracción X de la CPEUM.

<sup>38</sup> Artículo 107, fracción X de la CPEUM.

<sup>39</sup> GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Análisis filosófico**, Buenos Aires, vol. 26, n. 2, nov. 2006. p. 278.

<sup>40</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos, constitución y democracia. In: PÉREZ-PRENDES, J. M., et. al., (comps.). **Derechos y libertades en la Historia**. Universidad de Valladolid. 2003. p. 162.



*coherente con los conceptos básicos del constitucionalismo contemporáneo, pensar en que el Poder constituyente constituido posea límites, y de esta forma, se reconozca la existencia de entidades jurídicas anteriores, superiores y/o exteriores al propio Estado y sus órganos, entidades las cuales, posibiliten una vivencia real bajo el Imperio del Derecho y que se configuren en el núcleo intangible de la Constitución.<sup>41</sup>*

De ahí que sea fundamental retomar la idea de que *“...al certificar que algo es jurídicamente válido —afirma H.L.A. Hart— no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y (...) por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral...”<sup>42</sup>*

## 2. LA INGENIERÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

*“...las Constituciones no son meros documentos legales plagados de mandatos y prohibiciones que organizan el poder. También se espera de ellas que ordenen el comportamiento, es decir, que contengan incentivos, recompensas y factores disuasorios [razón por la cual] la ingeniería constitucional es en gran parte una labor extrajurídica...”<sup>43</sup>*

Giovanni Sartori

### 2.1. El control sobre las reformas constitucionales: ¿quién controla a los controladores?

Bien podría decirse que, si se acepta que el Poder revisor de la Constitución debe ser controlado por los jueces constitucionales, sobre éstos podrían esgrimirse todos los argumentos que hemos vertido respecto de la inconveniencia de que no exista un control constitucional sobre aquél, ya que se estaría generando, igualmente, un esquema en el que otro poder constituido —en este caso el órgano encargado de defender el núcleo intangible de la Constitución— quedaría exento de control.

<sup>41</sup> VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. La Suprema Corte y el poder constituyente constituido. Hacia la defensa del núcleo intangible de la Constitución. **Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. México: IJ-UNAM. Núm. 22. Ene./Jun. 2010. p. 317.

<sup>42</sup> APARISI MILLARES, Ángela. *Ética y deontología para juristas*. Madrid: Eunsa. 2006. p. 74.

<sup>43</sup> SARTORI, Giovanni. La ingeniería constitucional y sus límites. **Teoría y Realidad Constitucional**, Ciudad de México, n. 3, ene./jun. 1999. p. 79 y 81.

Esto me hace recordar el ingenioso argumento utilizado por Thomas Hobbes, quien al desarrollar las teorías estatistas del absolutismo afirmaba, entre otras cosas, que: “...una cuarta opinión, repugnante a la naturaleza de un Estado es que quien tiene el poder soberano esté sujeto a las leyes civiles (...) Este error que coloca las leyes por encima del soberano, sitúa también sobre él un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano, y por la misma razón un tercero, para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin tregua, hasta la confusión y disolución del Estado.”<sup>44</sup>

Fue precisamente con tal argumento como Hobbes quiso justificar la idoneidad del absolutismo como única forma de Estado que garantizaría su permanencia. Sin embargo, se equivocó, ya que han sido las teorías opuestas y sus principios básicos, como lo son la división y equilibrio de poderes y el reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona, las que nos han permitido transitar con mediana tranquilidad a lo que hoy predicamos como “el” Estado constitucional y democrático de Derecho. Sin embargo, también debemos aceptar que Hobbes tuvo algo de razón. No por nada “...Schmitt se preguntaba dramáticamente por quién controla a los controladores, con lo que implícitamente quería advertir los riesgos de un gobierno de los jueces.”<sup>45</sup>

Por ello, el argumento *hobbesiano* debe ser una llamada de atención, ya que no debemos perder de vista que el hecho de que exista control sobre las reformas a la Constitución puede claramente configurar otro poder ilimitado, ante lo cual, quedarían dos alternativas: (i) prescindir del Estado constitucional y democrático de Derecho para darle la razón al *leviatán*, debido a que la limitación del poder no sólo es ilusoria, sino hasta peligrosa, en tanto que pone en riesgo la permanencia del Estado mismo, o; (ii) diseñar algunos controles que limiten al órgano que revise las enmiendas constitucionales a la luz de la «ingeniería constitucional», lo que implica no concederle el poder o facultad absoluta a ningún órgano, sino generar equilibrios sanos en beneficio del sistema constitucional.

De esto es de lo que hablaba Giovanni Sartori cuando se refería a la «ingeniería constitucional» como el *arte de aplicar los conocimientos teóricos a la invención y perfeccionamiento de la técnica constitucional*. Un ámbito de la ciencia constitucional en el cual lo jurídico y lo político se encuentran en una íntima relación, al punto de que afirmarí el profesor florentino que:

*...las Constituciones no son meros documentos legales plagados de mandatos y prohibiciones que organizan el poder. También se espera de ellas que ordenen el comportamiento, es decir, que contengan incentivos, recompensas y factores disuasorios [razón por la cual] la ingeniería constitucional es en gran parte una labor extrajurídica [ya que]*

<sup>44</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Capítulo XXIX. p. 132. <https://www.untumbes.edu.pe/>

<sup>45</sup> VIGO, Rodolfo Luis. **De la ley al derecho**. México: Porrúa. 2003. p. 221.

*para escribir una Constitución, el jurista necesita al científico de la política tanto como éste precisa de aquél.*<sup>46</sup>

Me parece que, por tanto, de las alternativas señaladas, racionalmente sólo podríamos optar por la segunda, ya que la primera sería desconocer por completo, tanto las luchas que se han librado a lo largo de los tres últimos siglos para proteger los derechos y libertades de la persona humana, como los resultados y victorias tangibles que hoy tenemos por haberse librado tales batallas.

Es por ello que al preguntarnos si el control de las reformas constitucionales generaría otro poder ilimitado, considero que la respuesta dependerá de las formas en que esto pueda realizarse, y no de la simple realización de tal control; es decir, será necesario determinar los límites a los que tendrá que sujetarse el órgano que controle al Poder revisor de la Constitución.

No perdamos de vista que el control es medio, no fin, por lo que su conveniencia o inconveniencia dependerá de la forma en cómo lo estructuramos. Es justo aquí donde se encuentra el reto para los procesal-constitucionalistas.

Así por ejemplo, lejos de pensar que el control de las reformas constitucionales generarían en sí otro poder ilimitado, quizá debamos partir de la idea de que

*...los límites que regulan las resoluciones judiciales pueden agruparse —refiere Vigo— en controles jurídicos (decisiones judiciales propias anteriores y criterios jurisprudenciales consolidados, doctrinas mayoritarias, instancias revisoras, etc.), controles políticos (mecanismos de supervisión y sanción sobre el desempeño e idoneidad de los jueces) y controles sociales (necesidad de una sintonía entre las sentencias y los requerimientos sociales de modo que las mismas logren la adhesión de la opinión pública que fortalece la eficacia que necesita el derecho).*<sup>47</sup>

Es decir, debemos entrar al estudio y análisis de los diversos tipos de control, para que de esta forma, podamos plantear un diseño que nos aleje del peligro ya mencionado.

Así pues, tal y como ya lo mencioné, considero que el reto de todo procesal-constitucionalista no es sólo conocer y profundizar en los procesos o medios de control constitucional que existen actualmente, sino proponer la creación de nuevos instrumentos que atiendan a las necesidades sociales, políticas y jurídicas, procurando con ello, la regularidad constitucional de todo acto que dimane de los poderes constituidos, entre ellos, los actos del Poder constituyente constituido.

<sup>46</sup> SARTORI, Giovanni. La ingeniería constitucional y sus límites. **Teoría y Realidad Constitucional**, Ciudad de México, n. 3, ene./jun. 1999. p. 79 y 81.

<sup>47</sup> VIGO, Rodolfo Luis. **De la ley al derecho**. México: Porrúa. 2003. p. 221.

No por nada, al referirse a los desafíos del derecho procesal constitucional — señala Sagües— que su

*...rol instrumental o servicial (...) parece innegable: es mejor en la medida en que más fielmente opera para mantener la supremacía de la Constitución, cosa que en buen romance significa reprimir las evasiones, las alteraciones o los desvíos de ella, tanto normativos como ideológicos. Y al afirmar a la Constitución, le toca habitualmente mantenerla, es decir, conservarla. De ahí su inexorable pose preservacionista.<sup>48</sup>*

## 2.2. El riesgo de concederle a al tribunal constitucional un «cheque en blanco» en torno al control de reformas constitucionales

El derecho comparado ha dejado ver que los tribunales constitucionales suelen extralimitarse al momento de ejercer el control sobre reformas constitucionales. Sólo dos casos paradigmáticos al respecto. Veamos.

### 2.2.1. El caso “Fayt”. La reforma constitucional al régimen de designación de jueces federales (CSJN, Fallos, 322:1616)

Como bien dice Antonio María Hernández:

*Este caso debe su nombre al Juez de la Corte suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos Santiago Fayt, que planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad contra dos disposiciones incorporadas en la reforma constitucional de 1994 que le afectaban: el art. 99 inc. 4, tercer párrafo y la disposición transitoria undécima.<sup>49</sup>*

Dichas disposiciones pretendían modificar, o si se prefiere, matizar el principio de inamovilidad de los jueces federales establecido en el artículo 96 constitucional (hoy artículo 110)<sup>50</sup>, debido a que, por un lado, el artículo 99, inciso 4, introdujo como una nueva facultad del Presidente de la Nación la de nombrar a los magistrados de la Corte suprema con el acuerdo del Senado, pero señalando que una vez que dichos magistrados cumplieran la edad de 75 años, requerirán de un nuevo nombramiento, mismo que debería/podría ser repetido indefinidamente cada cinco años, y por el otro, la

<sup>48</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. 5ª ed. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. I. p. 516.

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María. El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 5, ene./dic. 2001. p. 454.

<sup>50</sup> Dicha disposición establece, en la parte que interesa, que: “Los jueces de la Corte suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”

disposición undécima transitoria que establecía una *vacatio legis* de 5 años a tal sistema de designación. Concretamente las referidas reformas fueron del tenor siguiente:

**Artículo 99.-** *El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:*

*4. Nombra los magistrados de la Corte suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.*

*Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.*

*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.*

**Undécima:** *La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional (corresponde al art. 99 inc. 4).*

Así fue como después de un camino por la justicia ordinaria el planteamiento del juez Fayt llegó al conocimiento de la Corte suprema, lo que

*...significó que, por primera vez en la historia del Estado federal argentino, la Corte suprema de Justicia realizara un juicio de constitucionalidad con total plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la letra de la Ley Mayor (...) Por tanto, la nulidad de reglas constitucionales creadas por el poder constituyente, como ocurrió en Fayt, genera la reapertura del debate en torno de los fundamentos del control de constitucionalidad...<sup>51</sup>*

El caso fue resuelto el 19 de agosto de 1999 mediante un fallo suscrito por una mayoría de 6 jueces, el voto particular disidente del juez Bossert y la excusación del juez Enrique Santiago Petracchi.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 114.

<sup>52</sup> CSJN, Fallos, 322:1616 (1999). Sobre la excusación del juez Enrique Santiago Petracchi, es importante considerar lo que al respecto destaca Ferreyra: "Dicho magistrado planteó que en ese proceso se repetía una situación de contenido similar a la resuelta por la Corte, según aparece registrado en "Piccirilli, Ricardo y otro c/ Nación Argentina" CSJN, Fallos, 311:1946 (1988), entre otros precedentes, lo que impedía que fuesen los miembros del propio tribunal quienes debían resolver el litigio (art. 30, CPCCN). En tales condiciones –concluyó Petracchi– no se advertía por qué los jueces de la Corte, que se excusaron cuando estaba en juego la garantía de la intangibilidad de los haberes de los jueces nacionales, no debían entonces adoptar igual criterio cuando se discutía la garantía de la inamovilidad de aquellos (de igual o mayor entidad que la primera). Inmediatamente, en la p. 1616, puede leerse la desestimación de la excusación deducida. Tal rechazo lleva la firma de los siete jueces que momentos más tarde

En suma, lo que es importante resaltar del caso “Fayt” para la etapa de profundidad que hasta ahora hemos alcanzado, es que la Corte reputó inconstitucional la enmienda al artículo 99, inciso 4, de la Ley Fundamental argentina, y

*...fuera de sí en ello tuvo o no razón (en virtud de tratarse de una cuestión opinable, podría haber concluido que si hubiera duda, debía estarse en favor, y no en contra de la constitucionalidad de la enmienda), lo cierto es que «judicializó» el tema de la constitucionalidad de una reforma constitucional, un tema hartamente polémico en el derecho comparado.<sup>53</sup>*

Para finalizar este apartado, quedémonos pues con una última reflexión de Sa-gües, quien con pre-claridad de pensamiento concluye: *“naturalmente, esa «judicialización» tiene sus soles y sus bemoles... [Por lo que hace a los soles] parece impecable que la convención reformadora de la constitución, como cualquier poder constituido, está bajo, y no por encima, de las reglas constitucionales, [pero, por lo que hace a los bemoles]*

*esto importa darle un muy significativo poder a la Corte suprema y a los demás tribunales, quienes están entonces habilitados para nulificar nada menos que una reforma constitucional, y caer en la tentación de hacerlo alguna vez por intereses partidistas o de otro tipo non sancto, de tal modo que la suerte de un poder constituyente dependería, a la postre, de los jueces integrantes de un poder «constituido».<sup>54</sup>*

### 2.2.2 La convocatoria a referéndum para reformas a la Constitución colombiana (Sentencia C-551 de 2003)

Con la sanción de la Constitución colombiana de 1991 se le otorgó a la Corte constitucional la facultad para revisar formalmente las enmiendas constitucionales, por lo que esta práctica dentro de la jurisdicción constitucional colombiana se ha venido desarrollando décadas atrás. El caso llegó a la Corte constitucional debido a que el presidente Uribe, quien asumió su cargo en 2002, propuso una reforma constitucional a través del procedimiento previsto en el artículo 378 de la Constitución colombiana de 1991, es decir, vía referéndum.<sup>55</sup>

---

*darían la bienvenida al planteo del juez Fayt. No obstante, el juez Petracchi no suscribió el acuerdo, seguramente siguiendo esas mores maiorum del Tribunal de no contar con todas las voces de los jueces.”* FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 114.

<sup>53</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 467 y 468.

<sup>54</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 468.

<sup>55</sup> Tal artículo dispone, en la parte que interesa, lo siguiente: *“Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los*

La apuesta del presidente Uribe al elegir este particular proceso de reforma constitucional consistió en que *“...la legitimidad de un pronunciamiento popular, dejarían sin duda las medidas que podrían ser impopulares de ser aprobadas por el Congreso.”*<sup>56</sup> Así fue como el Congreso aprobaría la ley número 796 de 2003, a través de la cual se convocaba al pueblo colombiano a referéndum. Sin embargo, la Corte constitucional habría de ejercer un control *a priori* y abstracto de la constitucionalidad de tal acto legislativo de convocatoria.

Es, en este contexto, en el que la sentencia C-551 significó un parteaguas en el desarrollo de la jurisdicción constitucional de Colombia, debido a que, tal y como lo hemos referido, la Constitución de ese país sólo otorgó a la Corte constitucional la facultad para revisar este tipo de actos legislativos desde el punto de vista de su procedimiento (*control formal*), es decir, dicha ley sólo podría ser declarada inconstitucional por haberse actualizado algún defecto en el procedimiento legislativo, y no así por cuestiones relativas a su contenido (*control material*).

Pese a lo anterior, la Corte constitucional colombiana configuró una doctrina jurisprudencial a la que aquí denominaremos la «doctrina de la sustitución constitucional», según la cual, no es lo mismo la reforma constitucional que la sustitución constitucional, estableciendo que la facultad para revisar formalmente las enmiendas constitucionales implica necesariamente la revisión de la competencia con la que actúan las autoridades, toda vez que *“...la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable [por lo que] si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación...”*<sup>57</sup>, fuera realizado de manera debida.

Por ello,

*...cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.*<sup>58</sup>

---

*miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.”*

<sup>56</sup> CAJAS SARRIA, Mario Alberto. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 29.

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-551 de 2003**. Fundamento jurídico. Núm. 22.

<sup>58</sup> Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-551 de 2003**. Fundamento jurídico. Núm. 23.

En este propósito, la Corte concluyó que

*...el poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma [constitucional], incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia [apuntó la Corte], el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (...) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.<sup>59</sup>*

Es por lo anterior que la configuración de la *doctrina de la sustitución constitucional* dentro de la sentencia analizada, la convierte en un referente obligado para nuestro análisis, debido a que en el fondo, su justificación obedece a la existencia de contenidos especialmente constitucionales, es decir, a la diferencia entre núcleo y periferia constitucional, diferencia de la cual se derivaría que la Corte constitucional colombiana, “... después de 11 años de mantener su criterio según el cual solo es competente para conocer de vicios de procedimiento en la formación de los actos legislativos [modificaba] su jurisprudencia en la sentencia C-551 de 2003 [al plantear] la tesis de los vicios de competencia como vicios de procedimiento...”<sup>60</sup>

Ahora bien, es evidente que cualquier persona en su sano juicio diría que un par de casos no sirven para realizar un análisis científico. Es correcto. Lo admito. Pero también habría que admitir que su opuesto es, igualmente, aceptable.

Independientemente del análisis de los precedentes analizados, lo fundamental es advertir si a la luz del principio democrático, es decir, teniendo en cuenta que las decisiones en democracia se toman por mayoría de los representantes populares, así como a la luz del principio de equilibrio y división de poderes resultaría conveniente concederle a la Suprema Corte mexicana o a cualquier otro tribunal constitucional la facultad de anular una reforma constitucional. No considero que sea conveniente o, más bien, atendiendo a la *ingeniería constitucional*, considero que podría arribarse a una alternativa más equilibrada.

Los dos precedentes analizados dejan ver que una Corte suprema sin límites claros podría hacer lo que quiera con la Constitución, lo que no implica que debamos

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-551 de 2003**. Fundamento jurídico. Núm. 39.

<sup>60</sup> CAJAS SARRIA, Mario Alberto. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007. p. 28.



renunciar a un procedimiento que nos permita revisar las reformas constitucionales. Esa debe ser nuestra atención. ¿Deben revisarse las reformas constitucionales?

¡Sin duda! Para ello formularé una propuesta que le reconozca al tribunal constitucional su lugar pero que no lo empodere inconvenientemente y, al mismo tiempo, que genere las oportunidades para que la opinión pública, la iniciativa privada, la ciudadanía y los órganos del Estado puedan cuestionar una enmienda constitucional. En suma, un proceso que contemple controles jurídicos, políticos y sociales a efecto de que éstos no se adviertan como compartimentos estancos sino como vasos comunicantes.

No por capricho, sino porque en el prefacio de su «ingeniería constitucional»<sup>61</sup>, Sartori explicaba el título del libro indicando que las Constituciones se parecen a las máquinas, pues deben funcionar, deben ejecutar las tareas que le son propias<sup>62</sup>, es decir, tener en cuenta el ‘juego’ de la política.

Veamos.

### 3 LA ACCIÓN ABSTRACTA DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN: UNA PROPUESTA A LA LUZ DEL SISTEMA DE «CHECKS AND BALANCES»

*“...no parece adecuado que un órgano jurisdiccional de carácter no representativo acabe actuando como último guardián de un modelo de organización social establecido por una generación anterior ...”*<sup>63</sup>

David Almagro

#### 3.1. Los tipos de control y el sistema de «checks and balances»

Comienzo por recordar que los controles que generalmente se establecen para limitar el poder son de tres tipos: *controles jurídicos* (decisiones judiciales precedentes, criterios jurisprudenciales consolidados, doctrinas mayoritarias, instancias revisoras, etc.); *controles políticos* (mecanismos de supervisión y sanción sobre el desempeño e idoneidad de los jueces) y *controles sociales* (necesidad de una sintonía entre las

<sup>61</sup> SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*. México: F.C.E. 2016.

<sup>62</sup> SOBERANES DIEZ, José María y VÁZQUEZ GÓMEZ B., Francisco. *Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional*. México: Porrúa. 2021. p. IX.

<sup>63</sup> ALMAGRO CASTRO, David. La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: clausulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales y principio democrático. *Derecho Político*, v. 1, n. 94, p. 255–280, 2015. p. 276.

sentencias y los requerimientos sociales de modo que las mismas logren la adhesión de la opinión pública que fortalece la eficacia que necesita el derecho).

De igual manera, debemos tener presente que al intentar desarrollar cualquier idea nueva que impacte positivamente dentro del diseño constitucional de un sistema jurídico, es imprescindible atender a la teoría de los *frenos y contrapesos* (*checks and balances*).<sup>64</sup> Montesquieu esbozó algunas de las ideas fundamentales de tal teoría al mencionar que la experiencia advertía que todo hombre revestido de una potestad, se encuentra inclinado a abusar de ella, y no se para hasta que encuentra límites, por lo que “...resulta necesario que por la disposición de las cosas se modere una potestad a otra...”<sup>65</sup>, con lo que deja en claro que todo poder —incluido el judicial— debe encontrar límites en los demás poderes.

De hecho continuaría diciendo que “...para formar un gobierno moderado, es preciso cotejar las potestades, arreglarlas, templarlas, ponerlas en movimiento, y dar un lastre, por decirlo así, a la una, para ponerla en estado de resistir a la otra; es una obra maestra de legislación que el acaso hace rara vez, y que rara vez se deja hacer a la prudencia.”<sup>66</sup> Para ello propondría el diseño de controles que posibilitaran que un poder pudiera «*estatuir*»<sup>67</sup> o «*vetar*»<sup>68</sup> el ejercicio de facultades que originalmente les corresponden a otros.

Años después, sería Madison, en *El Federalista*, quien retomaría tales ideas y manifestara que “...ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad...”<sup>69</sup> Por ello, Gabriel Negretto, parafraseando a Madison, señalaría que

*...la acumulación de funciones en un solo departamento no se evitaría de manera automática por el solo hecho de demarcar y separar precisamente las funciones de cada rama del poder la única forma de hacer efectiva la separación es brindar a cada autoridad una jurisdicción parcial sobre las funciones de las otras, de modo tal, que cada una de ellas tenga no sólo los medios sino también los motivos para evitar el abuso y la concentración de poder...<sup>70</sup>*

<sup>64</sup> Antonio-Carlos Pereira Menaut ha señalado que “cada uno de los poderes tiene, por derecho propio, la misión de corregir los desequilibrios generados por los otros, de igual manera que en el mundo físico se consiguen equilibrios gracias a los frenos y contrapesos existentes en las máquinas”; PEREIRA MENAUT, Carlos-Antonio. **Lecciones de Teoría Constitucional**. México: Porrúa-Universidad Panamericana. 2005. p. 117.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU, M. **El espíritu de las leyes**. Madrid. Libro XI. Capítulo IV. p. 237.

<sup>66</sup> MONTESQUIEU, M. **El espíritu de las leyes**. Madrid. Libro V. Capítulo XIV. p. 97.

<sup>67</sup> «Estatuir» Del lat. *statuère*. 1. tr. Establecer, ordenar, determinar, **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, <https://dle.rae.es/>

<sup>68</sup> «Veto» Del lat. *vetō* ‘yo vedo, prohíbo’. 1. m. Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo, **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, <https://dle.rae.es/>

<sup>69</sup> HAMILTON, A. et al. **El Federalista**. Núm. X. (Madison), p. 19.

<sup>70</sup> NEGRETTO, Gabriel L. Hacia una nueva visión de la separación de poderes. In: CARBONELL, Miguel, et al., (coords.). **Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. México: UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores. 2002. p. 301.

Ambas razones las considero importantes para afirmar que todo proceso o garantía constitucional debe sustentarse, en la medida de lo posible, en la teoría de los *frenos y contrapesos*, a efecto de que los controladores no queden sin control. Dicho en palabras de Paolo Comanducci, sería optar por el constitucionalismo de los contrapoderes (aquel que para limitar el poder propone un sistema institucional de «checks and balances») como medio para materializar el constitucionalismo fuerte (aquel que garantiza los derechos humanos).<sup>71</sup>

En este sentido, la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» lo que permitiría sería realizar un análisis axiológico de las reformas constitucionales, cuya base sería el control jurídico, pero acompañado de controles políticos y sociales, lo que posibilitará proteger el núcleo intangible de la Constitución en contra del Poder revisor de la misma, al tiempo de que si el tribunal constitucional llegase a considerar inconstitucional una reforma a la Constitución, la solidez de sus argumentos y los pasos subsecuentes en el proceso servirían para incrementar su legitimidad. La propuesta la realizaré, sólo para efectos ejemplificativos, atendiendo al sistema constitucional mexicano. Veamos.

### 3.2. La legitimación procesal

Teniendo claras las finalidades descritas, considero que podría diseñarse un nuevo proceso constitucional bajo el nombre de «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución». Dicho proceso se desarrollaría en tres distintas etapas, teniendo claro desde ahora que, para su promoción, sería necesario establecer un esquema de legitimación activa amplia, previendo incluso, la posibilidad de que la ciudadanía inicie el proceso con un número razonable de personas (*vgr.* el 0.13% de la lista nominal de electores que hoy se exige para presentar una iniciativa ciudadana en el sistema constitucional mexicano), aunado a todos los órganos del Estado que al día de hoy cuenten con la facultad de presentar acciones de inconstitucionalidad. esta facultad. Así, tanto la ciudadanía como los órganos del Estado legitimados tendrían el plazo de 30 días hábiles para promover la acción.

Un elemento fundamental es que, al promoverse la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución», no podrían iniciarse otros procesos de reforma constitucional y los que estén en curso deben suspenderse a efecto de que no lleguen a aprobarse cláusulas constitucionales que pudieran tener relación con lo que se analizaría en el procedimiento. Es más, sería sano erradicar la posibilidad de que se generen reformas constitucionales paralelas.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3ª ed. Madrid: Trotta. 2006. pp. 76-77.

<sup>72</sup> SOBERANES DIEZ, José María y VÁZQUEZ GÓMEZ B., Francisco. **Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional**. México: Porrúa. 2021. p. 11.

### 3.3. El control jurídico: un veto no es *estatuir*, es un llamado a la razonabilidad jurídica

Una vez incoado el proceso, la primera de las tres etapas la configuraría un *control jurídico*, ya que implicaría adicionar una fracción IV al artículo 105 de la CPEUM, en la que se creara dicho proceso facultando a la SCJN para revisar formal y materialmente las enmiendas constitucionales, para lo cual, los órganos legitimados o la ciudadanía contarían, como ya se dijo, con el plazo improrrogable de 30 días hábiles contados a partir de que el Congreso de la Unión declarase que el proyecto de reforma constitucional cuenta con los votos necesarios para incorporarse al texto de la Ley Fundamental.

Una vez presentada la demanda, la SCJN contaría con el plazo improrrogable de 4 meses para emitir una resolución. Si se llegare el caso de que declare la invalidez de la reforma constitucional, dicha declaratoria sólo tendrá efectos si fuera adoptada por una mayoría calificada de 8 ministros, aunado a que los efectos que tendría serían parecidos a los que tiene la *facultad de veto* propia del Ejecutivo dentro del proceso legislativo, es decir, sería una especie de «veto judicial», lo que, de acontecer, sería comunicado al Congreso de la Unión. De otra forma, es decir, con una votación menor a los 8 votos la reforma sería parte de la Constitución y correspondería su inmediata publicación.

Resulta importante atender la natural objeción a la propuesta anterior. Me refiero a que la resolución de la SCJN tuviera, como facultad, la esencia de *vetar* y no de *estatuir*.

Compartimos con Manuel Aragón que lo

*que caracteriza al control jurisdiccional, desde el punto de vista del resultado (y lo diferencia netamente, también en ese punto, del control político o del control social), es que el resultado negativo lleva, inexorablemente, aparejada la sanción. Y ello es así por el carácter objetivado de este control.*<sup>73</sup>

Lo anterior se explica debido a que el “*órgano judicial (sometido constitucionalmente a la ley y al derecho)* —afirma el jurista cordobés— *no tiene más remedio que sancionar la infracción jurídica que considere cometida*”<sup>74</sup> Pero, ¿si esto no ocurre?, ¿si los argumentos que fundamenten la resolución que llegare a expulsar una reforma constitucional del ordenamiento jurídico no son ni sólidas ni convincentes? En definitiva, ¿si la corte o tribunal constitucional no se somete a la Constitución, sino que la crea?

Es por ello que aquí tomo la palabra al propio Aragón, al considerar que “*la ubicación del control jurídico [se encuentra más] en los checks (frenos) y no en los balances (contrapesos)* [lo que] *suministraría, incluso, un sugestivo marco teórico a esa afirmación*”<sup>75</sup> Así,

<sup>73</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002. p. 168.

<sup>74</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002. p. 168.

<sup>75</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002. p. 173.

considero por tanto que sería conveniente que, respecto del control de reformas constitucionales, pensáramos en dos controles adicionales: el *político* y el *social*. Veamos.

### 3.4. El control político

Este tipo de control *“se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso imponerse a otra voluntad, [por] lo que aquí se manifiestan son balances y no checks. [De ahí que] la supremacía es clara en el control político realizado por el cuerpo electoral, o en el llevado a cabo por el Parlamento sobre el gobierno o la administración...”*<sup>76</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la garantía que se propone, en caso de que la SCJN declarara —por mayoría calificada— que la reforma constitucional violenta el núcleo intangible de la Constitución, entraríamos a la segunda de las etapas, la cual se haría consistir de un *control político* que ejercería el Poder revisor de la Constitución sobre dicha determinación de la SCJN.<sup>77</sup> Para ello, una vez que la SCJN declarara que una reforma constitucional genera alguna laguna axiológica, se abriría el espacio de 4 meses para que el Poder de reforma constitucional pudiera oponerse a ese «veto judicial».

Y es que no hay que olvidar que la declaratoria de invalidez de la reforma constitucional que realizare la SCJN tendría la naturaleza de «veto judicial», por lo que, de acuerdo a la teoría de los «checks and balances» sólo representaría un obstáculo que podría ser superado por el Poder constituyente permanente, a través de una segunda votación, pero la cual requeriría de una mayoría *súper*-calificada, es decir: 4/5 partes en el Congreso de la Unión y de 2/3 partes de las legislaturas locales.

Así por ejemplo, si tomamos en consideración que la redacción actual del artículo 135 constitucional establece que para reformar la CPEUM se requieren 2/3 partes del Congreso de la Unión y la mitad más una de las legislaturas locales, si todos los legisladores federales estuvieran presentes el día de la votación, serían necesarios 333 votos aprobatorios de la Cámara de Diputados y 85 votos aprobatorios de la Cámara de Senadores, más el voto aprobatorio de 17 legislaturas locales; con el esquema propuesto, para superar el «veto judicial» emitido por la SCJN, en una segunda votación se requerirían: 400 votos aprobatorios de la Cámara de Diputados, 102 votos aprobatorios de la Cámara de Senadores y el voto aprobatorio de 21 legislaturas locales. Con dicha mayoría *súper*-calificada, el Poder constituyente constituido podría oponerse a la determinación de la SCJN y la reforma constitucional sería publicada de inmediato.

<sup>76</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002. p. 173.

<sup>77</sup> En un artículo intitulado *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”?*, Tania Groppi señaló que una forma de solucionar el problema de la difícil legitimación de la justicia constitucional podría ser *“la introducción de instrumentos que permitan al poder político superar las decisiones de los tribunales (...) En estos casos las decisiones de los tribunales tienden a aparecer como mensajes al parlamento en forma jurídica”*, GROPPÍ, Tania. *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”?*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. I. p. 346-347.

### 3.5. El control social

Respecto del control social habrá que advertir que

*...el derecho juega un papel aún menos 'extenso', pero no sin importancia. El derecho ni siquiera regula los instrumentos, los medios de control, ya que se trata de un control 'no institucionalizado'. No existen, propiamente, procedimientos 'normativizados' del control social; este control opera de manera difusa. Ahora bien, el derecho posibilita su ejercicio, más aún, lo garantiza, no por la vía de establecer tramitaciones específicas, sino por la de consagrar los 'derechos' que hacen posible el control.<sup>78</sup>*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la propuesta implica que el Poder reformador de la Constitución tenga un plazo de 4 meses para pronunciarse respecto de la resolución de la SCJN (*veto judicial*), en dicho lapso habría que establecer la obligación para que, tanto el Congreso de la Unión, como las Legislaturas locales realizaran un sinnúmero de foros, diálogos y debates con la sociedad civil o, siendo ésta misma la protagonista, se impulsaría la participación de la ciudadanía en el proceso. De esta forma, ese lapso de tiempo sería el espacio para que la ciudadanía ejerza su derecho a participar en el proceso. Serían cuatro meses en los que la sociedad, una vez conocida la argumentación de la SCJN podría objetar o secundar el punto de vista de ésta.

Es importante advertir que dicho lapso no sólo posibilitaría el desarrollo de controles sociales, sino que permitiría que la SCJN —como tribunal constitucional— adquiriera legitimidad ya que los argumentos que sirvan de sustento al *veto judicial* serían analizados y puestos a prueba en sus méritos de razonabilidad jurídica. En este punto el derecho se sobrepondría al poder.

En este sentido, debe precisarse que el Poder revisor de la Constitución —y su control político— y la sociedad en su conjunto —y su control social— contarían con el plazo de 4 meses contados a partir de la declaratoria que emitiera la SCJN para superar el *veto judicial* al que me he referido, por lo que, en tal periodo entraríamos a una tercera etapa en la que se podrían presentar dos escenarios diversos.

Si el Poder revisor de la Constitución: **(a)** no alcanzara la mayoría absoluta *súper-calificada* para superar el *veto judicial*, la declaratoria de invalidez de la SCJN tendría efectos definitivos y no podría enmendarse la Constitución, es decir, la reforma aprobada en la primera votación no sería promulgada y por lo tanto no llegaría a formar parte del texto constitucional; o **(b)** si el Poder revisor de la Constitución obtuviese la mayoría *súper-calificada* para superar el *veto judicial*, la reforma sería inmediatamente publicada y, por lo tanto, sería parte del texto constitucional.

<sup>78</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002. p. 212.

### 3.6. Las cláusulas de gobernabilidad multilateral en el seno de los órganos parlamentarios

En adición a lo anterior, y como un mecanismo que de manera indirecta podría ayudar a garantizar la eficacia del proceso constitucional propuesto, habría incorporar a las reglas sobre la integración de los órganos legislativos (en el caso mexicano el Congreso de la Unión y las legislaturas locales) lo que se denomina como «cláusulas de gobernabilidad multilateral».<sup>79</sup>

Éstas privilegian el consenso entre las diversas fuerzas políticas, tanto mayoritarias como minoritarias, como una fórmula que pretende consolidar el sistema democrático. Como ejemplo de ellas, en el caso mexicano, respecto de la integración de la Cámara de Diputados (*vgr.* Artículo 54, fracción IV de la CPEUM), se establece que ningún partido político podrá contar con más de 300 diputados. Esto significa que la teleología de dicha cláusula implica que en la conformación de ese órgano, ningún partido podrá, por sí solo, tener la mayoría calificada necesaria, ni para aprobar reformas constitucionales (333 diputados que representan las 2/3 partes de los 500 miembros que la integran), ni para salvar el *veto judicial* al que hemos hecho referencia (400 diputados del total de sus miembros).

Claro es que dicha cláusula habría que incorporarla a la conformación del Senado de la República, al tiempo de diseñarla para el caso de las legislaturas locales. De esta forma, pensar en que el control político propuesto pueda llegar a superar el *veto judicial* emitido por la SCJN, implicaría no sólo la configuración de una *súper*-mayoría de todos los órganos parlamentarios del sistema constitucional mexicano, sino que se requeriría del consenso de muy diversas fuerzas políticas —mayoritarias y minoritarias— en torno a la idea de que la SCJN ha traicionado la Constitución. Con todo lo anterior, ¿qué se lograría?

### 3.7. La «ingeniería constitucional» y la protección de la Constitución

Además de proteger el «núcleo intangible» de la Constitución, se establecerían los tres tipos de control a los que me he referido: *jurídico*, *político* y *social*, pero dentro del mismo procedimiento; no como suelen estarlo, es decir, no como compartimentos estancos sino bajo la lógica de vasos comunicantes. Con ello se limitarían claramente las funciones de los órganos del Estado que participan en el procedimiento de reforma constitucional, aunado a que se atendería a la teoría de los *frenos* y *contrapesos* ya mencionada. Expliquémoslo por partes.

<sup>79</sup> SOBERANES DIEZ, José María y VÁZQUEZ GÓMEZ B., Francisco. **Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional**. México: Porrúa. 2021. p. 85 y ss.

En primer lugar, se generarían tres *controles jurídicos*, a saber: (i) el ejercido por la SCJN al revisar las reformas que aprobara en primera votación el Poder constituyente permanente; (ii) el que se encuentra implícito en la forma en cómo la SCJN pudiera llegar a declarar la invalidez de tales reformas, ya que para proceder en ese sentido, requeriría de una mayoría calificada de 8 votos; y (iii) el relativo al efecto de la declaratoria de invalidez, la cual no sería definitiva, ya que sólo representaría un *veto judicial*.

En segundo lugar, se generaría un *control político* ejercido por el Poder constituyente permanente (Cámara de Diputados, Senado de la República y legislaturas de las entidades federativas) sobre la SCJN y las declaratorias de invalidez que ésta pronuncie respecto de las reformas constitucionales, ya que dicho *veto judicial*, podría ser superado por una mayoría *súper-calificada* del Poder reformador de la Constitución. Con ello se estaría respetando la legitimidad de un órgano de carácter democrático y representativo, como lo es el Órgano de revisión constitucional.

Finalmente, y en tercer lugar, se concretaría también un *control social* ejercido por la sociedad civil, la opinión pública, los colegios de profesionistas, las escuelas y facultades, públicas o privadas, los medios de comunicación, las redes sociales, etc., sobre la SCJN y sobre el Poder constituyente permanente, ya que una vez que se resuelva la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» por la SCJN, se abriría el espacio de tiempo necesario (4 meses) para que la opinión pública discerniera sobre el contenido de la reforma constitucional objeto de análisis, así como sobre los argumentos esgrimidos por la SCJN que sirvieran de justificación para la declaratoria de invalidez, propiciando así un espacio de reflexión para que el Poder constituyente permanente tome o no en consideración los argumentos y contraargumentos, antes de proceder a una segunda votación en la que podría superar el *veto judicial*.

De esta forma se respetaría el papel fundamental que otorga cualquier Constitución democrática al Poder revisor de la Constitución, ya que

*“...si como se señala con acierto en los procesos de interpretación constitucional se deben insertar todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos, debiéndose abandonar la idea de la sociedad cerrada de los intérpretes jurídicos de la Constitución, de manera coherente con dicha posición cuando se trata no ya de la interpretación, sino de la propia configuración, una correcta producción del Derecho Constitucional sólo puede ser fruto del compromiso de una democracia de ciudadanos...”<sup>80</sup>*

No podemos perder de vista que, por ideal que parezca, toda reforma constitucional debería implicar un amplio debate, una reflexión sosegada y un consenso democrático debido a que el *“...texto constitucional debe seguir siendo de todos y de nadie;*

<sup>80</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 7, ene./jun. 2007. p. 125.



*sus reformas no pueden provenir de impulsos o de un estilo decisionista ajenos a la amplia reflexión que supuso, en su momento, el proceso constituyente*”<sup>81</sup>. Pensarlo de otra manera nos hace correr el riesgo de que

*...se pueda tomar el trascendente camino de la reforma constitucional como un mero punto del programa electoral de un Partido, que busca titulares de prensa, sin ir debidamente equipado de un ancho esfuerzo de pensamiento sobre los vicios de nuestro sistema político que pueden requerir de mutación constitucional.*<sup>82</sup>

De esta forma se estaría salvando la objeción de aquellos que sostienen, con fundamento en las teorías de Hobbes o Schmitt, que pensar en un control constitucional de reformas constitucionales es tanto como crear a un nuevo soberano, y con ello, un poder ilimitado, claro está, echando mano del *vetar* y el *estatuir* de Montesquieu y de las ideas de John Locke, Benjamin Constant, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay y aquellos constituyentes mexicanos de 1836 que pensaron en un órgano que tuviera la misión de *conservar* el orden constitucional. Quizá lo único que tenemos que hacer es perfeccionar el diseño de los mecanismos.

### 3.8 Los detalles y sus efectos

Ahora bien, ¿qué pasaría con las reformas aprobadas a la Constitución en la primera votación?, ¿entrarían en vigor aún y cuando exista la posibilidad de que pudieran ser declaradas inválidas por la SCJN?, ¿no generaría esto una inseguridad jurídica de amplias magnitudes?

Las dudas son razonables, por ello, sería necesario precisar dos temas del proceso constitucional al que hemos venido denominando como «*acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución*», a saber: **(i)** ¿cuál sería el plazo para que los órganos que cuentan con legitimación activa pudieran incoar tal proceso constitucional ante la SCJN?, y **(ii)** ¿qué efectos tendrían las reformas a la Constitución aprobadas por el Poder reformador mediante la primera votación?

Por lo que hace al plazo de presentación de la «*acción de constitucionalidad de la Constitución*», considero que sería suficiente un plazo de 30 días hábiles contados a partir del día en que el Congreso de la Unión, o la Comisión Permanente, hicieran el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaratoria de haber sido aprobadas las reformas o adiciones a la Constitución.

<sup>81</sup> ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *et al. Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. 4ª ed. España: Editorial universitaria Ramón Areces. T. I. p. 198.

<sup>82</sup> ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *et al. Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. 4ª ed. España: Editorial universitaria Ramón Areces. T. I. p. 199.

En torno a los efectos que tendrían las reformas a la Constitución aprobadas mediante la primera votación, debemos decir que la propuesta implicaría, no sólo crear el proceso constitucional al que hemos hecho referencia, sino incorporar una norma en la que se clarifique que toda reforma constitucional será publicada indefectiblemente 30 días posteriores a que se haya emitido la declaratoria mencionada, así como una previsión de que en caso de que sea planteada la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» dentro de tal plazo, la publicación quedará suspendida y supeditada al resultado del proceso.

Por lo anterior, podemos decir que la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» configuraría esencialmente un control previo (o *a priori*) de la constitucionalidad de las enmiendas a la Ley Fundamental, ya que, si se llegara el caso de que la SCJN tuviera que conocer de este proceso y, por lo tanto, realizar el control jurídico al que hemos hecho referencia, la publicación de las reformas constitucionales impugnadas quedaría suspendida, hasta en tanto no finalice su desahogo.

Lo anterior debe ser así, ya que, «...la promulgación de la nueva norma constitucional implica la imposibilidad de todo enjuiciamiento posterior, pues, como tal (...) ha de ser tenida por norma incondicionada en su validez»<sup>83</sup>. Además, con el esquema propuesto, se estaría generando la seguridad jurídica suficiente en torno a la posible impugnación de enmiendas constitucionales, ya que cualquier otra reforma aprobada sólo podría ser promulgada y publicada, una vez transcurrido el plazo de 30 días, y siempre y cuando no se haya promovido la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» en dicho plazo.

Así, las reformas que llegaren a promulgarse y publicarse poseerían un mínimo margen para ser cuestionadas en su validez —tanto formal como material—, pero no por el simple hecho de que deriven del Poder constituyente constituido o porque hayan sido sometidas a control judicial —como hoy ocurre—, sino porque la garantía propuesta permitiría, cualquiera de las siguientes alternativas:

- 1) una vez trascurrido el plazo para la interposición de la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución», sin que ésta fuera promovida, la reforma adquiriría por ese sólo hecho mayor legitimidad democrática;
- 2) una vez promovida la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución» y revisada la reforma por la SCJN sin que se declare violatoria del *núcleo intangible*, ésta tendría la oportunidad de acrecentar su legitimidad derivado de los argumentos que formen su *ratio decidendi*, al tiempo de que la reforma adquiriría no sólo mayor legitimidad democrática, sino legitimidad jurídica;

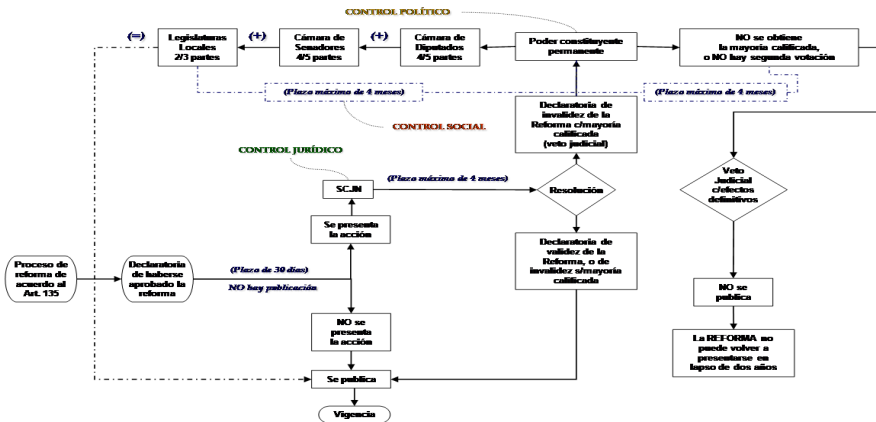
<sup>83</sup> REQUEJO, Juan Luis. El Poder constituyente constituido. **Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional**. Universidad de Oviedo. España. Núm. 1. 1998. p. 1.

- 3) promovida la «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución», si la SCJN emite el *veto judicial* porque considera la reforma constitucional violatoria del *núcleo intangible* de la Constitución y dicho *veto judicial* no fuera superado, dicho núcleo habría sido protegido por la SCJN y ésta adquiriría una legitimidad importante como tribunal constitucional; o bien,
- 4) si en éste último caso, llegase a superarse el *veto judicial* a través de la *supermayoría* legislativa y el consenso plural y democrático requerido, sería la reforma constitucional la que asumiría una legitimidad democrática considerable.

A efecto de explicar de mejor manera el proceso de «acción abstracta de constitucionalidad de la Constitución», a continuación, presento un diagrama que bosqueja su posible funcionamiento:

## ACCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

### Acción de constitucionalidad de la Constitución



Cuadro elaborado por el Lic. Francisco Vázquez Gómez Bisogno © Derechos Reservados

## 4. CONCLUSIONES

Se ha presentado un modelo que tiene como finalidad acercar ideas para concretar el *constitucionalismo*, entendido éste como la doctrina que busca limitar el ejercicio del poder a través del Derecho, pero echando mano de la *ingeniería constitucional*.

En los albores del siglo XXI, y después de analizar los efectos de la Modernidad en el ámbito jurídico, considero que resulta preocupante que no existan mecanismos

que nos protejan de poderes ejecutivos fuertes, de poderes legislativos débiles o de poderes judiciales faltos de auto-control. Eso deja ver la falla del sistema, ya que no pueden/deben ser ocurrencias electorales las que determinen cómo puede equilibrarse un sistema político.

Ahí donde eso ocurre, sólo quedan las cortes o tribunales constitucionales y los órganos constitucionales autónomos. No obstante, muy a mi pesar, ni los unos ni los otros están abstraídos del *juego del poder* y, por lo tanto, pueden llegar a erigirse en poderes ilimitados. Es por ello que resulta necesario pensar en garantías bicéfalas como la que propongo, es decir, identificar una competencia y dividirla entre dos o más órganos, no por capricho, sino porque ello permitirá —lo afirmé al inicio de estas líneas— “*apoderarnos y protegernos a nosotros, los ciudadanos [y] desapoderar y controlar al poder.*”<sup>84</sup>

La división de poderes nunca ha sido fin, siempre ha sido medio, por tanto, garanticemos la independencia entre poderes y ubiquémosles en una disposición de fuerzas (*frenos y contrapesos*) que permitan que se vigilen unos a otros sin demeritar la posible colaboración entre ellos. De esta forma todos se cuidarán mutuamente.

Insisto, no es un tema de leyes o jurisdicciones: desde mi punto de vista es un tema de (re)pensar el sistema de controles a la luz de la «ingeniería constitucional».

## 5. REFERENCIAS

- AHUMADA, Marian. La expansión del control de constitucionalidad. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007.
- ALMAGRO CASTRO, David. La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: clausulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales y principio democrático. **Derecho Político**, v. 1, n. 94, p. 255–280, 2015.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *et al.* **Derecho Político Español según la Constitución de 1978**. 4ª ed. España: Editorial universitaria Ramón Areces. T. I.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos, constitución y democracia. In: PÉREZ-PRENDES, J. M., *et al.*, (comps.). **Derechos y libertades en la Historia**. Universidad de Valladolid. 2003.
- APARISI MILLARES, Ángela. *Ética y deontología para juristas*. Madrid: Eunsa. 2006.
- ARAGÓN REYES, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: UNAM. 2002.
- ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**. Colombia. Núm. 50. Sep./Dic. 2021.

<sup>84</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de teoría constitucional y otros escritos**. España: Andavira Editora. 2016. p. 216.

- ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coords.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta. 2010.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3ª ed. Madrid: Trotta. 2006.
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3ª ed. Madrid: Trotta. 2006.
- DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. London: Elibron Classics. 2005.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y AUZMENDI DEL SOLAR, Montserrat. Reforma Constitucional y Constitución Española de 1978. In: DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos (coord.). **Supremacía Constitucional**. México: Porrúa-Universidad Panamericana. 2009.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma constitucional y cuestiones políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 7, ene./jun. 2007.
- GROPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil?” In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. I.
- GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Análisis filosófico**, Buenos Aires, vol, 26, n. 2, nov. 2006.
- HAMILTON, A. *et al.* **El Federalista**. Núm. X. (Madison).
- HERNÁNDEZ, Antonio María. El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 5, ene./dic. 2001.
- HOBBS, Thomas. **Leviatán**. Capítulo XXIX. p. 132. <https://www.untumbes.edu.pe/>
- HUGHES, Charles Evans. **La Suprema Corte de los Estados Unidos**. México: F.C.E. 1971.
- KUHN, Thomas S. **La estructura de las revoluciones científicas**. México: F.C.E. 2006.
- LANDA, César. Teorías de la interpretación judicial. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. 5ª ed. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. IV.
- LUSTIG, D.; WEILER, J. Control constitucional en el mundo contemporáneo-Retrospectiva y prospectiva. **Dikaion**, vol. 30, n. 2, dic. 2021.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz. Estabilidad y límites a la reforma constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, n. 91, ene./abr. 1998.

MONTESQUIEU, M. **El espíritu de las leyes**. Madrid.

NEGRETTO, Gabriel L. Hacia una nueva visión de la separación de poderes. In: CARBONELL, Miguel, *et al.*, (coords.). **Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. México: UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores. 2002.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de teoría constitucional y otros escritos**. España: Andavira Editora. 2016.

PEREIRA MENAUT, Carlos-Antonio. **Lecciones de Teoría Constitucional**. México: Porrúa-Universidad Panamericana. 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. trad. de Wenceslao Roces. México: F.C.E. 1951.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La Interpretación Constitucional y la Alquimia Constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos). **La Justicia Constitucional de Bolivia 1998-2003**. CAECI. 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho Procesal Constitucional**. 5ª ed. México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006. t. I.

SARTORI, Giovanni. **Ingeniería constitucional comparada**. México: F.C.E. 2016.

SARTORI, Giovanni. La ingeniería constitucional y sus límites. **Teoría y Realidad Constitucional**, Ciudad de México, n. 3, ene./jun. 1999.

SOBERANES DIEZ, José María y VÁZQUEZ GÓMEZ B., Francisco. **Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional**. México: Porrúa. 2021.

OROZCO, Jesús. Justicia Constitucional y desarrollo democrático en México. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007

VÁZQUEZ CARDOZO, Javier. Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario. **Tribunales Constitucionales y Consolidación de la Democracia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007.

VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. **El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional**. México: Tirant Lo Blanch. 2018.

VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. **La defensa del núcleo intangible de la Constitución**. México: Porrúa. 2012.

VÁZQUEZ GÓMEZ, B., Francisco. La Suprema Corte y el poder constituyente constituido. Hacia la defensa del núcleo intangible de la Constitución. **Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. México: IJ-UNAM. Núm. 22. Ene./Jun. 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **De la ley al derecho**. México: Porrúa. 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy**. Argentina: Fontamara. 2008.

WALD SHELDOM, Garret. **Encyclopedia of Political Thought**. Infobase Publishing. 2001.

WALDRON, J. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Dikaion**, vol. 27, n. 1, jun. 2018.







## Derecho a la vivienda y emergencia habitacional en España: el rol de las Comunidades Autónomas

### *The right to housing and housing emergency in Spain: the role of the Autonomous Communities*

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

<sup>1</sup> Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)  
maria victoria.forns@urv.cat

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

**Recibido/Received:** 20.05.2022 / 20 May 2022

**Aprovado/Approved:** 06.08.2022 / 6 August 2022

#### Resumen

En este trabajo se estudia el derecho a la vivienda como un elemento del Estado del Bienestar y el rol que cumplen las Comunidades Autónomas en el disfrute y garantía de este. Para ello, se analiza, en primer lugar, la vivienda como derecho humano a partir de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Española, y su vinculación con otras áreas o derechos. En segundo lugar, se estudian las competencias de las Administraciones Públicas en materia de vivienda y se efectúa una revisión de la legislación autonómica en este tema, desde dos grandes áreas: la legislación en materia urbanística, del suelo y de la edificación y la legislación autonómica específica en materia de vivienda, para encontrar puntos en común en las distintas legislaciones sobre cuatro elementos

#### Abstract

*This paper studies the right to housing as an element of the Welfare State and the role that the Autonomous Communities (Regional Spanish Governments) adopt in the enjoyment and warrant of this right. To this end, we first analyse housing as a Human right with regard to what Article 47 of the Spanish Constitution states and its interlinkage with other sectors or rights. Secondly, the competences of the Public Administrations in housing matters are studied and a review is made of the autonomous regional legislation on this subject, from the perspective of two main areas: the legislation on urban planning, land and building and the specific regional legislation on housing. The joint analysis of these two areas of the law aims to find the common grounds throughout four different fundamental elements:*

Como citar esse artigo/How to cite this article: FORNS I FERNANDEZ, Maria Victòria. Derecho a la vivienda y emergencia habitacional en España: el rol de las Comunidades Autónomas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 579-618, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.88558.

\* Profesora Colaboradora Permanente de Trabajo Social y Servicios Sociales, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctora en Antropología Social y Cultural, Universitat Rovira i Virgili. Licenciada en Antropología Social y Cultural y Máster Universitario en Estudios Avanzados en Administración y Derecho Público por la Universitat Rovira i Virgili (URV). Diplomada en Trabajo Social por la Universitat de Barcelona (UB). Coordinadora del Grado en Trabajo Social de la Facultat de Ciències Jurídiques, codirectora de la Càtedra d'Inclusió Social y colaboradores de la Càtedra d'Estudis Jurídics Locals Màrius Viadel i Martin de la URV. Miembro del Grupo de Investigación en Antropología Social e investigadora. Investigadora de los proyectos I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2021-122523OB-I00 Retos de la atención primaria en salud durante la pandemia de covid-19: salud comunitaria y participación social (RETCOV) y PID2021-122999OB-I00 Necesidades de las hijas e hijos del feminicidio: una aproximación transdisciplinar a las consecuencias de la violencia de género en el contexto de la covid-19 (FEMMINOR). E-mail: maria victoria.forns@urv.cat.

fundamentales: la vivienda como derecho; la conceptualización de la vivienda; los colectivos vulnerables y/o sujetos especiales de protección, y las ayudas públicas y otras medidas de fomento que se han dispuesto para garantizar el disfrute del derecho analizado. En tercer lugar, nos enfocamos en la legislación específica de la Comunidad Autónoma de Cataluña, revisando las distintas formas de intervención pública en materia de vivienda. En cuarto lugar, se revisan las medidas implementadas como consecuencia de la pandemia del COVID-19. Finaliza este estudio con nuestras reflexiones sobre el tema desde la perspectiva de los derechos de las personas a una vivienda digna.

**Palabras clave:** derechos fundamentales; vivienda; crisis habitacional; Comunidades Autónomas; Estado de bienestar.

*housing as a right, the conceptualisation of housing, the vulnerable groups and/or subject to special protection, and the public aid and other promotion measures that have been provided to guarantee the enjoyment of the analysed right. In third place, we focus on the specific regional legislation of the Autonomous Community of Catalonia, reviewing the different forms of public intervention when it comes to housing. Fourthly, other implemented measures as a consequence of the COVID-19 pandemic are also reviewed. To end, this paper comprises our concluding thoughts towards the matter from the perspective of the rights of the people to decent housing.*

**Keywords:** fundamental rights; housing, housing crisis; Autonomous Communities; Welfare State.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. El Estado de bienestar y el derecho a la vivienda; 2.1. Sobre el Estado de bienestar; 2.2. Sobre el derecho a la vivienda; 3. Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda; 4. Legislación en materia de vivienda y del derecho a la vivienda; 4.1. Legislación en materia urbanística, del suelo y de la edificación; 4.2. Legislación autonómica específica en materia de vivienda; 4.2.1. La vivienda como derecho; 4.2.2. Conceptualización de la vivienda; 4.2.3. Colectivos vulnerables y/o sujetos especiales de protección; 4.2.4. Ayudas públicas y otras medidas de fomento; 5. Derecho a la vivienda y emergencia habitacional: caso Cataluña; 5.1. Sobre la intervención pública en materia de vivienda; 5.1.1. La vivienda de protección oficial; 5.1.2. La mediación social en el alquiler de viviendas; 5.1.3. La vivienda de inserción; 5.1.4. La propiedad compartida; 5.1.5. Sistema de prestaciones para el pago del alquiler; 5.2. Sobre la función social de la vivienda y la protección de personas en riesgo de exclusión residencial; 6. COVID-19 y emergencia habitacional; 6.1. Paralización de los desahucios; 6.2. Regulación de nuevo programa de ayuda; 6.3. Prórroga extraordinaria de los contratos de alquiler de la vivienda habitual; 6.4. Moratoria de la deuda arrendaticia; 6.5. Ayudas transitorias de financiación; 7. Conclusiones; 8. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la vivienda es, junto con otros derechos como la salud o el empleo, uno de los derechos que más impacto tiene en la calidad de vida y el bienestar físico y social de la población. No contar con un empleo que provea a un sujeto de recursos económicos para la satisfacción de sus necesidades, ni contar con un espacio donde pueda compartir con sus seres queridos y desarrollar una de las instituciones más fundamentales para la sociedad (la familia), puede generar importantes afecciones a la salud física y psíquica de las personas, con las consecuentes repercusiones para la sociedad. Por ello, no en vano, el derecho a la vivienda ha sido reconocido en distintos

instrumentos internacionales como un derecho humano básico de los ciudadanos que vincula a los Estados en diferentes ámbitos jurídicos<sup>1</sup>.

Como afirma Anderson, “[e]n las sociedades occidentales la vivienda cumple una doble función, como bien social, pero al mismo tiempo como bien de consumo y de inversión<sup>2</sup>”, lo que complejiza su relación con otros derechos humanos, así como, la búsqueda de soluciones a los problemas de acceso, adecuación y seguridad de la vivienda. De allí que, llevar la garantía más allá del papel, no sea una tarea fácil.

Sin embargo, el acceso a la vivienda es una condición indispensable para el desarrollo de la vida de las personas y las familias, y para el mantenimiento de su dignidad humana. No poseer una vivienda o perder aquella de la que se disponía, resulta excluyente y puede afectar el disfrute efectivo de distintos derechos fundamentales. No obstante, el acceso a la vivienda siempre tiene un costo que impacta en la economía familiar, ya sea, para casos de alquiler o de propiedad.

La crisis económica que vivió España en 2008 puso en relieve la problemática de la vivienda en nuestro país, y es que se observó un incremento del número de familias que no pudieron hacer frente al pago de sus préstamos hipotecarios o de sus alquileres y se encontraron ante la difícil situación de tener que ser desalojados de sus viviendas. Como comenta Trilla Bellart, entre 2008 y 2017, se produjeron en Catalunya más de 100.000 lanzamientos que afectaron a unas 300.000 personas –cifra muy superior a la población de una ciudad como Hospitalet de Llobregat–. 32% de ellas, afectadas por falta de pago de la hipoteca y el restante 68%, por falta de pago del alquiler<sup>3</sup>.

Entre los problemas que, en materia de vivienda, se han incrementado con ocasión a la crisis económica, podemos mencionar: 1. La dificultad de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible por determinados grupos poblacionales vulnerables, lo que a su vez genera la exclusión residencial de los mismos, por la falta de recursos económicos o imposibilidad de acceder a determinadas prestaciones económicas, 2. Reducción de la duración de los contratos de alquiler, o, incremento progresivo del precio, 3. Incapacidad económica de las Administraciones públicas para garantizar el derecho a la vivienda y las prestaciones sociales vinculadas de las personas y familias que no pueden acceder en el mercado libre de alojamiento, en muchos casos por la falta de actuación pública preventiva y de oferta de vivienda social real<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto puede consultarse el Convenio internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Carta Social Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

<sup>2</sup> ANDERSON, Miriam. La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: Objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad. **Derecho privado y Constitución**, n. 38, p. 81-117, 2021. p. 84.

<sup>3</sup> TRILLA BELLART, Carme. El tercer sector social ante el reto de las dificultades de acceso a la vivienda. In: RIPOLL CARULLA, Santiago (coord.). **Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa**. España: Marcial Pons, 2019. p. 449-460. p. 453.

<sup>4</sup> CANALS I AMETLLER, Dolors. La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho. In: PALEO MOSQUERA, Natalia (coord.) **Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 97-136. p. 112.

Lo anterior, ha generado una modificación de la percepción que los ciudadanos tienen sobre el derecho a la vivienda, entendiendo a la vivienda como un bien esencial para el desarrollo de la vida en sociedad, para la emancipación de los ciudadanos y la formación de los hogares<sup>5</sup>. Por ello, en este trabajo, hemos querido estudiar el derecho a la vivienda como un elemento del Estado del Bienestar y el rol que cumplen las Comunidades Autónomas (CCAA) en el disfrute y garantía de este, entendiendo que, de acuerdo con el sistema de reparto de competencias del Estado español, éstas son las Administraciones Públicas llamadas a garantizar, este derecho.

Para ello, se analiza, en primer lugar, la vivienda como derecho humano a partir de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Española (CE), y su vinculación con otras áreas o derechos. En segundo lugar, se estudian las competencias de las Administraciones Públicas en materia de vivienda y se efectúa una revisión de la legislación autonómica en este tema, desde dos grandes áreas: la legislación en materia urbanística, del suelo y de la edificación y la legislación autonómica específica en materia de vivienda, para encontrar puntos en común en las distintas legislaciones sobre cuatro elementos fundamentales: la vivienda como derecho; la conceptualización de la vivienda; los colectivos vulnerables y/o sujetos especiales de protección, y las ayudas públicas y otras medidas de fomento que se han dispuesto para garantizar el disfrute del derecho analizado.

En tercer lugar, nos enfocamos en la legislación específica de la Comunidad Autónoma de Cataluña, revisando las distintas formas de intervención pública en materia de vivienda. En cuarto lugar, se revisan las medidas implementadas como consecuencia de la pandemia del COVID-19, y finalmente, se exponen nuestras reflexiones sobre el tema desde la perspectiva de los derechos de las personas a una vivienda digna.

## 2. EL ESTADO DE BIENESTAR Y EL DERECHO A LA VIVIENDA

### 2.1. Sobre el Estado de bienestar

Los antecedentes del *Welfare State* o Estado del Bienestar pueden ubicarse en los años veinte y treinta del siglo XX; sin embargo, será a partir del período posterior a la Segunda Guerra Mundial que el Estado se transformará paulatinamente en agente activo responsable del progreso social de los ciudadanos, configurándose, como consecuencia de ello, el llamado “Estado providencia”, “Estado benefactor” o “Estado de bienestar”<sup>6</sup>, que Moreno Fernández define como “un conjunto de instituciones públicas

<sup>5</sup> MOREU CARBONELL, Elisa. Activismo social y derecho a la vivienda. In: GIFREU I FONT, Judith; BASSOLS COMA, Martín; MENÉNDEZ REXACH, Ángel (dirs.). **El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016. p. 261-281. p. 282.

<sup>6</sup> *Vid. in totum*: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria, La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación. **Revista de Investigaciones Constitucionales**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 11-58, jan./abr. 2020.

proveedoras de políticas sociales dirigidas a la mejora de las condiciones de vida y a promocionar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos<sup>7</sup>. Un Estado que “se ha convertido en el responsable directo de la prestación de una amplia serie de servicios públicos<sup>8</sup>, gestionando institucionalmente las necesidades sociales<sup>9</sup>.”

Los objetivos que persigue el Estado de Bienestar son: 1. La protección de los ciudadanos ante contingencias como la enfermedad o el desempleo, 2. La redistribución de la renta para mejorar la calidad de vida de aquellos que, tienen menos, y con ello cubrir sus necesidades, 3. Garantizar a los ciudadanos un nivel de renta mínimo y adecuado durante su vida, y; 4. Intervenir en determinadas situaciones que pueden producirse cuando los mecanismos tradicionales fallan, por ejemplo, con la asistencia al adulto mayor<sup>10</sup>. Para ello, actúa o participa en distintos sectores, con miras a mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los ciudadanos.

De acuerdo con Calero Martínez, la evolución histórica de los Estados del Bienestar ha configurado formas de intervención diferenciadas que van desde transferencias económicas hasta prestación directa o indirecta de servicios. En este sentido, los Estados de Bienestar más próximos al modelo universalista proporcionan una mayor proporción de prestaciones en forma de servicios, mientras que, los Estados del Bienestar continentales y meridionales en Europa tienden a destinar una mayor proporción de recursos a prestaciones económicas<sup>11</sup>, siendo, según Borgia Sorrosal, las intervenciones más comunes y que impactan directamente a la calidad de vida de los ciudadanos, las siguientes: 1. Prestación de servicios públicos y sociales, 2. Transferencias sociales, 3. Intervenciones normativas encaminadas a proteger al ciudadano como trabajador, consumidor, residente, entre otros, y; 4. Intervenciones públicas encaminadas a mejorar el empleo de los ciudadanos<sup>12</sup>.

En España, el Estado del Bienestar se construyó siguiendo un modelo corporativista, basado en la protección de los trabajadores y en las cotizaciones de éstos a la Seguridad Social. Este modelo se modificó a partir de 1980, con la incorporación de nuevos elementos que aportaban protección a ciudadanos con independencia de

<sup>7</sup> MORENO FERNÁNDEZ, Luis. Estado del bienestar y «mallas de seguridad». **Documentos de trabajo (CSIC. Unidad de Políticas Comparadas)**, n. 3, p. 1-32, 2002. p. 1.

<sup>8</sup> BORGIA SORROSAL, Sofía. **El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuestas de reforma**. Madrid: Dykinson, 2009. p. 105.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. Economía política de la sociedad de consumo y el Estado de Bienestar. **Política y sociedad**, v. 39, n. 1, p. 7-26, 2002. p. 18.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, Rosa; RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesús. El Estado del Bienestar en Europa: situación actual y perspectivas”. **Presupuesto y gasto público**, n. 17, p. 101-122, 1995. p. 102.

<sup>11</sup> CALERO MARTÍNEZ, Jorge. El estado del bienestar español: valoración y perspectivas de futuro. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 47, p. 457-478, 2021. p. 464.

<sup>12</sup> BORGIA SORROSAL, Sofía. **El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuestas de reforma**. Madrid: Dykinson, 2009. p. 112.

su participación en el mercado de trabajo<sup>13</sup>. Siguiendo a Calero Martínez, se trata de un Estado del Bienestar “de aluvión”, que ha evidenciado importantes problemas de coherencia interna que se exacerbaban con la crisis financiera de 2008<sup>14</sup>, la cual hizo tambalear los cimientos de una economía basada en el capitalismo y evidenció el déficit estructural de nuestras políticas de protección contra la pobreza, que, junto con la injerencia del gobierno del Estado español imponiendo medidas de control sobre las competencias propias de las administraciones autonómicas y su celo excesivo para reducir el déficit —y por tanto el gasto público—, originó que la cobertura universal que define el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública resultara insuficiente para satisfacer el incremento de las demandas sociales fruto de nuevas necesidades, y del crecimiento exponencial de las ya conocidas<sup>15</sup>.

Una crisis económica y social que vino a laminar los derechos sociales que el Estado del Bienestar quiso socializar —tendencia que se aceleró en 2020 y 2021 con la pandemia de Covid-19— y que plantea la necesidad de buscar nuevos métodos para la consecución de los objetivos este modelo de Estado, sin perder de vista sus principios —libertad, igualdad de oportunidades, reducción de desigualdades, democratización, extensión de la seguridad social, cohesión social, entre otros—, a través de nuevas formas de interacción entre la sociedad y el Estado.

## 2.2. Sobre el derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda es —al menos, sobre el papel— uno de los pilares fundamentales del Estado del Bienestar.<sup>16</sup> El artículo 47 de la CE, prevé que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” y establece que “[l]os poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

<sup>13</sup> CALERO MARTÍNEZ, Jorge. El estado del bienestar español: valoración y perspectivas de futuro. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 47, p. 457-478, 2021. p. 459.

<sup>14</sup> CALERO MARTÍNEZ, Jorge. El estado del bienestar español: valoración y perspectivas de futuro. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 47, p. 457-478, 2021. p. 459.

<sup>15</sup> FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria, La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 11-58, jan./abr. 2020. p. 49; FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. The management of local social services in Spain. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 65-87, jan./mar. 2022.

<sup>16</sup> Sobre el tema en el Derecho brasileño: MASTRODI, Josué; BARBOSA, Veronica Elisa Soares. Orçamento público da União como forma de efetivação do direito social à moradia adequada. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 103-130, abr./jun. 2022.

Sobre este derecho, algunos autores —entre las que se encuentran Borgia Sorrosal<sup>17</sup> y Aba-Catoira<sup>18</sup>— destacan que su ubicación dentro del Capítulo III de la CE, dedicado a los principios rectores, mandatos o directrices dirigidas a los poderes públicos, ha llevado a cuestionar su carácter de derecho subjetivo directamente ejercitable por los ciudadanos, lo que ha impactado en su desarrollo e interpretación, dificultando su efectividad en cuanto a resultados, sujetándolo a la existencia de un desarrollo legislativo del artículo 47 ya mencionado.

Como advierte Chinchilla Peinado, la interpretación tradicional ha sido la de considerar a la vivienda como un principio rector de la política social y económica, lo que implicaría que sólo se impone una actuación positiva de todos los poderes públicos con competencia en la materia, quedando su concreción diferida a la decisión del legislador<sup>19</sup>.

En este mismo orden de ideas, Ponce Solé indica que, otra de las excusas que se ha utilizado para negar el carácter de derecho, a la vivienda, es afirmar que éste exige en todo caso gasto público, a diferencia de los derechos que sí son considerados tradicionalmente como tales, por ejemplo, los derechos civiles y políticos; sin embargo, advierte que este argumento no se sostiene, puesto que algunos de los derechos “no cuestionados” —como el derecho al sufragio— también requieren para su ejercicio, de la asignación enormes sumas de dinero público —por ejemplo, financiamiento de partidos políticos y organización de procesos electorales—, con lo cual, el criterio de la necesidad de asignación de recursos públicos no es un elemento que permita afirmar o negar la existencia de un derecho subjetivo<sup>20</sup>.

Sin embargo, como afirma Chinchilla Peinado, esta concepción no resulta adecuada a la sociedad española del siglo XXI, y mucho menos ajustada a los Objetivos de Desarrollo, que proscriben entre sus metas, asegurar el acceso de todas las personas a una vivienda adecuada<sup>21</sup>. Consideramos, que una interpretación de la CE que tenga

<sup>17</sup> BORGIA SORROSAL, Sofía. **El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuestas de reforma**. Madrid: Dykinson, 2009. p. 63-64.

<sup>18</sup> ABA-CATOIRA, Ana María. El acceso prioritario a la vivienda de las mujeres víctimas de violencia: derecho o demanda. **Papeles El tiempo de los derechos**, n. 20, p. 1-31, 2018.

<sup>19</sup> CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La agenda urbana española y las leyes de vivienda autonómicas: la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada para las personas mayores como elemento de cohesión social y de construcción de una ciudad inclusiva. In: ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario (dir.). **Políticas urbanas y localización de los objetivos de desarrollo sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 315-358. p. 331.

<sup>20</sup> PONCE SOLÉ, Juli. Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor). **Revista Catalana de Dret Públic**. Disponible en: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/>>. Consultado del 10 ene. 2022.

<sup>21</sup> CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La agenda urbana española y las leyes de vivienda autonómicas: la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada para las personas mayores como elemento de cohesión social y de construcción de una ciudad inclusiva. In: ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario (dir.). **Políticas urbanas y localización de los objetivos de desarrollo sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 315-358. p. 333.



como centro a la persona y a la dignidad humana como fundamento de cualquier análisis jurídico, debe llevarnos a colocar a todos los derechos en un plano de igualdad, dada su interrelación e interdependencia, y como consecuencia de ello, abandonar cualquier rigor formalista que pretenda excluir a algún derecho social de la consideración de derecho fundamental. El derecho a la vivienda debería articularse como un verdadero derecho subjetivo, que pueda ser defendible judicialmente de forma inmediata, sobre todo para aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad residencial; debiendo ser protegido por los poderes públicos, con la mayor diligencia posible<sup>22</sup>.

Advertimos, además, que el derecho a la vivienda posee una naturaleza jurídica compleja que ocasiona, que, para su ejercicio y disfrute efectivo, confluyan normas de Derecho privado y público, competencias de la Administración local, autonómica y estatal —como estudiaremos más adelante— y aspectos inmobiliarios y económicos<sup>23</sup>, de allí que su estudio no debe realizarse de forma aislada, sino que deberán considerarse los distintos elementos que lo conforman.

Y es que la vivienda no solo cumple con una función de alojamiento<sup>24</sup>, es, además, “un elemento social primario en el que se localizan el hogar, la vida y las actividades familiares, constatándose un ámbito de la intimidad<sup>25</sup>”, y, a su vez, un bien, una mercancía, una inversión, que forma parte del patrimonio de quien lo posee y se encuentra sujeto a un valor condicionado por las dinámicas del mercado<sup>26</sup>.

La vivienda es algo más que un espacio físico, pudiendo incluir connotaciones culturales<sup>27</sup>, ya que permite el funcionamiento de la organización social, y sobre ésta se cimientan muchos de los procesos de socialización de las personas<sup>28</sup>. Por ello, Piedra

<sup>22</sup> CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La agenda urbana española y las leyes de vivienda autonómicas: la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada para las personas mayores como elemento de cohesión social y de construcción de una ciudad inclusiva. In: ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario (dir.). **Políticas urbanas y localización de los objetivos de desarrollo sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 315-358. p. 337.

<sup>23</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Análisis e implicaciones de los derechos sociales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2022. p. 204.

<sup>24</sup> PIEDRA CRISTÓBAL, Julio; ARREDONDO QUIJADA, Rafael. Hogar dulce hogar. Una aproximación al fenómeno de la exclusión residencial. **Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 6, p. 17-25, 2017. p. 17.

<sup>25</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Análisis e implicaciones de los derechos sociales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2022. p. 205.

<sup>26</sup> GARRIDO GUTIÉRREZ, Pilar. **El Derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: Origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos**. Disponible en: <[https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3508\\_3.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf)> Consultado del 10 ene. 2022.

<sup>27</sup> CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio; DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. Dignidad y adecuación de las viviendas sociales para las personas en riesgo de exclusión. Un elemento en la construcción del derecho a la Ciudad. In: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción y SOCÍAS CAMACHO, Joana María (coords.). **La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2020. p. 273-293. p. 292.

<sup>28</sup> CARAVANTES LÓPEZ DE LERMA, Gloria María. Barrios vulnerables: ¿derecho a la vivienda o vulnerabilidad de derechos? Una aproximación desde la exclusión residencial. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, n. 39, p. 356-376, 2019.



Cristóbal y Arredondo Quijada<sup>29</sup>, han podido identificar en ella, importantes funciones sociales, entre las que destacan:

1. Permite reproducir las instituciones familiares, refuerza lazos afectivos, proporciona seguridad jurídica y emocional, crea vecindad, fortalece la salud y la higiene.
2. Permite que cada persona construya su propia independencia y autonomía. El espacio se personaliza para convertirlo en algo íntimo.
3. Es un espacio de consumo, de ocio, de conocimiento a través de los medios de comunicación.
4. Espacio de socialización de normas y roles sociales, de aprendizaje de roles y estructuras sociales.
5. Es un espacio educativo y social básico, en el que se aprende a convivir en sociedad respetando normas sociales comunes.
6. Es un elemento fundamental para que cualquier persona pueda integrarse en la sociedad.

Por lo anterior, es que autores como Garrido Gómez, consideran que el derecho a la vivienda es un derecho a habitar que guarda relación con el urbanismo y la ordenación del territorio, “sin olvidar que las construcciones deben preservar la identidad cultural en cuanto a los materiales y la distribución interior”<sup>30</sup>. El derecho a la vivienda tiene un sentido social y el habitar es un hecho social<sup>31</sup>. No en vano, el artículo 47 de la CE consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, lo que significa que deberá poseer unas condiciones mínimas de habitabilidad que permitan el pleno desarrollo de la familia.

Pero, además, el derecho a la vivienda está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona, convirtiéndose en el centro a partir del cual han de considerarse los derechos económicos, sociales y culturales, así como, los derechos civiles y políticos. La vivienda ocupa un lugar preeminente por cubrir una necesidad básica y vital para el hombre, y en función de ello, actúa de presupuesto para el goce – entre otros – de los derechos de igualdad y de libertad<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> PIEDRA CRISTÓBAL, Julio; ARREDONDO QUIJADA, Rafael. Hogar dulce hogar. Una aproximación al fenómeno de la exclusión residencial. **Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 6, p. 17-25, 2017. p. 18.

<sup>30</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Análisis e implicaciones de los derechos sociales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2022. p. 205.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José. **El derecho a la vivienda: reflexiones en un contexto socioeconómico complejo**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013. p. 78.

<sup>32</sup> MUÑOZ PÉREZ, David. **Reconstrucción del derecho a la vivienda en España: una nueva perspectiva constitucional**. Madrid: Wolters Kluwer, 2019. p. 42.

Esta naturaleza compleja del derecho a la vivienda, les impone a los poderes públicos obligaciones que exceden a la dimensión individual del derecho. Ellos deberán considerar —dentro de sus competencias— desde la regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general hasta la garantía de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, pudiendo plantear políticas públicas desde una perspectiva social, que entiende la vivienda como un bien directamente relacionado con una necesidad básica (habitar), o desde una perspectiva económica, donde la vivienda es un bien económico, una mercancía, un activo<sup>33</sup>.

### 3. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE VIVIENDA

El artículo 148.1.3 de la CE dispone que las CCAA podrán asumir competencias en materias de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; por ello, éstas han asumido, a través de sus estatutos de autonomía, competencias exclusivas en materia de vivienda. Sin embargo, dado que el derecho a la vivienda tiene una naturaleza compleja en la que convergen o se relacionan distintas áreas —tal como comentamos en el apartado anterior—, el sistema de reparto competencial de la CE no permite un monopolio absoluto de las CCAA en esta materia, y ello se debe, en buena medida, a que el artículo 149.1 del texto constitucional español, le otorga al Estado competencia exclusiva sobre el sistema monetario (divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.11 y 149.1.13), materias éstas que pueden impactar en el disfrute del derecho a la vivienda.

No obstante, es necesario advertir, siguiendo a Arias Martínez, que los títulos competenciales estatales, no pueden implicar el agotamiento por parte del Estado de toda la regulación en materia de vivienda. Ambas competencias —las del Estado y las de las CCAA— deben desarrollarse armónicamente sin quebrantar la autonomía de las CCAA impidiéndoles adoptar las decisiones de naturaleza política necesarias para el ejercicio de sus competencias en esta materia<sup>34</sup>.

Quizás la competencia estatal que más incide en la actuación de las CCAA es la relativa a las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13 CE), que, en nuestro criterio, siguiendo lo dispuesto en la STC 61/1997 del Tribunal Constitucional, debe entenderse como la dirección de la economía general, lo que en modo alguno significa que el legislador estatal quede apoderado

<sup>33</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Análisis e implicaciones de los derechos sociales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2022. p. 206.

<sup>34</sup> ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época**, n. 11, p. 106-121, 2019. p. 114.

para regular cualquier política sectorial por el mero hecho de que la actividad de que se trate tenga una dimensión económica<sup>35</sup>. Entendemos, de acuerdo con Barnés, que la competencia contenida en el artículo 149.1.13 CE al hablar de “bases”, “coordinación” y de “actividad económica general”, debe moverse en el terreno macroeconómico, por lo que cualquier norma estatal, para ampararse en este concreto título, debe guardar una relación directa y principal con la dirección de la economía, respetando la política sectorial de competencia exclusiva autonómica, aunque pueda condicionarla<sup>36</sup>.

Debemos destacar que, además el Estado puede incidir en la materia de vivienda a través de su potestad de gasto —por ejemplo, mediante los Planes estatales de vivienda—, que es, una potestad independiente de la distribución constitucional de competencias, a través de la cual puede, asignar partidas de su presupuesto para garantizar el derecho a la vivienda, pudiendo establecer el destino de las subvenciones y las condiciones generales de su otorgamiento, aunque, como nos advierte Souvirón Morenilla siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en sentencias SSTC 13/1992 y 130/2013, debe quedar en manos de las CCAA concretar el destino de aquéllas, completar las condiciones de su otorgamiento y en todo caso su gestión<sup>37</sup>.

También es necesario referir que, los municipios pueden asumir competencias en materia de vivienda, aunque el título competencial respectivo no derive del bloque de la constitucionalidad. En efecto, de acuerdo con el artículo 25.2 LBRL de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) los municipios podrán ejercer en los términos de la legislación sectorial del Estado y de las Comunidades Autónomas competencias en materias —entre otras— de urbanismo, entre las que se encuentran el planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, la promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera, y la conservación y rehabilitación de la edificación.

#### 4. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE VIVIENDA Y DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Respecto a la legislación en materia de vivienda, Garrido Gutiérrez comenta que durante muchos años las CCAA reprodujeron las políticas estatales, siendo a mediados

<sup>35</sup> Cfr. STC 61/1997, fundamentos jurídicos 24.d y 36.

<sup>36</sup> BARNÉS, Javier, La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda. **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria**, n. 79, p. 83-143, sep./dic. 2007. p. 116.

<sup>37</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224. p. 184.

de los años 90 cuando comienzan a producir leyes autonómicas en esta materia, que, la autora, clasifica en tres períodos diferenciados<sup>38</sup>:

En el primer período, las CCAA aprobaron leyes relacionadas con el régimen de las viviendas protegidas, cuyo fin principal de eludir la aplicación del régimen de las Viviendas de Protección Oficial. En el segundo período, se aprobaron leyes sobre vivienda protegida que tienen como objetivo final implementar el derecho a una vivienda digna, para lo cual, establecen regulaciones tales como: la calificación de la vivienda protegida por largos períodos dilatados de tiempo; el control de las segundas y posteriores transmisiones de vivienda protegida; la obligatoriedad de la inscripción en el registro de Demandantes de Vivienda protegida para poder ser adjudicatario de una vivienda protegida; la regulación de los derechos de adquisición preferente de vivienda protegida por parte de la Administración, con un uso sistemático del tanteo y el retracto, entre otros. Finalmente, en el tercer período, se sitúan aquellas leyes de carácter más general, que no sólo regulan el régimen jurídico de la vivienda protegida, sino que se refieren desde una perspectiva más completa al derecho a la vivienda.

A continuación, revisaremos la normativa autonómica en materia de vivienda, para lo cual hemos dividido este punto en dos apartados: El primero, relativo a la regulación que en materia de vivienda se encuentre dentro de la legislación sobre suelo u ordenación urbanística, y es que, tal como hemos indicado previamente, el derecho a la vivienda es multifactorial y abarca distintos ámbitos o materias, por ello, no debe extrañarnos que la legislación en materia de suelo, ordenación urbanística, e incluso edificación, contemple algunas disposiciones destinadas a garantizar el derecho a la vivienda. Y, el segundo, relacionado con la regulación específica en materia de vivienda, en el cual, intentaremos identificar los aspectos básicos del derecho a la vivienda, su contenido concreto y las garantías establecidas para su protección.

#### 4.1. Legislación en materia de suelo

En materia de suelo, podemos destacar la Ley estatal de Suelo y Rehabilitación Urbana<sup>39</sup>, cuyo objeto es regular las condiciones básicas que garanticen “Un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (artículo 1.b) y en función de ello, contempla

<sup>38</sup> GARRIDO GUTIÉRREZ, Pilar. **El Derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: Origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos**. Disponible en: <[https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3508\\_3.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf)> Consultado del 10 ene. 2022. p. 17-18.

<sup>39</sup> Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

algunas definiciones sobre ciertos tipos de vivienda<sup>40</sup> y ciertas determinaciones sobre la materia, entre las que destacan: la incorporación a las políticas públicas, del fomento de “la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso” (artículo 3.3.b); la inclusión dentro del estatuto básico del ciudadano el derecho a disfrutar “de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados” (artículo 5.a); la obligación de las Administraciones públicas de “destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública” (artículo 20.1.b); y el establecimiento como regla de que los bienes y recursos que integren los patrimonios públicos de suelo deben destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social cuando así se establezca en la materia (artículo 52.1)<sup>41</sup>.

También podemos encontrar en la legislación de las CCAA en materia de suelo y ordenación urbanística, algunas disposiciones que buscan garantizar el derecho a la vivienda; por ejemplo, la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que tiene por objeto definir el régimen jurídico de determinadas actuaciones públicas en materia de vivienda protegida y suelo para facilitar el acceso de los habitantes de Andalucía a una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con el artículo 47 de la CE, estableciendo medidas específicas para la producción de suelo con destino a vivienda protegida y otros fines de interés social, y para el control y prevención del fraude en materia de vivienda protegida y suelo (artículo 1).

En tal sentido, destina un título a la regulación de las viviendas protegidas, que consta de tres capítulos: El Capítulo I regula el régimen jurídico de las viviendas protegidas, definiendo a las mismas, estableciendo quienes pueden ser las personas titulares y destinatarias de ellas y fijando como destino de las viviendas, el de constituir el domicilio habitual y permanente de dichas personas. El Capítulo II regula los derechos y las prerrogativas de la Administración en materia de vivienda protegida, entre las que se

<sup>40</sup> Específicamente la Ley define la infravivienda como “la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúne las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá que no reúnen dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación” (artículo 2.2).

<sup>41</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224. p. 185.

encuentran el derecho de adquisición preferente sobre las viviendas protegidas de promoción privada por la Administración de la Junta de Andalucía, o bien el Ayuntamiento o la entidad pública que sean designados por ella; los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Junta de Andalucía; la expropiación forzosa para los casos de incumplimiento de la función social de las viviendas protegidas, y las causas que motivan el desahucio administrativo y el procedimiento para ejercitar el mismo. Y el Capítulo III, en cumplimiento del principio de reserva de ley, tipifica determinadas conductas como infracciones al régimen de viviendas protegidas, graduándose en graves y muy graves y fijando las correspondientes sanciones y medidas complementarias.

En la Comunidad Autónoma de Aragón, encontramos la Ley 1/2008, de 4 de abril<sup>42</sup>, cuyo objeto es adaptar el ordenamiento urbanístico de esta Comunidad Autónoma, para imponer las medidas necesarias que permitan garantizar la sostenibilidad ambiental y social del planeamiento urbanístico, facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada y adoptar las medidas precisas para impulsar políticas que contribuyan a facilitar el acceso a la vivienda en Aragón (artículo 1).

En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears existe la Ley 5/2008, de 14 de mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública, cuyo objeto es regular la planificación y la ejecución de actuaciones para conseguir de una manera extraordinaria y urgente suelo urbanizado destinado a la construcción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública o de precio tasado, a fin y efecto de facilitar y posibilitar el derecho constitucional de todos los ciudadanos a tener una vivienda digna, adecuada y accesible, partiendo de una política pública de transformación del suelo de acuerdo con el interés general y el desarrollo sostenible (artículo 1.1).

La Comunidad Autónoma del País Vasco, cuenta con la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo que reconoce como principios del desarrollo urbano: la ocupación sostenible del suelo que contemple su rehabilitación y reutilización, así como el uso de las viviendas vacías; y, la construcción sostenible mediante la rehabilitación, dando prioridad a la regeneración del patrimonio construido y urbanizado en los núcleos originarios de la localidad y a la utilización de las viviendas vacías (artículo 3.3. c y d); y establece que el interés público que la ordenación urbanística debe garantizar se concreta –entre otros– en el derecho de todas las personas a acceder a una vivienda digna y adecuada a sus necesidades, para lo cual, las Administraciones Públicas deberán planificar, clasificar, programar y destinar suelo para la construcción de las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y con destino a alojamientos para atender a las necesidades de la sociedad.

---

<sup>42</sup> Ley 1/2008, de 4 de abril, por la que se establecen medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Y, finalmente, podemos mencionar, la Ley 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, que tiene entre su objeto la definición y regulación de una modalidad de vivienda protegida, denominada concertada, ligada al suelo en el que se podrá promover su implantación (artículo 1.1.a) definiendo lo que debe entenderse como vivienda protegida concertada; estableciendo las dependencias complementarias que podrán vincularse a ella y el destino de las mismas. Además, contempla medidas de control destinadas a evitar situaciones que desvirtúen la finalidad de la política de viviendas protegidas, que persigue facilitar el acceso por los ciudadanos a una vivienda a precios asequibles y atemperar el precio de la vivienda libre mediante el mantenimiento de los precios de la vivienda protegida. Y, limita de por vida el precio máximo de venta, ajustado al vigente en cada momento para las de nueva construcción, y su venta durante cinco años, para favorecer que el destino de las viviendas se ajuste a los fines de la política de vivienda.

## 4.2. Legislación autonómica específica en materia de vivienda

Ya hemos indicado que, a partir del año 2000, las CCAA comenzaron a aprobar leyes en materia de vivienda de carácter más general, que intentan regular desde una perspectiva más completa al derecho a la vivienda. A continuación, expondremos lo dispuesto en dichas leyes, desde cuatro grandes tópicos: la vivienda como derecho; la conceptualización del término vivienda, las personas o grupos de personas susceptibles de protección especial y las medidas de fomento previstas para garantizar el acceso a una vivienda digna.

### 4.2.1. *La vivienda como derecho*

Las leyes autonómicas reconocen a la vivienda como un derecho, aunque, cada una de ellas establece su propio alcance, todo ello al servicio de las finalidades de cada Ley. En este sentido, la ley andaluza<sup>43</sup> reconoce el derecho “constitucional y estatutario” a una vivienda digna y adecuada (artículo 1.1) del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía, y que comporta la satisfacción de las necesidades habitacionales de sus titulares y de quienes con ellos convivan, de forma que se posibilite una vida independiente y autónoma y se favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 2.1 y 2).

En Extremadura, la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda, también reconoce el derecho a la vivienda como “derecho constitucional y estatutario”, y, para ello, establece: los principios que han de inspirar las condiciones

<sup>43</sup> Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía

técnicas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y medidas de fomento e impulso de la calidad arquitectónica en la Comunidad Autónoma de Extremadura; las facultades, actuaciones, derechos y obligaciones de los agentes públicos y privados implicados en el sector de la vivienda y las competencias en esta materia; las líneas generales de las políticas de vivienda y los instrumentos de planificación y programación para su aplicación; los derechos, deberes y criterios generales que deben ser respetados en el ejercicio de las actividades de promoción, construcción, transacción y administración de viviendas; los mínimos que han de servir de base para establecer el régimen jurídico y las condiciones de adjudicación, gestión, enajenación y control de las viviendas protegidas, tanto de promoción privada como pública, y demás actuaciones susceptibles de protección; las garantías necesarias a ofrecer a los usuarios finales de la edificación, por los diferentes agentes del proceso, incluyendo la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos; las medidas para asegurar la protección de los consumidores y usuarios en el acceso a la vivienda, la transparencia y profesionalización del mercado inmobiliario; las formas de intervención administrativa, principios del régimen de extinción de contratos de arrendamientos de viviendas protegidas de promoción pública, régimen sancionador y definición y detección de determinadas situaciones de utilización anómala de viviendas, y; el régimen jurídico de enajenación de viviendas protegidas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura (artículo 1).

En las Comunidades Autónomas de Canarias<sup>44</sup>, Galicia<sup>45</sup>, La Rioja<sup>46</sup> y Valencia<sup>47</sup> se reconoce el derecho de las personas que residen en las mismas, de disfrutar de una vivienda “digna y adecuada”; mientras que en las Illes Balears<sup>48</sup> se reconoce el derecho a la vivienda “digna, adecuada y asequible” (artículo 1). Advertimos que los calificativos que acompañan a la configuración legal del derecho a la vivienda no deben considerarse de menor importancia, por el contrario, cada uno de ellos contribuirá a delimitar el alcance de la potestad autonómica para intervenir y garantizar el efectivo disfrute del derecho a la vivienda. Así, en el caso de las Illes Balears, al hablar de “asequible”, significa no solamente que se debe garantizar que la vivienda tenga unas condiciones mínimas de habitabilidad, sino que, además, debe tener un precio de mercado o de alquiler que pueda comprarse o pagarse por las personas.

Por su parte, en Murcia, si bien la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda<sup>49</sup> reconoce el derecho a la vivienda digna y adecuada, éste es definido por el legislador

<sup>44</sup> Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, artículo 1.

<sup>45</sup> Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, artículo 3

<sup>46</sup> Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja, artículo 1.

<sup>47</sup> Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, artículo 1

<sup>48</sup> Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears

<sup>49</sup> Denominada “Ley de Vivienda y Lucha contra la Ocupación de la Región de Murcia” según lo dispuesto en el artículo primero, aparte uno de la Ley 3/2022, de 24 de mayo, por el que se establecen medidas de lucha



autonómico como “el derecho de todas las personas a disfrutar de una vivienda donde poder vivir dignamente y desarrollar su vida privada y familiar en condiciones de paz y seguridad” (artículo 2.1)<sup>50</sup>.

Para finalizar, nos referiremos a las leyes autonómicas de Cataluña, Navarra y País Vasco, que reconocen el derecho a la vivienda, como un real derecho subjetivo con protección jurisdiccional. En efecto, la legislación catalana<sup>51</sup> define el derecho a la vivienda como “el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna que sea adecuada, en las distintas etapas de la vida de cada cual, a la situación familiar, económica y social y a la capacidad funcional.” (artículo 1.1). Un derecho que – al igual que Andalucía y Extremadura – caracteriza como “constitucional y estatutario” al que se le reconoce una “acción pública” en materia de vivienda, que faculta a todos los ciudadanos para exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de vivienda y de las disposiciones y medidas establecidas por el planeamiento urbanístico referidas a la vivienda (artículo 6), lo que deja ver en palabras de Souvirón Morenilla “la decidida voluntad de la Ley catalana de configurarlo como tal derecho en sentido estricto”<sup>52</sup>.

En este mismo sentido, se pronuncia la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, que reconoce el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (artículo 1), pero, además, asequible (artículo 7.1) en todo el territorio de esa Comunidad Autónoma. Esta Ley, en su artículo 6 y capítulo II, se refiere al derecho a la vivienda como un derecho subjetivo, que puede ser satisfecho con la puesta a disposición de una vivienda o alojamiento en alquiler o mediante una prestación económica en los casos que no se disponga de vivienda para hacer frente a la necesidad<sup>53</sup>.

Para la legislación del País Vasco, la declaratoria del derecho a la vivienda como derecho subjetivo, trae como consecuencia –al igual que la ley catalana– la consagración como pública, la acción “para exigir ante los órganos administrativos y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente la observancia de la presente ley, así

---

contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

<sup>50</sup> Se trata de una nueva redacción dada por el artículo primero, apartado tres de la Ley 3/2022, de 24 de mayo, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

<sup>51</sup> Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda

<sup>52</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224. p. 189.

<sup>53</sup> GARZO URANGA, Mamen; GALLO RODRÍGUEZ, Laura; CORRAL ALZA, Antonio. De la crisis a la recuperación: el replanteamiento de la política vasca de vivienda en el nuevo escenario económico y social. **Ekonomiaz: Revista vasca de economía**, n. 35, p. 364-393, 2020. p. 380.

como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución”, sin embargo, debemos advertir, que esta disposición –inciso 1 del artículo 6– fue declarada inconstitucional por sentencia del TC 97/2018, de 19 de septiembre.

Culminamos este apartado con la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, cuyo artículo 3 bis, reconoce el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo “de acceso a vivienda” y como un “servicio social de interés general”, estableciendo que toda persona empadronada tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en términos de tamaño y calidad, y a disfrutar pacíficamente de la misma “siendo obligación de las Administraciones Públicas vela por la satisfacción y protección de este derecho” y declarando cualquier actividad dirigida a posibilitar la satisfacción y protección de este derecho como un servicio social de interés general.

#### 4.2.2. *Conceptualización de la vivienda*

Entendiendo que, de acuerdo con la legislación autonómica, la vivienda es un derecho, revisaremos ahora la conceptualización dada al término “vivienda”, y cuál es el alcance que le otorgan a los agregados “digna”, “adecuada” y “asequible”. Comprender el significado de cada uno de estos términos nos permitirá saber cuándo se encuentra efectivamente satisfecho el derecho a la vivienda.

Así las cosas, lo primero que debemos señalar es que varias CCAA se refieren a la vivienda como “edificación habitable destinada a la residencia de personas físicas”. Esta definición puede observarse en Castilla y León<sup>54</sup>, <sup>55</sup>La Rioja<sup>56</sup>, Murcia<sup>57</sup>, Valencia<sup>58</sup> y Extremadura, que define la vivienda como el “edificio, o parte de un edificio y sus anejos, de carácter privativo y con destino a uso residencial de personas, con una estabilidad y superficie igual o superior a la establecida como mínima por la normativa reguladora sobre condiciones mínimas de habitabilidad”, pero, además, posee una definición autónoma de vivienda habitable, entendiéndola por “aquella que, reuniendo las exigencias básicas de habitabilidad que reglamentariamente se establezcan, son susceptibles de obtener la cédula de habitabilidad o documento equivalente”<sup>59</sup>.

Por otro lado, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, define a la vivienda como “toda edificación fija destinada a que residan en ella

<sup>54</sup> Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, artículo 3.1

<sup>55</sup> Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, artículo 4.a).

<sup>56</sup> Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja, artículo 3.2

<sup>57</sup> Artículo 2.3 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de Vivienda y Lucha contra la Ocupación de la Región de Murcia, de acuerdo con la redacción dada por el artículo primero apartado tres de la Ley 3/2022, de 24 de mayo, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

<sup>58</sup> Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, artículo 2.

<sup>59</sup> Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, artículo 9 incisos 1 y 9.

personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación” (artículo 3.a); mientras que en Galicia se define como “el espacio cerrado y compartimentado de un edificio destinado a alojamiento habitual de personas, para el desarrollo de las funciones humanas elementales, en condiciones de seguridad, habitabilidad y funcionalidad idóneas, y destinado a ser ocupado por una persona o por una unidad familiar o de convivencia en régimen de total autonomía”<sup>60</sup>; y, en el País Vasco, se entiende como el “edificio o parte de un edificio, de carácter privativo y con destino a uso residencial”<sup>61</sup>.

Ahora bien, algunas CCAA han intentado ir más allá en la definición de vivienda y dar respuesta a los calificativos de “digna y adecuada”, e incluso, aproximar algunos parámetros sobre lo que debe entenderse “vivienda de calidad”. En este grupo se encuentra Andalucía, que define a la vivienda digna y adecuada como aquella que reúna, al menos, los siguientes requisitos: 1. Que se trate de una edificación fija y habitable, constituyendo, a efectos registrales, una finca independiente, 2. Que sea accesible, particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales, y; 3. Que sea una vivienda de calidad, es decir; que debe incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia, como los relativos a adaptación a las condiciones climáticas, minimización de impactos ambientales, reducción del ruido, gestión adecuada de los residuos generados, ahorro y uso eficiente del agua y la energía y utilización de energías renovables<sup>62</sup>.

También se encuentra en este grupo la Comunidad Autónoma del País Vasco que de forma separada define la vivienda o alojamiento adecuado como aquella “que por su tamaño, ubicación y características resulta apropiada o apropiado para la residencia de una concreta persona, familia o unidad de convivencia” y la vivienda o alojamiento digno, referida a aquella “cuyas características técnicas son acordes a los criterios de habitabilidad”<sup>63</sup>; y las Islas Baleares, que entiende por vivienda adecuada, aquella que “por su tamaño, ubicación y características, resulta apropiada para que resida allí una persona, familia o unidad de convivencia concreta”<sup>64</sup>.

Así, se ha podido observar cómo algunas CCAA han intentado dotar de contenido al derecho a la vivienda, no solo en su aspecto general, es decir, lo que se debe entender como vivienda, sino que, también han intentado calificar sus cualidades de

<sup>60</sup> Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, artículo 4.h)

<sup>61</sup> Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, artículo 3.u).

<sup>62</sup> Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, artículos 2.3 y 3.

<sup>63</sup> Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, artículo 3.v) y w).

<sup>64</sup> Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, artículo 4.c)

“digna”, “adecuada”, “asequible” y “de calidad”. Algunas –como Cataluña, Islas Baleares y País Vasco–, han incorporado entre sus definiciones el término “infravivienda”, es decir, aquella construcción o una parte de ésta que, aunque no tiene cédula de habitabilidad ni cumple las condiciones para obtenerla, se destina a vivienda<sup>65</sup>. Estas definiciones resultan importantes al momento de analizar si a una persona se le ha vulnerado su derecho a la vivienda, o si las Comunidades Autónomas han implementado las políticas públicas necesarias para garantizar este derecho, de allí que no en vano los legisladores autonómicos nos presentan un amplio catálogo de definiciones que persiguen dotar de contenido a este derecho.

#### 4.2.3. *Colectivos vulnerables y/o sujetos especiales de protección*

Algunas CCAA han contemplado en sus leyes de vivienda, clasificaciones o categorías especiales de personas, que se consideran vulnerables, a los efectos de dichas leyes, y, por tanto, sujetos especiales de protección. Lo relevante de esta categorización, es que la misma es independiente de los requisitos o condiciones que se imponen para acceder a una vivienda de protección social o vivienda protegida, y por ello, quisimos referirlos en este apartado.

Para la Comunidad de Castilla y León se consideran colectivos especiales de protección, los siguientes<sup>66</sup>: 1. Las familias numerosas monoparentales con hijos menores de edad a cargo, o bien con hijos mayores de edad en situación de dependencia, así como las familias con parto múltiple o adopción simultánea, 2. Las personas dependientes o con discapacidad, así como las familias en las que convivan, 3. Las personas mayores de 65 años, así como las familias en las que convivan, 4. Los jóvenes menores de 35 años, 5. Las víctimas de violencia de género y de terrorismo, 6. Las unidades familiares o de convivencia en riesgo de exclusión social por alguna de las siguientes circunstancias: 6.1. Que todos sus miembros se encuentren en situación de desempleo o afectados por expedientes de regulación de empleo; 6.2. Que sus ingresos familiares máximos corregidos no superen 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), 6.3. Los deudores hipotecarios que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial, 7. Las personas que pierdan el derecho a usar la vivienda que constituya su residencia habitual y permanente por sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, 8. Las personas que habiten una vivienda sujeta a expediente de expropiación o situada en un inmueble que haya sido declarado en ruina, 8. Las personas que habiten un alojamiento provisional como consecuencia de operaciones de emergencia o situaciones catastróficas que hayan

<sup>65</sup> Véase artículo 3.f) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña; el artículo 3.i) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco y el artículo 4.h) de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears.

<sup>66</sup> Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, artículo 5.

implicado la pérdida de la vivienda, u otro tipo de alojamiento cedido en precario por administraciones públicas u otras personas jurídicas, 9. Las personas que habiten, mediante título legal, una vivienda con deficientes condiciones de habitabilidad o superficie inadecuada a la composición familiar, 10. Castellanos y leoneses en el exterior que se encuentren en condiciones de especial necesidad y soliciten ser retornados, 11. Inmigrantes que residan legalmente en la Comunidad de Castilla y León.

Destacamos de estos grupos a las víctimas de violencia de género, las personas que pierdan el derecho a usar la vivienda que constituya su residencia habitual y permanente por sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y los inmigrantes que residan legalmente, porque –sin que ello implique el desconocimiento de las necesidades de las otras categorías de sujetos mencionados en la Ley– se trata de colectivos que suelen ser invisibilizados al momento de diseñar y aplicar políticas públicas.

En las Islas Baleares, la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, también contempla categorías de personas que son consideradas situación de especial vulnerabilidad en materia de vivienda<sup>67</sup> y, por tanto, con problemas para acceder o mantener un derecho de uso, por cualquier título admitido legalmente, a una vivienda habitual digna.

En estas categorías se encuentran: 1. Las mujeres víctimas de violencia machista, 2. Los sujetos que tengan declarado un grado de discapacidad superior al 33 %, una situación de dependencia o enfermedad que lo incapacite de forma acreditada y permanente para realizar una actividad laboral, 3. Quienes hayan padecido violencia de género, 4. Quienes tengan menores al cargo, 5. Los que hayan sido declarados desahuciados o se encuentren en proceso de desahucio o lanzamiento, y; 6. Jubilados.

En tercer lugar, encontramos la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, cuyo artículo 8, al referirse a la necesidad de vivienda, menciona algunas categorías de sujetos que considera en riesgo de caer en situación de exclusión social, por no disponer de un alojamiento estable o adecuado, ni de los medios económicos precisos para obtenerlo. Las personas que la ley considera con necesidad de vivienda son: 1. Aquellos que, siendo titulares de su vivienda habitual y encontrándose ésta incurso en un procedimiento de desahucio por ejecución hipotecaria, no puedan hacer frente a los pagos del préstamo hipotecario sin incurrir en riesgo de exclusión social, 2. Aquellos arrendatarios que no puedan hacer frente a los pagos del arrendamiento sin incurrir en riesgo de exclusión social y que, encontrándose en las mismas circunstancias, sean objeto de desahucio, sin solución habitacional, 3. Toda persona, familia o unidad de convivencia que se halle incurso en causa de necesidad.

<sup>67</sup> Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, artículo 3.

Así pues, hemos podido observar cómo algunos legisladores autonómicos han intentado incorporar en la legislación en materia de viviendas a ciertas categorías de personas que consideran como sujetos que requieren de protección especial. Destacamos que su sola incorporación en la legislación no garantiza el disfrute efectivo de derecho a una vivienda digna y adecuada, pero sí refleja la intención del legislador que sean tomados en consideración por los responsables de las Administraciones Públicas al momento de implementar cualquier medida, acción o política pública que busque garantizar el referido derecho.

#### 4.2.4. *Ayudas públicas y otras medidas de fomento*

Como último punto de este apartado, nos referiremos al régimen de fomento y/o medidas de ayudas públicas, que, en materia de vivienda contemplan las leyes autonómicas. Este análisis lo dividiremos en dos partes: el primero, referido a aquellas leyes que, sin detallar el tipo de prestaciones o ayudas públicas, mencionan –a grandes rasgos– la necesidad de contar con un régimen de fomento para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la vivienda, y las medidas que deberá contener –que se desarrollarán reglamentariamente–; y, el segundo, relacionado con aquellas leyes autonómicas que mencionan las actuaciones concretas de las Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas y otras medidas de fomento.

En el primer grupo, se encuentran las CCAA de las Islas Baleares, País Vasco y Valencia, que, aunque no detallan el tipo de ayudas y medidas de fomento que promoverán para garantizar el derecho a la vivienda, sí mencionan la necesidad que las Administraciones Públicas desarrollen medidas de este tipo, y los elementos o criterios necesarios para el otorgamiento de tales ayudas. Así, en el caso de las Islas Baleares, el artículo 27 de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda establece que las Administraciones Públicas desarrollarán todas las actuaciones necesarias a fin de que las ayudas en materia de vivienda previstas en los planes y la normativa estatal estén al alcance de todas las personas y para que se facilite su tramitación, debiendo establecer de forma reglamentaria, los plazos de resolución, que permitirán una tramitación ágil y efectiva para poder dar respuesta a las necesidades planteadas. Esta misma norma dispone que las ayudas públicas orientadas a garantizar el acceso a la vivienda deberán atender los siguientes criterios: 1. Ingresos totales de la unidad familiar o de convivencia, 2. Patrimonio de la unidad familiar o de convivencia, 3. Número de miembros de la unidad familiar o de convivencia, 4. Sectores preferentes, tal y como se definen en la legislación específica, y; 5. El precio de referencia del mercado de alquiler de vivienda por distritos, barrios, municipios o islas, según el caso.

En el caso del País Vasco, el artículo 9 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, dispone que las Administraciones Públicas podrán establecer un sistema

de prestaciones económicas como medio para garantizar el acceso de sus habitantes a una vivienda digna; mientras que, en el caso de la Comunidad Valenciana, el artículo 20 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda menciona que la Generalitat, las entidades locales y otras entidades públicas podrán establecer cuantas medidas de fomento se consideren apropiadas para incentivar las actuaciones protegidas en materia de vivienda, pudiendo referirse a la promoción, el acceso y rehabilitación de viviendas, facilitando la financiación adecuada, y con carácter complementario, a los entornos y equipamientos urbanos, o al establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

En el segundo grupo de CCAA, es decir; aquellas que establecen medidas de fomento o ayudas públicas más concretas, se encuentran Andalucía, Cataluña, Canarias, Extremadura y Navarra. En el caso de Andalucía, la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda, establece que las modalidades de ayuda para la vivienda protegida pueden ser: 1. Préstamos cualificados, 2. Subsidiaciones de los préstamos, 3. Ayudas para facilitar el pago de las cantidades entregadas anticipadamente a la adquisición de la vivienda, 4. Ayudas para facilitar el pago del precio de la vivienda o de la renta del arrendamiento, 5. Ayudas específicas a los jóvenes u otros colectivos con especial dificultad para el acceso a la vivienda, 6. Ayudas a las personas promotoras, 7. Ayudas para fomentar la oferta de viviendas en régimen de arrendamiento y el arrendamiento con opción de compra, dando prioridad para el acceso a estas modalidades a las unidades familiares con rentas más bajas, 8. Medidas para el desarrollo del suelo residencial con destino a viviendas protegidas<sup>68</sup>. También dispone que, los planes de vivienda y suelo podrán promover otras medidas orientadas a favorecer el acceso a la vivienda libre y la mejora del parque residencial, tales como: 1. Incentivos para la salida al mercado de viviendas deshabitadas que fomenten la efectiva ocupación de las mismas, 2. Oferta de viviendas en régimen de arrendamiento, 3. Ayudas a la rehabilitación de viviendas y edificios, 4. Medidas para el desarrollo del suelo residencial, 5. Medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación, 6. Aseguramiento de riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas, 7. Medidas fiscales, y; 8. Subvenciones para propietarios, arrendatarios y entidades.

En el caso de Cataluña, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, establece un sistema de prestaciones para el pago del alquiler para las personas y las unidades de convivencia residentes en esa localidad, con ingresos bajos y moderados a las que el coste de la vivienda puede situar en riesgo de exclusión social residencial o dificultar el proceso de inserción social, el cual estará integrado por dos tipos de prestaciones: 1. Prestaciones para el pago del alquiler, y; 2. Prestaciones de

<sup>68</sup> Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, artículo 9.

especial urgencia para el pago del alquiler o de cuotas de amortización hipotecaria en situaciones especiales<sup>69</sup>.

En Canarias, la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda establece que las Administraciones Públicas fomentarán la construcción, rehabilitación y reposición de viviendas protegidas mediante la adopción de medidas fiscales, económicas y aquellas otras que las incentiven, pudiendo adoptar las siguientes modalidades: 1. Préstamos cualificados concedidos por entidades de crédito públicas o privadas en el marco de los convenios suscritos al amparo de los planes estatal y canario de vivienda; 2. Ayudas económicas directas: 2.1. Subsidios de préstamos cualificados; 2.2. Subsidios de préstamos no cualificados concedidos directamente a los beneficiarios por entidades de crédito públicas o privadas; 2.3. Subvenciones personales, y; 3. Avales o cualquier otra clase de ayuda que facilite la financiación del precio de la vivienda protegida<sup>70</sup>.

En Extremadura, la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda, contempla un amplio catálogo de medidas de fomento<sup>71</sup>, entre las que se mencionan: 1. La promoción pública de suelo, 2. La promoción pública de viviendas, 3. La reserva de suelo para vivienda protegida y el límite del valor máximo de repercusión de suelo, 4. La intermediación, en caso de vivienda hipotecada y de alquiler, si el inmueble constituye la vivienda habitual y única del deudor, 5. La cesión en virtud de la función social de la vivienda, 6. El desarrollo público de áreas de rehabilitación integral urbanas para garantizar la calidad habitacional de las barriadas degradadas, 7. La puesta en marcha de planes de mejora energética y dotacional de las viviendas, 8. El establecimiento de convenios de colaboración con las entidades financieras y cualquier otra entidad que disponga de viviendas deshabitadas para ponerlas a disposición de personas que carezcan de recursos económicos o con dificultades para satisfacer la necesidad de una vivienda digna y adecuada a través del alquiler en condiciones favorables, o de personas pertenecientes a colectivos sociales especialmente desfavorecidos, vulnerables o en situación de exclusión social, sinhogarismo, mujeres víctimas de violencia de género, víctimas de terrorismo, personas mayores y personas jóvenes que pretendan acceder a la vivienda por primera vez, 9. La creación de una bolsa de viviendas de emergencia para situaciones transitorias sobrevenidas, especialmente para garantizar una vivienda a personas en situación de desahucio que no haya podido evitarse con otras medidas, y; 10. La supervisión de las condiciones técnicas y el estado arquitectónico de las viviendas desocupadas.

Finalmente, nos referiremos a la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra que establece como objetivos generales de las medidas

<sup>69</sup> Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de Cataluña, artículo 72.

<sup>70</sup> Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, artículo 38.

<sup>71</sup> Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, artículos 54 y 124.



de promoción y fomento<sup>72</sup>: 1. La construcción de vivienda protegida, 2. La obtención y urbanización de suelo con destino a vivienda protegida, procurando la concertación con los Ayuntamientos para dotarlo adecuadamente de servicios, 3. La rehabilitación de viviendas y de áreas urbanas, 4. El alquiler de viviendas desocupadas, 4. La promoción de viviendas de alquiler, y; 5. La vivienda ecológica mediante la bioconstrucción y el bioclimatismo. Mientras que, como modalidades de ayudas para la adquisición de vivienda protegida, establece: 1. Concesión de préstamos cualificados por parte de entidades financieras al promotor, al adquirente o al adjudicatario, cuyo plazo de amortización no excederá de 35 años, 2. Subsidiación de los préstamos cualificados, respecto de los que el Gobierno de Navarra podrá adoptar compromisos económicos de plazo no superior a 23 años, incluyendo períodos de carencia que no superen los 3 años y plazos de amortización de hasta 20 años, 3. Subvenciones a fondo perdido, 4. Reducción o descuento sobre el precio de venta o renta, 5. Exenciones, deducciones y desgravaciones fiscales, y; 6. Cualquier otra clase de ayuda que facilite la financiación del precio de las actuaciones protegibles.

Así pues, las CCAA han intentado establecer un importante número de actuaciones o medidas que busquen garantizar el disfrute efectivo del derecho a la vivienda, buena parte de las cuales, tiene contenido y/o carácter económico, y es que, en ocasiones, el Estado debe garantizar el bienestar de sus ciudadanos interviniendo en el mercado, si es necesario<sup>73</sup>.

## 5. DERECHO A LA VIVIENDA Y EMERGENCIA HABITACIONAL: CASO CATALUÑA

Revisada la legislación autonómica en materia de vivienda, pasaremos ahora a revisar con un poco más de detalle, la legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de vivienda. Dicho análisis se realizará en dos sentidos: el primero, referido a las formas de intervención pública en materia de vivienda previstas en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, y, el segundo, relativo a la función social de la vivienda y la protección de personas en riesgo de exclusión residencial

### 5.1. Sobre la intervención pública en materia de vivienda

El legislador autonómico de Cataluña se esforzó para que la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda fuese una ley general que regulara los distintos aspectos que intervienen en el disfrute del derecho a la vivienda. De acuerdo con

<sup>72</sup> Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, artículo 11.

<sup>73</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago; GARCÍA DELGADO, José Luis; GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dirs.). **Las estructuras del bienestar: Derecho, Economía y Sociedad en España**. Madrid: Fundación ONCE-Civitas, 1997. p. 189.

Bastús Ruiz, esta ley nace con un objetivo firme y claro “crear un parque específico de viviendas asequibles que permita mejorar la situación de la población que requiere de un alojamiento”, que, además, tiene un tiempo definido, ya que se pretende que en el plazo de 20 años –hasta el año 2027–, el 15% de las viviendas principales existentes deben ser viviendas destinadas a políticas sociales<sup>74</sup>.

Es por ello por lo que, adicional a los puntos que hemos tratado en apartados anteriores, se pueden observar disposiciones relativas a la calidad del parque de viviendas, la protección de los consumidores y usuarios en el mercado inmobiliario, y la política de protección pública de la vivienda, las cuales, de una u otra forma, intentan garantizar este derecho.

Así, en el Título III, relativo a la calidad del parque inmobiliario de viviendas, pueden observarse normas sobre conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial, los deberes y medidas de intervención administrativa al respecto, e incluso la expropiación por incumplimiento de tales deberes (artículos 38 y 40), y la actuación administrativa ante la utilización anómala de la vivienda (su desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda) (artículo 41). Mientras que, en el Título V se regula la política de protección pública a la vivienda y establece un conjunto de acciones para la protección de las actuaciones conducentes a proporcionar alojamiento a las personas y unidades de convivencia con necesidades de vivienda<sup>75</sup>.

A continuación, revisaremos algunas figuras previstas en esta ley, que facultan a la Administración Pública autonómica para intervenir en el sector privado, con miras a garantizar el disfrute efectivo del derecho a la vivienda:

### 5.1.1. *La vivienda de protección oficial*

Explica Souvirón Morenilla<sup>76</sup> que la vivienda de protección oficial ocupa lugar destacado dentro del régimen jurídico-público de la vivienda. La Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña regula esta figura de forma general (artículos 77-85), definiendo a la vivienda con protección oficial como aquella que se sujeta a un régimen de protección pública que permite establecer como mínimo el

<sup>74</sup> BASTÚS RUIZ, Berta. La garantía del derecho a la vivienda a través del análisis de las últimas modificaciones legislativas. **Revista de urbanismo y edificación**, n. 46, p. 143-171, 2021. p. 145.

<sup>75</sup> De acuerdo con el artículo 68 de la Ley son actuaciones susceptibles de ser protegidas en materia de vivienda las siguientes: 1. La compra o urbanización de suelo para destinarlo a vivienda protegida, 2. La promoción de nuevas viviendas de protección oficial, 3. Los contratos de copropiedad, 4. La adquisición de viviendas libres o protegidas para uso propio o para destinarlas a alquiler, 5. La oferta y puesta en el mercado de viviendas privadas para destinarlas a alquiler o a otras formas de cesión de uso, 6. La rehabilitación de viviendas y de edificios de viviendas, y; 7. Las demás que determinen los planes de vivienda.

<sup>76</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224. p. 193.

precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda. Su función esencial será la de satisfacer la necesidad de vivienda de las personas usuarias que las ocupan legalmente para que constituyan la residencia habitual y se califican en: 1. Genérica, cuando el acceso a la vivienda de las personas usuarias pueda estar en régimen de propiedad, de arrendamiento u otro régimen de cesión del uso sin transmisión de la propiedad, y; 2. Específica, cuando el acceso a la vivienda de las personas usuarias esté sólo en régimen de arrendamiento (artículo 77).

La adjudicación y transmisión de las viviendas de protección oficial, están sujetas a una serie de exigencias (publicidad, transparencia, objetividad, concurrencia pública –sin perjuicio de la reserva de unos cupos para las personas víctimas de la violencia de género o con movilidad reducida–, promoción de la diversidad y lucha contra la exclusión social), a los derechos de opción legal y de retracto a favor de la Administración de la Generalitat, al deber de notificar a ésta la decisión de transmitir y al requisito para quienes pretendan acceder a una vivienda de protección oficial de estar inscritos en el Registro de solicitantes de viviendas de protección oficial (salvo en el caso de las adjudicaciones destinadas a hacer frente a las situaciones de emergencia en el marco de las prestaciones que corresponden a los servicios de asistencia y bienestar social). Queda asimismo regulado el desahucio de estas, por impago de las rentas u otras cantidades debidas, el destino de la vivienda a un fin no autorizado, entre otros.

Advertimos que el régimen jurídico de las viviendas de protección oficial se encuentra desarrollado, en normas como el Decreto 257/2006, de 6 de junio, por el que se establecen las condiciones para la venta de viviendas calificadas de protección oficial de promoción pública, cuyo objetivo es sentar las bases de precio y de procedimiento para regular las operaciones de compra venta del parque de viviendas de promoción pública de Cataluña, tanto en los casos de venta de viviendas de propiedad, como en los casos de venta de viviendas en alquiler. Otra norma que incide en esta materia es el Decreto 106/2009, de 19 de mayo, por el que se regulan el Registro de Solicitantes de Viviendas con Protección Oficial de Cataluña y los procedimientos de adjudicación de las viviendas con protección oficial.

### 5.1.2 *La mediación social en el alquiler de viviendas*

Es una figura prevista en el artículo 69 de la ley catalana que busca estimular a los propietarios e inversores privados a poner en el mercado de alquiler viviendas para personas y unidades de convivencia con dificultades para acceder a éste. Dicho sistema es gestionado por una red de mediación subvencionada por el Gobierno autonómico, que puede estar integrada por administraciones públicas locales, entidades sin ánimo de lucro o agentes vinculados con la vivienda que se ciñan a las condiciones y al sistema de control que debe establecerse por reglamento, y articulado con un sistema

voluntario de obtención de viviendas privadas, en especial las desocupadas, cedidas a la Administración para que ésta las ponga en alquiler, con la garantía por ella de su mantenimiento y el cobro de la renta correspondiente.

#### 5.1.3. *La vivienda de inserción*

El artículo 3.i) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, define la vivienda de inserción como aquella gestionada por Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro que, en régimen de alquiler u otras formas de ocupación, se destina a atender a personas que requieren una especial atención. El Gobierno autonómico debe velar que las entidades sin ánimo de lucro y los servicios sociales municipales que llevan a cabo programas de inserción social puedan disponer de un volumen de viviendas de inserción suficiente para atender a las necesidades de este tipo que se detecten en cada municipio (artículo 70).

#### 5.1.4. *La propiedad compartida.*

Se trata de una fórmula de acceso a la vivienda protegida, intermedia entre el alquiler y la propiedad que implica la transmisión al adquirente del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte de una tercera persona. Las Administraciones públicas pueden participar en la adquisición de estas propiedades compartidas, y a la parte de la vivienda no transmitida se le pueden aplicar las correspondientes ayudas para el alquiler (artículo 71).

#### 5.1.5. *Sistema de prestaciones para el pago del alquiler*

Este sistema, ya mencionado en apartados anteriores al analizar los distintos mecanismos de fomento o régimen de ayudas de las CCAA, es aplicable para las personas y unidades de convivencia residentes en Cataluña con ingresos bajos y moderados a las que el coste de la vivienda puede situar en riesgo de exclusión residencial o dificultar el proceso de inserción social.

Estas prestaciones tienen el carácter de prestaciones económicas de derecho de concurrencia y se rigen supletoriamente por la legislación vigente en materia de prestaciones sociales de carácter económico. Se otorgan por un año y son prorrogables por anualidades sucesivas en función de las dotaciones presupuestarias de cada ejercicio, mientras las personas beneficiarias mantengan las condiciones de elegibilidad. Son compatibles con otras ayudas que los beneficiarios puedan recibir por conceptos diferentes de los establecidos por el presente artículo (artículo 72.3).

Puede observarse como la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, establece distintas figuras jurídicas que facultan a las Administraciones Públicas a incidir en el sector de la vivienda, ya sea directa o indirectamente,

e incluso a través de prestaciones económicas, con miras a garantizar que aquellos colectivos o grupos vulnerables puedan hacer efectivo el derecho previsto en el artículo 47 de la CE.

## 5.2. Sobre la función social de la vivienda y la protección de personas en riesgo de exclusión residencial

Seguidamente revisaremos otras medidas previstas en leyes especiales que tiene por objeto garantizar la denominada “función social de la vivienda”, regulada en el artículo 5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, y que, según dispone dicha ley se vulnera, cuando: 1. Los propietarios incumplen su deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que ello suponga un riesgo para la seguridad de las personas y se les haya garantizado, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda, 2. La vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de forma permanente e injustificada durante un período de más de dos años, 3. La vivienda esté sobreocupada, 4. No se destine a residencia habitual y permanente de personas, si es una vivienda de protección oficial o una vivienda reservada para el planeamiento urbanístico a este tipo de residencia, 5. Después de la consecución de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o de la firma de compraventas de vivienda que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario por parte del prestatario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, y 7. Se incumpla la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de interponer una demanda judicial.

Advertimos que la figura de la “función social de la vivienda” cuenta con destructores, quienes consideran que, en algunas ocasiones, la legislación en materia de vivienda puede resultar excesiva y atentar contra el derecho de propiedad, lo que ha generado, incluso, algunas decisiones del Tribunal Constitucional.

En este apartado, nos referiremos a aquellas leyes —distintas a la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña— que buscan garantizar la función social de la vivienda, debiendo referir en primer lugar, el Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria<sup>77</sup>, cuyo objetivo es la mo-

<sup>77</sup> Debemos mencionar que el pasado mes de marzo de 2022 se promulgó la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, que estableció, entre otros, modificaciones sobre: 1. Los supuestos de vivienda vacía, estableciendo que suponen un incumplimiento a la función social del derecho de la propiedad y determinando como incumplimiento de la indicada función, el hecho de que una vivienda o edificio de viviendas estén desocupadas sin

vilización de las viviendas desocupadas, en especial aquellas sometidas a procesos de ejecución hipotecaria, para que las familias afectadas pudieran permanecer en ellas en régimen de alquiler<sup>78</sup>.

Las principales medidas adoptadas en el Decreto-ley 1/2015, fueron:

1. Someter al derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Generalitat las transmisiones de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, en el conjunto de todos y cada uno de los municipios considerados como de demanda residencial fuerte y acreditada por el Plan territorial sectorial de vivienda o, en su defecto por el Plan para el derecho a la vivienda<sup>79</sup>.

2. Tipificar una nueva infracción grave en materia de calidad del parque inmobiliario, consistente en la no ejecución de las obras necesarias para el cumplimiento de los requisitos de habitabilidad exigidos a las viviendas provenientes de ejecuciones hipotecarias o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria.

3. Establecer un nuevo instrumento a favor de la Administración con el fin de poder forzar la ejecución de las obras de rehabilitación necesarias en viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, para que cumplan las condiciones y requisitos de habitabilidad y no queden fuera de opción de ser ocupadas, cuando se encuentren en un municipio considerado de demanda residencial fuerte y acreditada. Se trata de la expropiación temporal del usufructo en el marco de una ejecución forzosa subsidiaria por parte de la Administración y a cargo del titular de la vivienda, por un plazo máximo de 10 años, para aquellos supuestos de negativa en el cumplimiento de la obligación por parte del titular.

4. Incluir el deber de comunicación a la Generalitat de las viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria, tanto si la vivienda está vacía como si la vivienda está ocupada sin título habilitante. Los datos sobre estas viviendas se integran en el Registro de viviendas vacías y de viviendas sin título habilitante.

Posteriormente encontramos la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, que

---

justificación durante un período superior a 2 años, 2. El concepto de gran tenedor persona jurídica, 3. Expropiación forzosa, estableciendo vías de expropiación forzosa para aquellas viviendas vacías y de las que los grandes tenedores incumplan con las exigencias de las Administraciones Públicas para ocuparlas, alegando este mismo hecho como causa de interés social. Ver: DEPARES AGUILAR, Marc. Cómo son las últimas modificaciones en materia de vivienda catalana? ¿cuáles son las nuevas obligaciones de los grandes tenedores? **Diario La Ley**, n. 10078, p. 1-5, 2022.

<sup>78</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224. p. 210.

<sup>79</sup> Las normas relativas al derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración fueron posteriormente modificadas mediante Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.

incorpora un nuevo conjunto de medidas enmarcadas en la emergencia social, entre las que se encuentran:

1. Establecer mecanismos destinados a resolver las situaciones de sobreendeudamiento de personas físicas y de familias, por causas sobrevenidas, especialmente en lo relativo a las deudas derivadas de la vivienda habitual, mediante la regulación de un procedimiento extrajudicial y, en su caso, de un procedimiento judicial (artículo 1).

2. Establecer medidas para evitar los desahucios que puedan producir una situación de falta de vivienda, entre las que se destacan, la obligación del adquirente de una vivienda resultante de la consecución de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, de ofrecer a los afectados, una propuesta de alquiler social, si la adquisición o la compraventa afecta a personas o unidades familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de los parámetros de riesgo de exclusión residencial definidos por la Ley 24/2015.

El artículo 5 de la Ley prevé dos supuestos en los que se debe realizar una oferta de alquiler social de forma obligatoria: 1. Antes de adquirir una vivienda proveniente de un acuerdo de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre vivienda habitual o antes de la firma de la compraventa que tenga como causa la imposibilidad por parte del prestatario de devolver el préstamo hipotecario, y; 2. Antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago del alquiler. Para estos casos, el arrendador debe ser considerado como gran propietario por la normativa vigente<sup>80</sup>.

Además, la Ley 24/2015 incorpora al artículo 5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, cinco nuevos supuestos de incumplimiento de la función social de la vivienda, a saber:

1. Que después de la consecución de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o de la firma de compraventas de vivienda que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario por parte del prestatario, no se formule una propuesta

<sup>80</sup> Debe mencionarse que, posteriormente, el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, recogía la obligación de ofrecer un alquiler social en dos supuestos más que han sido ambos declarados inconstitucionales por la STC 16/2021, de 28 de enero. El primero de ellos, estaba relacionado con la existencia de un contrato de alquiler social preexistente. En este caso, los arrendatarios tendrían derecho a la formalización, por una única vez, de un nuevo contrato en las mismas condiciones (artículo 5.6). Por otro lado, se establecía la obligación de ofrecer un alquiler social, en virtud de lo que establecía el artículo 5.7 del Decreto Ley 17/2019 –que añadía la disposición adicional 1.ª a la Ley 24/2015–, en los casos de demandas judiciales por vencimiento de la duración del título o, incluso, por falta de título jurídico que habilite la ocupación. En el supuesto de falta de título legítimo para ocupar la vivienda, se debían dar otros requisitos para la obligatoriedad de la propuesta del alquiler social, a saber: 1. Que la vivienda hubiere estado desocupada durante más de 2 años de forma permanente e injustificada, 2. Que el ocupante hubiera permanecido en la vivienda durante un mínimo de 6 meses, y; 3. Que no hubiera rechazado ninguna oferta de realojamiento social en los 2 años anteriores.

de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

2. Que después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de las personas jurídicas que tengan la condición de grandes tenedores de vivienda, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

3. Que después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de personas jurídicas que hayan adquirido posteriormente al 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

4. No formular la propuesta obligatoria de alquiler social en los supuestos en que el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética lo requiere.

5. Incumplir en la formulación de la propuesta obligatoria de alquiler social los requisitos establecidos por la definición del alquiler social del artículo 5.7 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

Debe advertirse que, contra esta Ley, el Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad y que el Tribunal Constitucional, por providencia de 24.5.20 y auto de 20.9.2016, suspendió la vigencia y aplicación de la mayoría de las medidas que mencionamos, lo que llevó al legislador autonómico a promulgar la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial<sup>81</sup>, que incorpora un conjunto de medidas que tienen

<sup>81</sup> Respecto de esta Ley, se han producido varias sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Entre estas se encuentran: STC 57/2022, de 7 de abril de 2022 que declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 5.3, en la redacción dada por la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda. STC 28/2022, de 24 de febrero que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional 3 y lo indicado de la 1, en la redacción dada por el art. único.1, 2 y 3 del Decreto-ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19. STC 16/2021, de 28 de enero, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos. 7.1.c), 10 y disposición adicional 1, en la redacción dada por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.



por objeto la protección de las personas y unidades familiares en exclusión residencial como consecuencia de una situación de sobreendeudamiento, o que están en riesgo de encontrarse en dicha situación, entre las que se destacan: 1. La mediación en el ámbito del consumo, 2. La expropiación temporal de viviendas vacías, 3. La obligación de realojamiento, en determinados supuestos, de personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial, 4. La expropiación del derecho de uso en los casos establecidos por la presente ley, 5. La dotación de ayudas económicas que permitan mantener el uso de la vivienda habitual, 6. La dotación de ayudas económicas para el realojamiento, 7. La dotación de las ayudas necesarias para garantizar a las familias en situación de vulnerabilidad el acceso a una vivienda como apoyo básico, y, 8. El apoyo y la información tanto a la Administración de justicia como a los particulares implicados en procedimientos que pueden conllevar la pérdida de su vivienda habitual, para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Todas estas medidas, si bien han sido cuestionadas por considerar que parecen sacrificar en exceso el derecho de propiedad<sup>82</sup> y han producido pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad, establecen principios que deben orientar las políticas públicas de las Administraciones Públicas en materia de vivienda, que no es otra cosa que considerar que la función social de la propiedad privada en la satisfacción del derecho a disponer de una vivienda digna y adecuada, debe contribuir a garantizar el acceso a la vivienda en el caso de las personas en situación vulnerable, ya sea mediante el alquiler y la dotación económica correspondiente, instrumento fundamental a ese respecto; o a través de la prevención del lanzamiento de la vivienda habitual de determinados sujetos o colectivos vulnerables, mientras se les facilitan alternativas o ayudas para acceder a una vivienda digna.

El objetivo del legislador catalán ha sido, intentar aumentar el parque público de vivienda y mejorar las condiciones de acceso a las viviendas en alquiler, tanto en la vertiente pública –través de figuras como el alquiler social–, como en la de los alquileres libres – imponiendo límites a la renta de alquiler–<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Sobre este punto puede consultarse: FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro. Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. *Diario La Ley*, Nro. 9573, 2020. Disponible en: <<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/02/13/novedades-legales-en-derecho-de-vivienda-en-cataluna-primeras-aproximaciones-al-decreto-ley-17-2019-de-23-de-diciembre-de-medidas-urgentes-para-mejorar-el-acceso-a-la-vivienda>> Consultado el 10 ene. 2022; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 96, n. 782, p. 3417-3465, 2020.

<sup>83</sup> BASTÚS RUIZ, Berta. La garantía del derecho a la vivienda a través del análisis de las últimas modificaciones legislativas. *Revista de urbanismo y edificación*, n. 46, p. 143-171, 2021. p. 143.

## 6. COVID-19 Y EMERGENCIA HABITACIONAL.

Finalmente, nos referiremos a algunas de las medidas que se implementaron a raíz de la pandemia de Covid-19 en materia de vivienda, contenidas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y sus posteriores modificaciones<sup>84</sup>. Dichas medidas se pueden resumir de la siguiente forma<sup>85</sup>:

### 6.1. Paralización de los desahucios

De acuerdo con el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 11/2020, en los procedimientos de desahucio en curso regulados en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derivados únicamente de los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, el arrendatario podrá acreditar ante el Juzgado que se encuentra en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevinida derivada de la Covid-19 y de la imposibilidad de encontrar una alternativa habitacional acorde a su situación, y se suspenderá el acto de lanzamiento.

Los supuestos de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 requerirán la concurrencia conjunta, de los siguientes requisitos: 1. Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pese a estar en situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, 2. Que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. A estos efectos, se entenderá por «gastos y suministros básicos» el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario (artículo 5).

<sup>84</sup> Estas se encuentran recogidas en el Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo y en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia

<sup>85</sup> Sobre este punto puede consultarse: DÁVALOS ALARCÓN, Verónica. La vivienda arrendada y los desahucios en la crisis pandémica del Covid-19. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, n. 8, p. 32-41, 2020; CARAVANTES LÓPEZ DE LERMA, Gloria María; ROMERO GONZÁLEZ, Joan. Vivienda pública y estado de bienestar en España: balance y estado de la cuestión en la época del COVID-19. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n. 91, p. 1-41, 2021.

## 6.2. Regulación de nuevo programa de ayuda

El artículo 10 del del Real Decreto-ley 11/2020, ordena incorporar al Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 un nuevo programa de ayudas al alquiler, denominado «Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual», que tendrá por objeto la concesión de ayudas al alquiler, mediante adjudicación directa, a las personas arrendatarias de vivienda habitual que, como consecuencia del impacto económico y social del COVID-19, tengan problemas transitorios para atender al pago parcial o total del alquiler y encajen en los supuestos de vulnerabilidad económica y social sobrevenida, las cuales podían ser de hasta 900 euros al mes y de hasta el 100% de la renta arrendaticia o, en su caso, de hasta el 100% del principal e intereses del préstamo que se haya suscrito con el que se haya satisfecho el pago de la renta de la vivienda habitual.

## 6.3. Prórroga extraordinaria de los contratos de alquiler de la vivienda habitual

Esta prórroga es aplicable para aquellos contratos cuya finalización, con prórroga tácita u obligatoria se había producido durante la vigencia del estado de alarma. Esta prórroga extraordinaria será de hasta un periodo máximo de seis meses.

## 6.4. Moratoria de la deuda arrendaticia

El Real Decreto-ley 11/2020 establece un aplazamiento temporal y extraordinario del alquiler, siempre que la condonación total o parcial no se hubiese producido de forma voluntaria (artículo 4).

## 6.5. Ayudas transitorias de financiación

El artículo 9.1 del Real Decreto-ley 11/2020 autoriza al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para que, mediante acuerdo con el Instituto de Crédito Oficial, por un plazo de hasta catorce años, desarrolle una línea de avales con total cobertura del Estado, para que las entidades bancarias puedan ofrecer ayudas transitorias de financiación a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la Covid-19, con un plazo de devolución de hasta seis años, prorrogable excepcionalmente por otros cuatro y sin que, en ningún caso, devengue ningún tipo de gastos e intereses para el solicitante.

Estas ayudas serán finalistas, debiendo dedicarse al pago de la renta del arrendamiento de vivienda y podrán cubrir un importe máximo de seis mensualidades de

renta. La cuantía de esta ayuda tendrá como límite máximo 900 euros al mes, y no podrá superar, en ningún caso, la cantidad total de 5.400 euros.

Se trata de medidas, mayoritariamente de contenido económico, que intentan de alguna forma proteger a los arrendatarios que como consecuencia de la pandemia de Covid-19 se encuentran en una condición especial de vulnerabilidad que les impide afrontar sus obligaciones. Estas medidas, si bien deben entenderse de carácter temporal y previa acreditación de la situación de vulnerabilidad conforme a los parámetros del artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020, reflejan una realidad que se vio incrementada con la pandemia: España vive una situación de emergencia habitacional que debe ser atendida dentro de los parámetros del Estado del Bienestar.

## 7. CONCLUSIONES

La emergencia social y habitacional en España, es una realidad que nos ha acompañado durante décadas y que se ha visto incrementada en los últimos años como consecuencia de la Covid-19. Siguiendo a Aguirre i Font, podemos afirmar que se trata de un problema que es “prácticamente inherente a la misma evolución del urbanismo moderno y al nacimiento del proceso de industrialización del siglo XIX<sup>86</sup>”.

Si bien la CE reconoce a todos los españoles el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, lo cierto es que estamos ante un derecho mermado durante décadas por la inacción del mercado y la falta de políticas públicas para garantizarlo, y es que, aún cuando se ha podido observar el esfuerzo de las CCAA de contar con un sistema normativo que contenga distintas medidas que conlleven a garantizar este derecho, lo cierto es que, tal como afirman Caravantes López y Romero González, España dispone de uno de los parques de vivienda pública y protegida más reducidos de Europa en términos relativos<sup>87</sup>, lo que ocasiona que se trate de un derecho reconocido, sólo en el papel.

Además de contar con mecanismos legales que permitan la construcción o fomento de viviendas protegidas, la política pública de vivienda en España debe ser pensada con una mirada integral, y es que, tal como indicamos en este trabajo, el derecho a la vivienda es multifactorial, en el que convergen factores sociales, culturales, patrimoniales y urbanos, que deben llevarnos a pensar más allá de un derecho a la vivienda, para hablar de un derecho al hábitat, que nos lleve a pensar en políticas públicas desde una perspectiva social, que entienda a la vivienda como un elemento necesario para el buen desarrollo de nuestra sociedad.

<sup>86</sup> AGUIRRE I FONT, Josep Maria. La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona. **Revista jurídica de Catalunya**, vol. 118, n. 1, p. 101-122, 2019.

<sup>87</sup> CARAVANTES LÓPEZ DE LERMA, Gloria María; ROMERO GONZÁLEZ, Joan. Vivienda pública y estado de bienestar en España: balance y estado de la cuestión en la época del COVID-19. **Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles**, n. 91, p. 1-41, 2021. p. 28.

En este mismo orden de ideas, deben repensarse en los distintos regímenes de ayudas o subsidios previstos en las leyes autonómicas como mecanismo de protección de la vivienda. Si bien, contar con recursos económicos para acceder a una vivienda en alquiler, es un elemento importante —sobre todo para las personas que viven en régimen de alquiler o en situación de vulnerabilidad—, en sí mismo, no es un mecanismo que resuelva o garantice el disfrute efectivo del derecho a la vivienda. Son medidas temporales que deberían acompañarse con otras medidas, como, por ejemplo, reinserción social o fomento del empleo, según corresponda, para poder lograr que las personas o colectivos vulnerables puedan contar con todos los elementos necesarios que garanticen su derecho a la vivienda. Insistimos que, la interdependencia del derecho a la vivienda con otros derechos, sitúa a la vivienda en una posición estratégica en pro de favorecer la cohesión social y el bienestar del conjunto de la sociedad.

Finalmente, consideramos que se deben aprovechar las oportunidades que derivan de los recursos públicos procedentes de los fondos *Next Generation EU* para impulsar una agenda ambiciosa y con vocación de permanencia en materia de vivienda.

## 8. REFERENCIAS

ABA-CATOIRA, Ana María. El acceso prioritario a la vivienda de las mujeres víctimas de violencia: derecho o demanda. **Papeles El tiempo de los derechos**, n. 20, p. 1-31, 2018.

AGUIRRE I FONT, Josep Maria. La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona. **Revista jurídica de Catalunya**, vol. 118, n. 1, p. 101-122, 2019.

ANDERSON, Miriam. La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: Objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad. **Derecho privado y Constitución**, n. 38, p. 81-117, 2021.

ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época**, n. 11, p. 106-121, 2019.

BARNÉS, Javier. La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda. **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria**, n. 79, p. 83-143, sep./dic. 2007.

BASTÚS RUIZ, Berta. La garantía del derecho a la vivienda a través del análisis de las últimas modificaciones legislativas. **Revista de urbanismo y edificación**, n. 46, p. 143-171, 2021.

BORGIA SORROSAL, Sofía. **El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuestas de reforma**. Madrid: Dykinson, 2009.

CALERO MARTÍNEZ, Jorge. El estado del bienestar español: valoración y perspectivas de futuro. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 47, p. 457-478, 2021.

CANALS I AMETLLER, Dolors. La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho. In: PALEO MOSQUERA, Natalia (coord.) **Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 97-136.

CARAVANTES LÓPEZ DE LERMA, Gloria María. Barrios vulnerables: ¿derecho a la vivienda o vulnerabilidad de derechos? Una aproximación desde la exclusión residencial. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, n. 39, p. 356-376, 2019.

CARAVANTES LÓPEZ DE LERMA, Gloria María; ROMERO GONZÁLEZ, Joan. Vivienda pública y estado de bienestar en España: balance y estado de la cuestión en la época del COVID-19. **Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles**, n. 91, p. 1-41, 2021.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La agenda urbana española y las leyes de vivienda autonómicas: la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada para las personas mayores como elemento de cohesión social y de construcción de una ciudad inclusiva. In: ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario (dir.). **Políticas urbanas y localización de los objetivos de desarrollo sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 315-358.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio; DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca. Dignidad y adecuación de las viviendas sociales para las personas en riesgo de exclusión. Un elemento en la construcción del derecho a la Ciudad. In: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción y SOCÍAS CAMACHO, Joana Maria (coords.). **La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2020. p. 273-293.

DÁVALOS ALARCÓN, Verónica. La vivienda arrendada y los desahucios en la crisis pandémica del Covid-19. **Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios**, n. 8, p. 32-41, 2020.

DEPARES AGUILAR, Marc. Cómo son las últimas modificaciones en materia de vivienda catalana? ¿cuáles son las nuevas obligaciones de los grandes tenedores? **Diario La Ley**, n. 10078, p. 1-5, 2022.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria, La garantía de una renta básica de ciudadanía como instrumento del Estado del Bienestar en transformación. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 11-58, jan./abr. 2020.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria. The management of local social services in Spain. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 65-87, jan./mar. 2022.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro. Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. **Diario La Ley**, Nro. 9573, 2020. Disponible en: <<https://diariolaley.laleynext.es/dl/2020/02/13/novedades-legales-en-derecho-de-vivienda-en-cataluna-primeras-aproximaciones-al-decreto-ley-17-2019-de-23-de-diciembre-de-medidas-urgentes-para-mejorar-el-acceso-a-la-vivienda>> Consultado el 10 ene. 2022.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **Análisis e implicaciones de los derechos sociales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2022.

GARRIDO GUTIÉRREZ, Pilar. **El Derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: Origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos**. Disponible en: <[https://www.ararte-ko.es/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3508\\_3.pdf](https://www.ararte-ko.es/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf)> Consultado del 10 ene. 2022.

GARZO URANGA, Mamen; GALLO RODRÍGUEZ, Laura; CORRAL ALZA, Antonio. De la crisis a la recuperación: el replanteamiento de la política vasca de vivienda en el nuevo escenario económico y social. **Ekonomiaz: Revista vasca de economía**, n. 35, p. 364-393, 2020.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José. **El derecho a la vivienda: reflexiones en un contexto socio-económico complejo**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.

MASTRODI, Josué; BARBOSA, Veronica Elisa Soares. Orçamento público da União como forma de efetivação do direito social à moradia adequada. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 103-130, abr./jun. 2022.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Rosa; RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesús. El Estado del Bienestar en Europa: situación actual y perspectivas". **Presupuesto y gasto público**, n. 17, p. 101-122, 1995.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, vol. 96, n. 782, p. 3417-3465, 2020.

MORENO FERNÁNDEZ, Luis. Estado del bienestar y «mallas de seguridad». **Documentos de trabajo (CSIC. Unidad de Políticas Comparadas)**, n. 3, p. 1-32, 2002.

MOREU CARBONELL, Elisa. Activismo social y derecho a la vivienda. In: GIFREU I FONT, Judith; BASOLS COMA, Martín; MENÉNDEZ REXACH, Ángel (dirs.). **El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016. p. 261-281.

MUÑOZ PÉREZ, David. **Reconstrucción del derecho a la vivienda en España: una nueva perspectiva constitucional**. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; GARCÍA DELGADO, José Luis; GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dirs.). **Las estructuras del bienestar: Derecho, Economía y Sociedad en España**. Madrid: Fundación ONCE-Civitas, 1997.

PIEDRA CRISTÓBAL, Julio; ARREDONDO QUIJADA, Rafael. Hogar dulce hogar. Una aproximación al fenómeno de la exclusión residencial. **Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 6, p. 17-25, 2017.

PONCE SOLÉ, Juli. Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor). **Revista Catalana de Dret Públic**. Disponible en: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/>>. Consultado del 10 ene. 2022.

RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. Economía política de la sociedad de consumo y el Estado de Bienestar. **Política y sociedad**, v. 39, n. 1, p. 7-26, 2002.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María; El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (Dir.), **Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 181-224.

TRILLA BELLART, Carme. El tercer sector social ante el reto de las dificultades de acceso a la vivienda. In: RIPOLL CARULLA, Santiago (coord.). **Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa**. España: Marcial Pons, 2019. p. 449-460.





## Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil

### *Fundamental social rights are not principles. A critique of the reception of Robert Alexy's theory of principles in Brazil*

PABLO CASTRO MIOZZO <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade de Freiburg (Freiburg, Alemanha)

pcmiozzo@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-5748-5227>

Recibido/Received: 05.06.2022 / 5 June 2022

Aprovado/Approved: 22.10.2022 / 22 October 2022

#### Resumo

O presente estudo se ocupa criticamente com a recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy como modelo de dogmática para os direitos fundamentais sociais no Brasil. Para tal, serão apresentadas algumas das características fundamentais dessa teoria dos princípios em seu contexto de criação, qual seja, o Direito alemão, procurando identificar os problemas com os quais ela se ocupa e as possíveis soluções que apresenta para tais problemas. Em um segundo momento, será demonstrado que as diferenças contextuais entre Alemanha e Brasil, do ponto de vista do direito constitucional positivo, tornam o modelo alexyano inadequado para pensar a problemática brasileira dos direitos fundamentais sociais. Trata-se, em termos metodológicos, de um estudo comparado entre os direitos constitucionais alemão e brasileiro, com ênfase na diferença em termos de positivação entre as

#### Abstract

*The present study is critically concerned with the reception of Robert Alexy's theory of principles as a model of dogmatics for fundamental social rights in Brazil. For that, some of the fundamental characteristics of this theory of principles will be presented in its context of creation, namely, the German Law, trying to identify the problems with which it is concerned and the possible solutions it presents to such problems. In a second moment, it will be demonstrated that the contextual differences between Germany and Brazil, from the point of view of positive constitutional law, make the Alexyan model inadequate to think about the Brazilian question of fundamental social rights. It is, in methodological terms, a comparative study between German and Brazilian constitutional Laws, with emphasis on the difference in terms of positivization between the two constitutions in the scope of fundamental rights and, thus, the question about*

Como citar esse artigo/How to cite this article: MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86292

\* Doutor em Direito („summa cum laude“) pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) (Freiburg, Alemanha). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS em convênio com a Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Procurador Federal desde 2007. E-mail: pcmiozzo@yahoo.com.br.

duas constituições no âmbito dos direitos fundamentais e, assim, da pergunta acerca da adequação entre método (modelo dogmático) e objeto (direito positivo).

*the adequacy between method (model of dogmatic) and object (positive Law).*

**Palavras-chave:** teoria dos princípios; direitos fundamentais sociais; recepção; princípios jurídicos; regras jurídicas.

**Keywords:** *Theory of Principles; fundamental social rights; reception; principles; rules.*

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O conceito de norma de direito fundamental de Robert Alexy; **3.** A estrutura das normas de direito fundamental; **4.** A distinção entre princípios e regras; **5.** Ponderação como modelo argumentativo para aplicação de princípios; **6.** Os princípios formais; **7.** Os direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã e a posição de Alexy: direitos fundamentais sociais como princípios; **8.** Direitos fundamentais sociais não são princípios: o caso do direito constitucional positivo brasileiro; **9.** Conclusão; **10.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria dos princípios de Robert Alexy, desenvolvida no interior de sua teoria dos direitos fundamentais<sup>1</sup>, influenciou e continua influenciando o debate no direito constitucional em diversos países. O Brasil é um destes casos de sucesso da teoria. Desde pelo menos metade da década de 90 do século passado, a obra de Alexy passou a ser não só estudada no âmbito acadêmico, ganhando cada vez mais visibilidade e adesão, mas também a ser aplicada na prática pelos tribunais, ainda que apenas parcialmente e, em regra, tão somente em seus aspectos mais genéricos, como, por exemplo, a distinção entre princípios e regras e a utilização do método da ponderação, sobretudo em questões relacionadas aos direitos fundamentais em geral e aos direitos fundamentais sociais em específico.

A teoria dos princípios ganhou relevo no Brasil, entre outros motivos, como um modelo dogmático capaz de operacionalizar a vinculatividade e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais. A concepção dos direitos fundamentais sociais como princípios passou a obter, assim, cada vez mais adeptos até se tornar o paradigma preponderante. Ademais, os tribunais passaram a aplicar determinados direitos sociais como princípios, entre eles o direito à saúde e o direito à previdência, para fundamentar a sua possibilidade de subjetivação e, por conseguinte, sua justiciabilidade. É possível afirmar, sem risco de se cometer exagero, que as categorias da teoria dos princípios alexyana foram sendo progressivamente axiomatizadas, até se tornarem pontos de partida praticamente inquestionáveis no campo dos direitos fundamentais no Brasil.

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

O objeto central da presente investigação possui um caráter eminentemente crítico-negativo. Pretende questionar exatamente esta axiomatização, ou seja, colocar em xeque a recepção da teoria dos princípios no Brasil como modelo dogmático para os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira. Com base em Friedrich Müller, adota-se aqui como procedimento heurístico o conceito de dogmática como “ciência do direito positivo” e, assim, o de dogmática dos direitos fundamentais como “ciência dos direitos fundamentais positivamente válidos”<sup>2</sup>

Uma dogmática dos direitos sociais, segundo a concepção aqui adotada, deve oferecer um aparato teórico-conceitual que permita compreender adequadamente o conteúdo e as funções desses direitos no nível constitucional em si, de um lado, e a sua relação com o Estado, de outro. Ou seja, aquilo que os direitos fundamentais sociais determinam em termos de conduta para o Estado-legislador, para Administração pública prestacional e para o Judiciário como instância de controle dos atos e omissões dos demais poderes.

O objetivo é demonstrar que, contrariamente ao entendimento dominante, a recepção da teoria dos princípios no Brasil é não só dispensável, mas, sobretudo, inadequada no âmbito dos direitos sociais. Isto se deve fundamentalmente ao fato de que o contexto jurídico no qual a teoria dos princípios foi desenvolvida e os problemas com os quais ela se ocupa e pretende equacionar, são muito distintos daqueles vivenciados no direito brasileiro. A forma como os direitos sociais foram positivados na Constituição brasileira marca essa diferença fundamental em relação à Lei Fundamental alemã.

O caminho a ser percorrido na investigação será, em um primeiro momento, esclarecer algumas das categorias centrais da teoria dos princípios e explicar o seu contexto de surgimento, tendo como pano de fundo o direito constitucional alemão e a problemática dos direitos fundamentais em geral e dos direitos fundamentais sociais em especial naquele país. Em um segundo momento, será demonstrada a tese da inadequação da teoria dos princípios como modelo dogmático para os direitos fundamentais sociais no Brasil.

Conforme já mencionado, o presente trabalho possui um objetivo tópico e de cunho apenas negativo: a intenção é asseverar tão somente o que direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira não são e, assim, comprovar que o modelo dogmático utilizado entre nós, praticamente de forma inquestionada, apresenta-se como um método inadequado para o seu objeto. Não serão tecidas críticas ao modelo proposto por Alexy em si, mas sim acerca de sua aplicabilidade entre nós. O título do trabalho afirma: direitos fundamentais sociais não são princípios! O que são os direitos fundamentais sociais e qual o modelo adequado para compreendê-los e aplicá-los, entretanto, serão objeto de apresentação em outro momento pelo presente investigador.

<sup>2</sup> MÜLLER, Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**. Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin: Duncker und Humblot, 1982. p. 119-120.

## 2. O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ROBERT ALEXY

Alexy defende o que ele designa como um modelo semântico de norma geral, que inclui o conceito de norma de direito fundamental, e que se desenvolve a partir de três degraus: no primeiro está a diferença entre proposição normativa (“Normsatz”) e norma (“Norm”), sendo esta última o significado daquela. No segundo degrau está a existência de normas atribuídas (“zugeordnete Normen”), ou seja, normas que não são estatuídas diretamente pelas proposições normativas. No terceiro degrau se encontra a generalização do critério de correção para obtenção de normas. O fato de uma norma poder ser caracterizada por diferentes formas de proposições normativas fundamenta, para Alexy, a necessidade de se considerar aquele conceito como primário com relação a esse. Em virtude disso, ele entende aconselhável buscar critérios que permitam identificar uma norma. Para tal, o autor faz uso das modalidades deônticas básicas, como mandamento, proibição e autorização, que podem ser resumidas através do conceito de dever ser.<sup>3</sup> Ou seja, uma proposição normativa de uma constituição, por exemplo, pode ser considerada uma norma se ela contém uma das modalidades deônticas, um dever ser.

As normas de direito fundamental, que são o significado de uma proposição normativa de direito fundamental<sup>4</sup>, podem ser de duas categorias: ou elas são “normas diretamente expressadas por proposições da constituição” ou são “normas de direito fundamental atribuídas”. Para esclarecer sua classificação Alexy trabalha com o art. 5º, 3, 1, da Lei Fundamental alemã (“Grundgesetz”)<sup>5</sup>: “A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres.” Esta proposição normativa poderia ser expressa, segundo ele, através das seguintes normas: “É devido que a arte e a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres” ou “a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres.” Tais normas, entretanto, careceriam de indeterminação em um duplo sentido. Elas seriam semântica e estruturalmente abertas. A indeterminação semântica diz respeito aos possíveis sentidos das expressões contidas na proposição normativa. Já a indeterminação estrutural se refere ao tipo de atividade estatal que decorre da proposição normativa: uma atuação positiva ou uma omissão do Estado.<sup>6</sup>

Segundo Alexy, é impossível depreender das proposições normativas da Lei Fundamental todo o alcance semântico e estrutural das normas. Quanto à indeterminação estrutural o autor cita um caso decidido pelo Tribunal Constitucional alemão no qual foram determinadas, com base na citada proposição normativa (art. 5º, 3, 1,

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 45-46.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 54.

<sup>5</sup> Lei fundamental é como se designa a Constituição alemã de 1949.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 57-62.

da Lei Fundamental), tanto uma prestação positiva quanto uma abstenção estatal ou um direito de defesa contra a atividade estatal: “O Estado deve tornar possível e fomentar a manutenção da ciência livre e sua mediação para a próxima geração através disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais” e “Todos aqueles que atuam na ciência, na pesquisa e no ensino têm – sujeitando-se ao dever de lealdade previsto no art. 5º, parágrafo 3º, 2 da Lei Fundamental – o direito de defesa contra qualquer intervenção estatal no processo de obtenção e mediação do conhecimento científico”<sup>7</sup>.

Trata-se, para Alexy, de situação em que a norma de direito fundamental gerada na decisão ultrapassa a norma diretamente expressada pelo texto da constituição. Estas normas criadas pelo Tribunal Constitucional estão, na opinião do autor, em uma “relação de precisção”<sup>8</sup> relativamente à norma de direito fundamental diretamente estatuída pelo texto constitucional, que, por sua vez, já pode ser vista como uma “precisação” do texto constitucional (proposição normativa). Tal relação de precisção significa uma atividade que torna a norma mais específica, mais bem delineada em direção à aplicação. Quando o Tribunal adota tais normas, ele presume que elas estejam contidas no texto do art. 5º, parágrafo 3º, 1 da Lei Fundamental. Estabelece-se, assim, uma relação fundamental entre a norma que deve ser precisada ou especificada e a norma que torna esta última mais precisa ou específica, qual seja, a decisão judicial. A norma gerada, ao cabo, por esta relação de precisção da norma diretamente estatuída pelo texto constitucional é designada pelo autor como “norma atribuída”<sup>9</sup>.

Questão debatida na ciência do direito é saber se este tipo de construção feita pelo Tribunal Constitucional, ou seja, esta norma atribuída, está correta. Para saber se as normas de direito fundamental diretamente estatuídas podem ser consideradas válidas, basta a referência à positivação. Tal critério, entretanto, é insuficiente para as normas atribuídas. Segundo Alexy, uma norma atribuída vale, “quando para sua atribuição a uma norma de direito fundamental diretamente estatuída for possível uma fundamentação de direito fundamental correta”. Ou dito de outra forma: “Se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende de uma argumentação de direito fundamental possível para ela”. Este critério vale também para analisar a correção da norma diretamente estatuída pela proposição normativa. Neste sentido, o critério da “fundamentação de direito fundamental correta” assume a forma de um critério geral para análise da correção da construção de normas jurídicas.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 57-59.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 60.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 60.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 61-63.

### 3. A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Com relação à estrutura das normas de direito fundamental, a distinção entre princípios e regras, figura, para Alexy, como uma das mais importantes. Esta distinção é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Ela representa, ademais, um elemento fundamental da teoria das posições jurídicas por ele desenvolvida. Com a sua ajuda, por exemplo, problemas de divisão de competências entre o Tribunal Constitucional e o Legislativo podem ser tornados mais claros. A distinção entre princípios e regras é, assim, um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy.<sup>11</sup>

### 4. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Alexy parte do pressuposto de que as normas jurídicas ou são princípios ou são regras<sup>12</sup>, *tertium non datur*. Neste sentido, as normas de direitos fundamentais devem ser pensadas a partir destas duas espécies normativas, o que torna importante sua distinção. Existem diferentes critérios para distinguir princípios e regras<sup>13</sup> e Alexy propõe um próprio. Para ele, princípios são normas que determinam que algo seja realizado em sua mais alta medida, relativamente às suas possibilidades fáticas e jurídicas. Eles são, assim, mandamentos de otimização (“Optimierungsgebote”), que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. A medida devida para o seu cumprimento depende não somente das condições fáticas, mas também das condições jurídicas. Essas, por sua vez, são determinadas por outros princípios e regras que a eles se contrapõem. Regras, ao seu turno, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não. Quando uma regra é válida, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no campo do fática e juridicamente possível. A distinção entre princípios e regras é, segundo Alexy, qualitativa e não uma distinção de grau.<sup>14</sup>

Ao representarem diferentes espécies normativas, os princípios e as regras funcionam como diferentes fundamentos para julgamentos de dever ser. Princípios contêm mandamentos *prima-facie*, ou seja, eles não dizem de forma definitiva o que é devido. Eles estabelecem fundamentos que podem ser superados por fundamentos contrários. Por isso, eles possuem um caráter *prima-facie* e funcionam como fundamentos *prima-facie*. As regras, por outro lado, dizem o que é definitivamente devido, ou seja, elas contêm um caráter definitivo e são fundamentos definitivos.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 71.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 77.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 72.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 75-76.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 88-90.

A distinção entre princípios e regras se mostra de forma mais clara na colisão entre princípios e no conflito entre regras. Quando ocorre um conflito entre regras existem duas soluções possíveis: ou uma das regras deve ser declarada inválida, ou deve ser estabelecida uma exceção para uma delas. Já a colisão entre princípios deve ser resolvida de forma bastante distinta. Princípios colidem quando algo, segundo um deles, é proibido e, segundo o outro, é autorizado. Em casos como este, um dos dois deve recuar. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade. A colisão entre princípios, ao seu turno, ocorre na dimensão de peso, tendo em vista que apenas princípios válidos colidem.<sup>16</sup> Esta característica coloca em manifesto outro ponto central na distinção entre princípios e regras que é o seu modo de aplicação.

## 5. PONDERAÇÃO COMO MODELO ARGUMENTATIVO PARA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

As regras são aplicáveis a partir da técnica da subsunção. No caso dos princípios, a colisão é solucionada através da ponderação entre os interesses conflitantes. Nesta ponderação, trata-se de saber qual dos dois interesses, que em abstrato possuem o mesmo grau, recebe o maior peso em uma situação concreta.<sup>17</sup> A conexão entre o conceito de princípio e a ponderação traz consigo, segundo Alexy, uma relação necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.<sup>18</sup>

Dois conceitos, que estão interligados, são importantes no processo de solução das colisões entre princípios: o de “relação de precedência condicionada” entre princípios e o da “lei da colisão”. No primeiro conceito, trata-se do estabelecimento, a partir das circunstâncias do caso concreto, das condições a partir das quais um princípio precede ao outro.<sup>19</sup> Este estabelecimento é relativo ao caso concreto, isto é, não tem aplicação absoluta, pode não valer para outros casos com circunstâncias distintas. Já o conceito de “lei da colisão” diz que “as condições a partir das quais um princípio precede a outro, constituem o suposto de fato (“Tatbestand”) de uma regra, que pronuncia a consequência jurídica do princípio que possui prioridade.”<sup>20</sup> Em outras palavras,

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 77-79.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 80. Ver também, ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 9-10. No texto “Two OR Three?”, Alexy trabalha com a hipótese de que a analogia é uma terceira operação básica no direito ao lado da subsunção e da ponderação. ALEXY, Robert. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (org.). **On the Nature of Legal Principles**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, Baden-Baden: Nomos, 2010. *Passim*).

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 81.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 84.

a ponderação de princípios colidentes gera uma regra que serve de parâmetro para solução do caso concreto. Esta regra é uma norma de direito fundamental atribuída.<sup>21</sup>

Alexy propõe um modelo combinado de princípios e regras para a sua teoria dos direitos fundamentais. Para ele, tanto um modelo baseado apenas em regras quanto um modelo baseado apenas em princípio são insuficientes. No primeiro caso, a insuficiência decorre do fato de que é impossível prever regras que solucionem todos os casos sem que seja necessária uma ponderação. No segundo caso, porque um modelo apenas de princípios daria atenção de menos para as regras estipuladas pela Lei Fundamental, o que geraria insegurança jurídica e feriria o postulado da vinculação do intérprete ao ordenamento jurídico.<sup>22</sup>

As disposições de direitos fundamentais, segundo ele, podem estabelecer ou princípios ou regras. Entretanto, uma disposição de direitos fundamental pode também estabelecer uma norma com um caráter dúplice, isto é, uma norma de direito fundamental que pode ser compreendida tanto como um princípio quanto como uma regra. Entre o nível das regras e o nível dos princípios existe uma relação de precedência daquele diante deste, na medida em que a regra significa uma maior especificidade em termos de decisão tomada pelo legislador. No entanto, o nível das regras pode perder sua precedência para o nível dos princípios se houver razões suficientes para tal. Em outras palavras, a precedência da regulamentação mais específica também é *prima facie*, isto é, existe desde que não haja fundamentos suficientes que determinem sua flexibilização no caso concreto. A questão da força dos fundamentos é objeto da argumentação de direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Alexy parte do pressuposto de que decisões baseadas em ponderações podem ser racionalizadas, isto é, não ficam relegadas à subjetividade do intérprete. A “relação de precedência condicionada” estabelecida no processo de ponderação entre princípios pode ser considerada racional se ela puder ser fundamentada. Para sua fundamentação podem ser empregados todos os argumentos possíveis em uma argumentação de direito fundamental, ou seja, os cânones da interpretação, argumentos dogmáticos, os argumentos práticos gerais e empíricos, bem como as formas específicas de argumentos jurídicos.<sup>24</sup>

Além dos argumentos citados, cabíveis em qualquer processo jurídico-interpretativo, existem argumentos específicos do processo de ponderação, que dizem respeito ao peso que os princípios receberão no caso concreto. Trata-se da assim designada “lei da ponderação”, que assim dispõe: “Quanto maior o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 87 e 92.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 117-121.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 122-124.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 145-146.



princípio.” As proposições sobre o grau de importância e de prejuízo devem ser justificadas e, neste processo, são cabíveis novamente os argumentos antes mencionados.<sup>25</sup> Esta fórmula vale tanto na ponderação como processo de solução de casos concreto (“Abwägungsentscheidung”) quanto na ponderação como modelo de construção dogmática para os direitos fundamentais (“Abwägungsvorschlag”).<sup>26</sup> Com isso, a lei da ponderação trata daquilo que deve ser fundamentado racionalmente, o que, segundo Alexy, faz com que ela não seja uma fórmula vazia.<sup>27</sup>

## 6. OS PRINCÍPIOS FORMAIS

Para Alexy, os princípios formais, como o princípio democrático, por exemplo, que está ligado diretamente ao problema das competências, ou o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito, também são considerados mandamentos de otimização, ou seja, possuem a mesma estrutura que os direitos fundamentais, que, por sua vez, são caracterizados pelo autor como princípios substanciais. A diferença entre os princípios formais e os substanciais reside no objeto da otimização. Enquanto no último caso o objeto diz respeito a determinados conteúdos, no primeiro caso o objeto são decisões jurídicas, independentemente dos conteúdos.<sup>28</sup>

Existe uma disputa conceitual em torno do conceito de princípio formal tanto por parte dos opositores da teoria dos princípios quanto por parte de seus defensores.<sup>29</sup> Aqui interessa menos os pormenores desta disputa do que sua pressuposição central, a de as competências sejam consideradas mandamentos de otimização, que devem ser colocados eventualmente em ponderação com direitos fundamentais. Alexy exemplifica tal possibilidade retomando um caso no qual a assim designada “fórmula Radbruch”<sup>30</sup> foi aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfG). Isto é, situações em que o princípio da justiça (um princípio substancial) foi, de acordo com Alexy, ponderado com o princípio da segurança jurídica (um princípio formal). Em um caso concreto no

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 146-150.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 153.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 152.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014. p. 515-516.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014. p. 512.

<sup>30</sup> A chamada fórmula Radbruch diz que o ordenamento jurídico perde seu caráter de Direito quando o grau de injustiça (“Ungerechtigkeit”) experienciado atinge uma “medida insuportável” (“unerträgliches Maß”). ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Studienausg. Freiburg (Breisgau). München: Alber, 2002. p. 71. Radbruch afirma que “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser solucionado da seguinte forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, deve ter precedência mesmo quando for injusto e inadequado em termos de conteúdo, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja uma medida tão insuportável, que a lei, enquanto ‘Direito injusto’, tenha que recuar diante da justiça.” RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Heidelberg: Lambert Schneider, 1946. p. 15-16.

qual um princípio formal esteja em colisão com um princípio material, é possível que o primeiro receba um menor peso e, assim, recue em relação ao princípio material, que preponderará. O oposto também pode ocorrer. Trata-se de um problema de argumentação que é resolvido no interior da “fórmula peso”.<sup>31</sup>

## 7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA LEI FUNDAMENTA ALEMÃ E A POSIÇÃO DE ALEXY: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PRINCÍPIOS

Duas questões são de central importância quando se pretende compreender o direito constitucional alemão no campo dos direitos fundamentais e, assim, as propostas dogmáticas que procuram dele se ocupar, para, em um segundo momento, investigar as possibilidades de se recepcionar tais discussões no direito brasileiro, como no caso da teoria dos princípios de Robert Alexy. Isto nem sempre é feito com o devido cuidado.

De um lado, é preciso estar ciente de que existe naquele país uma discussão jurisprudencial e doutrinária sobre a relação entre os direitos fundamentais e as possibilidades de restrição destes direitos via legislação infraconstitucional, que nos é relativamente estranha. Os direitos fundamentais são previstos na Lei Fundamental com cláusulas de “reserva legal simples”, “reserva legal qualificada” e “sem cláusula de reserva legal”. No primeiro caso, significa que é preciso haver uma lei, no sentido material e formal, que trate expressamente do direito fundamental para poder restringi-lo. No segundo caso, além da existência de uma lei, o legislador deve obedecer a determinadas especificidades para regulamentar infraconstitucionalmente o direito fundamental. No último caso, os direitos fundamentais são previstos no texto constitucional sem possibilidade expressa de restrição infraconstitucional. Isto não quer dizer, entretanto, que não possam ser restringidos, mas sim que os critérios para análise da correção da restrição são distintos. Fala-se, neste contexto, em reservas de restrição imanentes na Lei Fundamental.<sup>32</sup>

Tais possibilidades de restrição ganham relevo em especial, mas não somente,<sup>33</sup> quando se está diante de uma colisão entre direitos fundamentais, ou seja, quando os direitos de um indivíduo, para serem exercidos, acabam limitando os direitos de outro ou da coletividade. Em situações como esta, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional procuraram desenvolver técnicas para solução de colisões. Entre elas

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, p. 517, 520-521.

<sup>32</sup> PIEROTH, Bodo; *et al.* *Grundrechte. Staatsrecht II*. 29. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013. p. 64 e ss.

<sup>33</sup> Aqui entra em discussão também o problema da possibilidade e dos limites das restrições de direitos fundamentais previstos sem reserva via legislação infraconstitucional. Em virtude dos limites e das intenções do presente trabalho, tal problemática não será explorada.

destaca-se a noção de “compensação mutuamente favorável” (“*schonender Ausgleich*”)<sup>34</sup>, concordância prática (“*praktische Konkordanz*”)<sup>35</sup> e a de “ponderação” (“*Abwägung*”)<sup>36</sup>. O paradigma jurisprudencial desta discussão é o internacionalmente multicitado caso Lüth, decidido pelo Tribunal Constitucional (BVerfGE, 7, 198-230)<sup>37</sup> na década de 50 do século passado, no qual se discutiu a possibilidade de restrição do direito fundamental à liberdade de opinião, previsto sem reservas na Lei Fundamental, em virtude de outros interesses também nela salvaguardados, portanto, de mesma hierarquia.

Segundo Alexy, com base em uma leitura por ele feita da jurisprudência do Tribunal Constitucional e em especial com base neste caso, os direitos fundamentais possuem um “comportamento de colisão”<sup>38</sup>, isto é, eles existem colidindo com os demais. Este alegado comportamento de colisão dos direitos fundamentais justifica, na opinião do autor, considerá-los como princípios e, assim, aplicá-los através da fórmula da ponderação. Em outros termos, um dos alicerces centrais das construções teóricas de Alexy é um problema específico do direito constitucional alemão, qual seja, a possibilidade de restrição recíproca dos direitos fundamentais previstos sem reserva no texto constitucional.

De outro lado, é necessário levar em conta o fato de que o catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental (art. 1º ao art. 19)<sup>39</sup> não prevê expressamente direitos sociais, diferentemente do que ocorre na Constituição brasileira. Sendo assim, a possibilidade de se afirmar a existência de direitos sociais na Lei Fundamental alemã é um problema de interpretação ou, como Alexy pretende, uma questão de construção de normas de direitos fundamentais atribuídas. O entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, entretanto, não aceita tal reinterpretação das disposições normativas da Lei Fundamental.<sup>40</sup> Ou seja,

<sup>34</sup> LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln: Heymann, 1961. p. 153.

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck des 20. Auflage. Heidelberg: CF Müller, 1999. p. 142)

<sup>36</sup> A técnica da ponderação, utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão desde o início de sua judicatura, remonta, entretanto, do ponto de vista doutrinário, ao final do século XIX, início do XX. Foi teorizada e desenvolvida no âmbito jurídico por Philipp Heck, o fundador da escola de pensamento designada como “Jurisprudência dos Interesses” (“*Interessenjurisprudenz*”, expressão que, na verdade, deveria ser traduzida como “Ciência jurídica baseada nos interesses”). HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1914. e HECK, Philipp. *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*. *Deutsche Juristen-Zeitung*, v. 10, 1905. Sobre isso ver também RÜCKERT, Joachim. *Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel*. *Juristen Zeitung*, vol. 19, 2011.

<sup>37</sup> ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG), *BVerfGE 7, 198 – Lüth*, de 15 de janeiro de 1958.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 87.

<sup>39</sup> Existe tradução para o português da Lei Fundamental alemã disponível na internet: <https://www.btg-bestsellservice.de/pdf/80208000.pdf>

<sup>40</sup> A literatura sobre esta temática é vasta. As referências se encontram na bibliografia indicada ao fim do presente artigo.

não existem direitos fundamentais sociais na constituição alemã. A única exceção é o assim designado “mínimo existencial”, construído teoricamente e aceito, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, através de uma interpretação da cláusula da proteção da dignidade humana (art. 1º), vista a partir de seu conteúdo prestacional, que, por sua vez, é pensando em sua conexão com a cláusula do Estado Social (art. 20 e 28), prevista expressamente na Lei Fundamental. Portanto, qualquer transposição acrítica de teses sobre os direitos sociais na Alemanha deve ser a todo custo evitada.

Alexy, entretanto, como posição minoritária, importa referir, defende a existência de direitos sociais na Lei Fundamental e, ademais, considera tais direitos como princípios. No Brasil, esta formulação do autor foi amplamente recebida, tanto no âmbito acadêmico<sup>41</sup> quanto jurisprudencial.<sup>42</sup>

A proposta de dogmática geral dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy tem dois pilares: a teoria dos princípios e o sistema de posições fundamentais<sup>43</sup>. Neste último campo, Alexy divide os “direitos a algo” em duas grandes categorias, os direitos de defesa (“Abwehrrechte”) e os direitos à prestação (“Leistungsrechte”). Os direitos à prestação em sentido lato (“Leistungsrechte im weiteren Sinne”) são subdivididos em “direitos à proteção” (“Rechte auf Schutz”), “direitos à organização e procedimento” (“Rechte auf Organisation und Verfahren”) e direitos à prestação em sentido estrito, ou direitos sociais (“Leistungsrechte im engeren Sinne” ou “soziale Grundrechte”).<sup>44</sup> Para Alexy, como dito, a pergunta pela existência de direitos sociais na Lei Fundamental é

<sup>41</sup> Exemplarmente, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.; SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden Baden: Nomos, 2003.; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Direito do Estado**, vol. 4, 2006.; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.; SILVA, Virgílio Afonso da. Soziale Grundrechte als Optimierungsgebot, ihre Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 1, abr. 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. **Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz**. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris, Wien: Lang, 1997.; LEIVAS, Paulo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Fabris, 2014.; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.entre outros.

<sup>42</sup> Exemplarmente, no âmbito do direito previdenciário, BRASIL. [Superior Tribunal de Justiça (STJ)]. **Recurso Especial nº 1.648.305/RS**; BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 5023796-15.2012.404.7000/PR**; BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 2005.72.09.000979-8/SC**.

<sup>43</sup> O sistema de posições jurídicas fundamentais é dividido em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 171 e ss.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 402 e ss.

respondida positivamente.<sup>45</sup> Como não há amparo constitucional textual, a existência de direitos à prestação, ou direitos sociais, não é uma questão de positividade, mas uma pergunta sobre “se é devido ou possível atribuir às disposições de direitos fundamentais normas que garantam direitos fundamentais sociais”.<sup>46</sup>

Para se saber, na prática, se esta “atribuição” é devida ou autorizada, desempenha um papel central o que Alexy designa como “ponto de vista orientador” ou “ideia orientadora”. Esta ideia orientadora serve como um “conceito formal geral dos direitos fundamentais”, inclusive para os direitos sociais, e diz que “os direitos fundamentais são posições tão importantes, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada à disposição de uma maioria parlamentar eventual.”<sup>47</sup> Ademais, os direitos fundamentais sociais são por ele considerados como direitos *prima facie*, ou seja, eles possuem um caráter de princípio.<sup>48</sup> Significa isso, que, saber se uma posição é tão importante que não pode ser deixada ao arbítrio do legislador é um problema de fundamentação.<sup>49</sup>

Sobre esta construção teórica de Alexy, importam dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, para fundamentar a existência genérica de direitos sociais na Lei Fundamental, o autor se baseia fundamentalmente em um caso decidido pelo Tribunal Constitucional. Trata-se da decisão “Numerus-clausus” (BVerfGE 33, 303), de 1972<sup>50</sup>, também conhecida no Brasil, na qual se discutiu o eventual direito fundamental social à exigência de que o Estado criasse vagas no curso universitário de medicina. Do ponto de vista jurídico-positivo, estava em discussão uma reinterpretação do art. 12, 1, 1, da Lei Fundamental, que assim dispõe: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.” Este caso ficou famoso no Brasil, e mundo afora, pois nele o Tribunal Constitucional criou a fórmula da “reserva do possível”. Nesta decisão, o Tribunal afirmou genericamente a possibilidade de ser reinterpretar os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental com estrutura típica de direitos de defesa, como o do art. 12, 1, 1, como direitos prestacionais, com fundamento na liberdade de escolha da profissão em conexão com a cláusula de igualdade geral e a cláusula do Estado Social. Entretanto, no caso concreto, o Tribunal negou o direito à exigência de criação de vagas por parte do Estado. Um dos fundamentos foi exatamente a ideia da “reserva do possível”.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 398.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 455.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 406 e 409-410.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 400 e 406.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 455.

<sup>50</sup> ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG), **BVerfGE 33, 303 - Numerus-clausus**, de 18 de julho de 1972.

Alexy defende a ideia de que este reconhecimento genérico do Tribunal acerca da possibilidade de existência de direitos sociais é suficiente para fundamentar sua previsão da Lei Fundamental.<sup>51</sup> Por outro lado, o autor reconstrói estes direitos fundamentais como princípios (materiais), cujo conteúdo, para ser delineável, precisa ser pensado em uma colisão com as competências do Legislativo e do Executivo (princípios formais) e seu dever de concretizá-lo. Subjacente a esta formulação está pressuposta uma colisão mais abstrata, qual seja, a colisão entre direitos fundamentais e democracia e, assim, entre direitos fundamentais e legislador.<sup>52</sup> Ou seja, Alexy pressupõe uma colisão entre princípios materiais (direitos) e princípios formais (competências), que precisa ser resolvida via ponderação. O resultado desta ponderação é, eventualmente, uma norma de direito fundamental atribuída (uma regra), que determina consequências concretas para o comportamento do Estado. Neste caso, seria o dever positivo de criar vagas nas Universidades. O Tribunal Constitucional, entretanto, não estruturou sua fundamentação com base em premissas como estas e não reconheceu tal direito concretamente.

Um outro exemplo utilizado por Alexy para fundamentar sua posição é a cláusula da proteção da dignidade humana em sua dimensão prestacional. Esta dimensão prestacional da dignidade humana é aceita, como acima dito, pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, para fundamentar o direito ao “mínimo existencial”, que possui também um conteúdo positivo, isto é, que estabelece deveres de condutas positivas ao Estado. Em recente texto apresentado em um congresso jurídico no Brasil realizado em sua homenagem, cujo tema era “Dignidade humana, direitos fundamentais sociais e não positivismo inclusivo”, Alexy defendeu esta posição. Segundo ele, se

*[...] os direitos humanos, como direitos morais, existem, vale dizer, se eles são justificáveis, um catálogo de direitos fundamentais que não os compreenda não cumpre sua pretensão de correção. Trata-se de um catálogo incorreto, e a conte constitucional tem o dever de corrigi-lo, como o Tribunal Constitucional Federal alemão fez, em 2010, com relação ao direito a um mínimo existencial, na decisão do caso Hartz IV. A principal expressão dessa decisão é que a dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial.<sup>53</sup>*

Nesse mesmo congresso, Matthias Klatt, um aluno de Robert Alexy e atualmente professor na Universidade de Graz, Áustria, apresentou um texto no qual defendeu uma reconstrução do problema do controle jurisdicional no âmbito dos direitos

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 497 e ss..

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. *Passim*.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. p. 169.

fundamentais sociais como um conflito de competências, solucionável através da ponderação, o que ele denominou “controle judicial ponderado”. Klatt também parte do pressuposto de que competências são princípios. Neste mesmo texto, Klatt procurou reconstruir as decisões do Tribunal Constitucional alemão acerca do Hartz IV<sup>54</sup> e do Asylbewerberleistungsgesetz<sup>55</sup>, que tratam do mínimo existencial, como um problema de ponderação de competências entre o Legislativo e o Tribunal Constitucional.<sup>56</sup>

No entanto, nestes dois últimos casos, o Tribunal Constitucional não concebeu o direito ao mínimo existencial como um princípio, nem tampouco fez uso da fórmula da ponderação entre direitos e competências para determinar o alcance concreto desse direito. Isto é, no contexto alemão, esta reconstrução teórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional se circunscreve ao círculo dos teóricos dos princípios e não é seguida pelo próprio Tribunal. Sendo assim, importa questionar se e, em que medida, a recepção deste aparato teórico-dogmático da teoria dos princípios é adequada para compreender a problemática dos direitos fundamentais sociais no Brasil, como de fato foi feita. O ponto de vista que se pretende defender no presente artigo é de que a resposta a estas questões é necessariamente negativa.

## 8. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NÃO SÃO PRINCÍPIOS: O CASO DO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO BRASILEIRO

Quando se perspectiva o direito constitucional positivo brasileiro a partir de um ponto de vista dogmático, notadamente no campo dos direitos fundamentais sociais, os problemas que surgem parecem ser de outra natureza, bem distinta daqueles com os quais se ocupa a teoria dos princípios. Tomando-se, por exemplo, a questão da subjetivação e da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, é sabido que no Brasil a teoria dos princípios exerce uma grande influência. Os direitos fundamentais sociais são compreendidos não raro como princípios e, assim, como mandamentos de otimização.

Em uma primeira análise, a ideia de que os direitos fundamentais sociais devem ser realizados da melhor forma possível, levadas em conta as condições fáticas e jurídicas, soa como trivial, óbvia. Quem iria negar que a realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, depende de condições fáticas e jurídicas? Em uma visão mais acurada, no entanto, esta obviedade desaparece.

<sup>54</sup> ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 125, 175 - Hartz IV**, de 09 de fevereiro de 2010.

<sup>55</sup> ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz**, de 18 de julho de 2012.

<sup>56</sup> KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-postivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. p. 221, 236 e 256.

Quando se analisa com cuidado o conceito de princípio de Alexy, ou seja, um norma jurídica, que é semanticamente e estruturalmente aberta; cujo processo de “precisão semântica” (determinação do significado da disposição normativa), que dá os contornos da configuração estrutural da norma (ou seja, que tipo de atividade é exigida do Estado – uma omissão ou uma ação), é estabelecido apenas através da ponderação com outras normas, sejam direitos, sejam competências, que, por sua vez, também são abertos semanticamente e estruturalmente e que, ao final, gera uma norma de direito fundamental atribuída, que é caracterizada como uma regra, a afirmação inicial acerca da trivialidade/obviedade do conceito de princípio como ponto de partida da interpretação dos direitos fundamentais sociais, deixa de existir.

A caracterização dos direitos fundamentais sociais como princípios, caso os pontos de partida que baseiam a construção do modelo alexyano sejam tomados a sério, pressupõe necessariamente a discussão alemã sobre a (im)possibilidade eventual de se derivar direitos à prestação e, assim, direitos sociais, das cláusulas de direitos fundamentais previstas na Lei Fundamental, que possuem, em regra, as características de direitos de defesa.<sup>57</sup> Ou seja, pressupõe a inexistência de uma positivação expressa destes direitos na Constituição. Este não é um problema típico do direito constitucional positivo brasileiro. Além disso, tem que levar necessariamente em conta a centralidade do problema da restrição de direitos fundamentais, pois esta ideia permeia toda a construção alexyana.

Ou seja, um dos problemas centrais para a teoria dos princípios, qual seja, oferecer uma solução dogmática para o problema do silêncio (proposital ou não) da Lei Fundamental alemã acerca dos direitos fundamentais sociais, não ocorre no caso da Constituição brasileira. Muito pelo contrário. Tanto os desdobramentos da ideia de Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais estão previstas na Constituição brasileira de forma expressa e pormenorizada, não só no capítulo II, do título II da Constituição, mas também no título VIII, que trata da Ordem Social.

Em outras palavras, a “relação de precisão” das normas de direitos fundamentais, que, para Alexy - tendo em vista a sua leitura da Lei Fundamental - deve ser feita pela jurisdição constitucional apenas com o recurso à técnica da ponderação, já foi realizada em certo sentido pelo constituinte que elaborou a Constituição brasileira. A Constituição brasileira possui disposições de direitos fundamentais sociais e disposições que determinam fins ao Estado (“Staatszielbestimmungen”) relativamente “precisas” em termos semânticos (o que é devido) e estruturais (por quem e como é devido). Logo, um modelo dogmático que tenha como centro gravitacional o silêncio

---

<sup>57</sup> Aqui sequer está sendo levado em conta que o modelo alexyano é minoritário no âmbito acadêmico na Alemanha - o que, obviamente, não retira o seu mérito - e não é seguido pela jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.



da constituição, é dispensável em um contexto no qual existe inclusive uma certa eloquência. No mínimo sua adequação deve ser questionada.

A questão acerca da existência e dos contornos dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira, por outro lado, não é respondida necessariamente com o recurso a uma interpretação sistemática da cláusula da proteção da dignidade da pessoa humana com a cláusula do Estado Social em seu desdobramento como garantia do mínimo existencial, ou mesmo com o recurso às noções de liberdade e igualdade fáticas, corolários da discussão em torno dos pressupostos e das funções do Estado Social. Menos ainda a partir de uma ponderação entre mínimo existencial e liberdade e igualdade fática de um lado e as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo de outro. O próprio texto constitucional já faz isso.

De outra sorte, a “ideia orientadora” de Alexy, que diz que os direitos fundamentais sociais são posições nas quais o indivíduo se encontra, tão importantes que sua garantia não pode ser deixada ao arbítrio do legislador ou de uma maioria eventual, soa como prescindível como parâmetro de fundamentação acerca da existência dos direitos sociais na Constituição brasileira e muito genérica para servir e como parâmetro de interpretação desses direitos. Na Constituição brasileira, o conteúdo desta “ideia orientadora” pode ser visto como mera consequência direta da vinculação do legislador e da Administração pública prestacional às disposições de direitos fundamentais expressamente positivadas.

Por derradeiro, o “comportamento de colisão”<sup>58</sup> que, segundo Alexy, é uma característica dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais, que, ademais, fundamenta seu caráter de princípio, parece ser algo muito distante quando se pensa em direitos sociais em sua dimensão prestacional, mesmo no caso alemão e, mais ainda, no caso brasileiro. Conforme mencionado, Alexy parte desta ideia de colisão como algo constante no espectro dos direitos fundamentais, porque ele tem em mente a problemática dos direitos fundamentais positivados na Lei Fundamental sem reserva legal e o trato que a jurisprudência do Tribunal Constitucional deu a esta questão. Estes direitos, que, de regra, possuem o conteúdo de direitos de defesa, podem de fato entrar em conflito e, por vezes, precisam ser mutamente restringidos para gerarem efeitos. Em outras situações, estes mesmos direitos previstos sem reserva, podem sofrer limitações via legislação infraconstitucional. A questão da restrição de direitos é, assim, um pilar fundamental da teoria dos princípios.

Alexy universaliza, entretanto, este comportamento de colisão como característica dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais. Para fundamentar este “comportamento” no âmbito dos direitos prestacionais em geral, entre eles os sociais, o autor defende que as competências, por ele concebidas como princípios formais, colidem

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 140.

com estes direitos em caso de omissão, quando deixam de realizá-los ou quando não os realizam a contento. Trata-se, de um lado, de uma construção carente de maiores desenvolvimentos no interior do próprio modelo alexyano. De outro lado, quando o Tribunal Constitucional alemão se ocupou do problema do acesso às vagas universitárias como direito fundamental prestacional e do mínimo existencial, como visto, o único direito social aceito pela jurisprudência como derivável da Lei Fundamental, em nenhuma das duas oportunidades este “comportamento de colisão” foi pressuposto. O mínimo existencial não é considerado um princípio pelo Tribunal e tampouco a ponderação é utilizada como técnica de aplicação deste direito.

Mas ainda que a existência genérica de direitos sociais fosse aceita pela dogmática alemã e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o que não é o caso, e mesmo que o problema da restrição de direitos estivesse na base da problemática neste campo, o que também não ocorre quando está em discussão o mínimo existencial, isto não significaria que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira seriam corretamente compreendidos a partir da dogmática proposta pela teoria dos princípios.

Tratar os direitos fundamentais sociais como mandamentos de otimização pressupõe obrigatoriamente concebê-los, em última instância, como direitos de defesa, mais especificamente de defesa contra competências, e estrutura-los a partir de uma dogmática das restrições. Pensar os direitos fundamentais sociais como princípios implica, assim, compreender o Estado-legislador e a Administração pública prestacional necessariamente como potenciais inimigos<sup>59</sup>, o que contraria a própria ideia de Estado Social, cuja função precípua é atuar em prol dos direitos, ou seja, como “amigo” e não inimigo deles.<sup>60</sup>

Não faz nenhum sentido pensar os direitos sociais na Constituição brasileira primariamente a partir da problemática da restrição, nem tampouco como um problema de colisão entre estes direitos e as competências do Estado, concebidas pela teoria dos princípios sempre como potencialmente restritivas. Não é demais salientar que os direitos sociais são pensados primariamente como direitos a partir do Estado e não contra o Estado. Eles impõem, em regra, deveres de atuação positiva ao Estado, que deve lhes conferir concretude. Não se ignora, obviamente, que os direitos sociais podem assumir também uma dimensão negativa, de defesa contra o Estado. Esta dimensão pode ser compreendida pela dogmática das restrições. Mas o que se destaca aqui é que sua função primária é de direito através da atuação do Estado. A dimensão

<sup>59</sup> HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz**. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1983. p. 163)

<sup>60</sup> GELLERMANN, Martin. **Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande**. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. p. 49.

negativa pressupõe, assim, a dimensão positiva. Sem uma compreensão da dimensão positiva, que, ao cabo, diz o que de fato é devido, ou seja, dá os contornos do direito fundamental, não há objeto para se perspectivar o problema das restrições. A despeito disso, a teoria dos princípios compreende tais direitos, ao contrário, ainda que tacitamente, primariamente contra o Estado.

Além disso, conforme já afirmado acima, a “relação de precisão” das normas de direitos fundamentais, cuja função é delimitar semântica e estruturalmente o conteúdo destes direitos e que, no modelo de Alexy, é feito a partir da ponderação entre direitos ou entre direitos e competências, já está realizada em grande medida na Constituição brasileira. Não é demais ressaltar: aquilo que na Alemanha, a partir do modelo alexyano, seria determinado em um caso concreto pelo Tribunal constitucional como precisão de dispositivos constitucionais abertos semântica e estruturalmente, já está previsto expressamente em grande medida de forma até mesmo minuciosa, em alguns casos, pela Constituição no Brasil. Vejamos: os direitos fundamentais sociais estão previstos genericamente no capítulo II do título II da Constituição, nos art. 6 a 11. O art. 6º, por exemplo, assim dispõe: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” É perfeitamente possível defender que cada direito social previsto na Constituição brasileira genericamente no capítulo citado já está, em certo sentido, regulado de maneira mais ou menos pormenorizada dentro da própria Constituição, em especial no capítulo da “Ordem Social”.<sup>61</sup>

Trata-se, antes de mais nada, de um ponto de vista dogmático que possui respaldo no próprio texto constitucional, que, no art. 6º, diz que os direitos sociais ali elencados são direitos “na forma desta Constituição”. Esta regulação pormenorizada já no nível constitucional é aqui denominada como “densidade de regulação horizontal”, que, no caso brasileiro, diferentemente do alemão, é bem alta. Veja-se o exemplo do direito fundamental à previdência social, positivado no art. 6º, que possui uma regulação constitucional pormenorizada nos art. 193 a 195 e nos art. 201 e seguintes. O art. 201 assim dispõe: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

<sup>61</sup> O exemplo do direito do trabalho é o mais claro, embora esteja regulado dentro do próprio capítulo II.

Neste caso, a Constituição diz quem são os a) *beneficiários* deste direito, determina em grande parte qual o b) *conteúdo* do direito, bem como diz quem é o seu c) *endereçado* direto ou primário.<sup>62</sup> Os beneficiários são aqueles que contribuem para a Previdência, tendo em vista que o *caput* do art. 201 fala em “caráter contributivo” como elemento de organização da Previdência Social. Quanto ao conteúdo, nos incisos I a V do citado artigo, a Constituição diz quais são os eventos cobertos pela previdência social, entre eles, a morte, a invalidez, a idade avançada, a maternidade, etc. Isto é, o direito fundamental à previdência social se desdobra, por exemplo, já no nível constitucional, no direito à proteção da maternidade das seguradas da Previdência. O *caput* do artigo diz, ademais, quem é o endereçado primário deste direito quando refere que o Regime Geral de Previdência Social será organizado “na forma da lei”. Aqui a Constituição atribui ao legislador a tarefa primária de dar “densidade de regulamentação vertical” (hierarquia) para o direito fundamental à previdência social através da legislação infraconstitucional.<sup>63</sup>

Em outras palavras, o art. 201 da Constituição especifica, densifica ou, na linguagem de Alexy, torna mais “preciso” o art 6º. O primeiro está em uma relação de especialidade com o segundo (*lex specialis*). Para se saber se existe um direito social à previdência na Constituição brasileira, bem como, em caso positivo, para saber qual o seu conteúdo e as suas funções, é preciso fazer uma interpretação conjunta do art. 6º com os dispositivos da Ordem Social. Entre estes dispositivos não existe colisão, mas sim uma relação harmônica, com caráter de complementariedade. Não é necessário recorrer ao argumento da proteção da dignidade humana em sua dimensão positiva, o mínimo existencial, nem tampouco realizar uma interpretação sistemática com a cláusula do Estado Social que, no caso brasileiro, não é prevista expressamente em um dispositivo da Constituição como na Alemanha, mas regulada de forma exparsa no texto constitucional. Muito menos se afigura necessário, e sequer correto, procurar definir o conteúdo deste direito através de uma ponderação entre ele e as competências do Estado. A própria Constituição prevê como tal relação funciona, como visto. Chega à minúcia de tratar da questão orçamentária nesta seara. De outra sorte, a Constituição não concebe o Estado-legislador como potencial inimigo dos direitos sociais, como o direito à previdência social, mas sim como condição de possibilidade destes direitos ao determinar que a legislação infraconstitucional deve regulamentá-los.

Em resumo, os principais problemas dogmáticos e os pontos de partida centrais que estão na base da teoria dos direitos fundamentais de Alexy como modelo de

<sup>62</sup> Aqui adota-se o esquema proposto por Alexy, que identifica a relação dos direitos fundamentais como composta de três partes: o beneficiário, o endereçado e o objeto dos direitos. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 171-172.

<sup>63</sup> O legislador fez isto através da Lei nº 8.213/91. O direito à previdência já possuía uma longa tradição legislativa antes da Constituição de 1988.

dogmática para os direitos sociais, tendo como parâmetro a Lei Fundamental alemã, não ocorrem no direito constitucional positivo brasileiro, ou não ocorrem da mesma forma. Os direitos fundamentais sociais no Brasil, portanto, não são princípios. Logo, resta claro que a recepção entre nós deste aparato teórico-dogmático no campo citado é inadequada.

## 9. CONCLUSÃO

Caso se pretenda levar a sério a ideia de adequação do método ao objeto, aqui a compatibilidade entre o modelo de dogmática com o direito positivo, é forçoso concluir que as categorias da teoria dos princípios, como a distinção entre princípios e regras, a concepção dos direitos fundamentais sociais como princípios e a técnica da ponderação como modo de aplicação típico destes direitos, amplamente aceitas e praticamente inquestionadas por aqui, não oferecem um ponto de partida adequado para compreender o fenômeno dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

A recepção acrítica deste modelo como dogmática para tais direitos no Brasil é absolutamente equivocada, tendo em vista que, como demonstrado, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua teoria dos princípios foi desenvolvida para resolver problemas próprios do direito constitucional alemão, que não ocorrem ou não existem na mesma dimensão na Constituição brasileira.

Tal fato torna urgente, de um lado, uma ruptura radical com o modelo e, de outro, o desenvolvimento de um outro modelo dogmático, este sim adequado para o tipo de positivação que os direitos fundamentais sociais recebeu na constituição brasileira. A ruptura aqui defendida, implica, entre outras questões, o abandono da distinção entre princípios e regras e da técnica da ponderação como parâmetros para interpretar e aplicar os direitos fundamentais sociais. A necessária proposta alternativa de dogmática, que não trabalhe com tais categorias, será apresentada pelo autor do presente artigo em trabalhos futuros.

## 10. REFERÊNCIAS

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 7, 198 – Lüth**, de 15 de janeiro de 1958.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 33, 303 - Numerus-clausus**, de 18 de julho de 1972.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 125, 175 - Hartz IV**, de 09 de fevereiro de 2010.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz**, de 18 de julho de 2012.

ALEMANHA, [Grundgesetz (1949)]. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Studienausg. Freiburg (Breisgau), München: Alber, 2002.

ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a.

ALEXY, Robert. Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte. In: EWER, Wolfgang; *et al.* (org.). **Methodik – Ordnung – Umwelt, Festschrift für Hans-Joachim Koch**. Berlin: 2014a.

ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014.

ALEXY, Robert. Grundrechte im demokratischem Verfassungsstaat. In: AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; BERGHOLTZ, Gunnar (org.). **Justice, Morality, and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik**. Lund: Juristförlaget, 1997.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 95, 2009.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen und Optimierung. In: ISFEN, Osman; *et al.* (org.). **Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag**. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. In: ALEXY, Robert. *et al.* (org.). **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 7. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

- ALEXY, Robert. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (org.). **On the Nature of Legal Principles**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, Baden-Baden: Nomos, 2010.
- ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: ALEXY Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Fabris, 2014.
- BADURA, Peter. Arten der Verfassungsrechtssätze. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)** Bd. VII. Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; JEKEWITZ, Jürgen; RAMM, Thilo (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.
- BRASIL [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.
- BRASIL. [Superior Tribunal de Justiça (STJ)] **Recurso Especial nº 1.648.305** – RS. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgamento em 22 de agosto de 2018.
- BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 5023796-15.2012.404.7000/PR**. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Julgamento em 12 de setembro de 2012.
- BREUER, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen. In: BACHOF, Otto; HEIGL, Ludwig; REDEKER, Konrad (org.). **Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung**. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. München: C.H. Beck, 1978.
- BRUNNER, Georg. **Die Problematik der sozialen Grundrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1971.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- GELLMANN, Martin. **Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande**. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- HÄBERLE, Peter. Leistungsrechte im Sozialstaat, In: HALITZEL, Hans; WOLLENSCHLÄGER, Michael (org.). **Recht und Staat, Festschrift für Günther Küchenhoff**. Berlin: Duncker und Humblot, 1972.
- HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz**. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

HECK, Phillipp. **Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1914.

HECK, Phillipp. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. **Deutsche Juristen-Zeitung**, v. 10, 1905.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Neu-drück des 20. Auflage. Heidelberg: CF Müller, 1999.

HUBER, Hans. Soziale Verfassungsrechte? In: FORSTHOFF, Ernst (org.). **Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado, In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-postivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LANGE, Klaus. Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen. In: BÖCKENFÖRDE, E. W.; JEKEWITZ, J; RAMM, T. (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

LERCHE, Peter. Übermass **und Verfassungsrecht**. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln: Heymann, 1961.

LEIVAS, Paulo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÜLLER, Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**. Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin: Duncker und Humblot, 1982.

MÜLLER, Jörg Paul. Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten. In: BÖCKENFÖRDE, E. W.; JEKEWITZ, J; RAMM, T. (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)**. Bd. V. Heidelberg: C.F. Müller, 1992.

NOVAK, Richard. **Das Problem der sozialen Grundrechte**. Graz: Jos. A. Kienreich, 1972.

PIEROTH, Bodo; *et al.* **Grundrechte. Staatsrecht II**. 29. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.



RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Heidelberg: Lambert Schneider, 1946.

RAMM, Thilo. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; JEKEWITZ, Jürgen; RAMM, Thilo (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

RÜCKERT, Joachim. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. **Juristen Zeitung**, vol. 19, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 1, abr. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz**. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris, Wien: Lang, 1997.

SIEHER, Angelika. Teilhaberechte. In: BULTMANN, Friedrich; *et al.* (org.). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Institute, Kontexte, System. FS für U. Battis zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden Baden: Nomos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Direito do Estado**, vol. 4, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Soziale Grundrechte als Optimierungsgebot, ihre Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

TOMANDL, Theodor. **Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1967.





## Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22

### *Data protection, competencies of the federal entities and Constitutional Amendment no. 115/22*

**RICARDO MARCONDES MARTINS<sup>1,\*</sup>**

<sup>1</sup>Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)  
ricmarconde@uol.com.br  
<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

**Recebido/Received:** 04.06.2022 / 4 June 2022

**Aprovado/Approved:** 27.10.2022 / 27 October 2022

#### Resumo

É controversa a abrangência da Lei Geral de Proteção de Dados sobre o acesso administrativo, não empresarial, estadual e municipal a dados. Caso se admita essa abrangência, a Lei é inconstitucional. A Emenda Constitucional n. 115/22 pretendeu atribuir à União competência para disciplinar esse acesso, de modo a convalidar essa inconstitucionalidade. A diminuição da competência estadual e municipal para legislar sobre direito administrativo é inconstitucional, pois viola a cláusula pétreia da forma federativa. Superada essa tese, é inconstitucional a pretensa convalidação, efetuada por Emenda, de inconstitucionalidade de lei pretérita, por ofensa à segurança jurídica e à moralidade. Superada essa tese, há de se reconhecer a manifesta incompetência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados tanto para exigir de Estados e Municípios que cumpram as exigências da LGPD, como, no caso de descumprimento, para sancioná-los.

**Palavras-chave:** acesso administrativo a dados, entidades federativas, convalidação por Emenda, limites ao poder de reforma constitucional.

#### Abstract

*It is controversial the scope of the General Data Protection Law on administrative, non-business, state and municipal access to data. If this scope is admitted, the Law is unconstitutional. Constitutional Amendment no. 115/22 intended to give the Union competence to regulate this access, in order to validate this unconstitutionality. The reduction of state and municipal competence to legislate on administrative law is unconstitutional, as it violates the immutable clause of the federative form. Once this thesis is overcome, the alleged convalidation, effected by an Amendment, of the unconstitutionality of a previous law is unconstitutional, because it offends legal security and morality. Overcoming this thesis, we must recognize the manifest incompetence of the National Authority for Data Protection both to require states and municipalities to comply with the requirements of the LGPD, and, in case of non-compliance, to sanction them.*

**Keywords:** administrative access to data, federative entities, convalidation by Amendment, limits to the power of constitutional reform.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 645-658, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.87107.

\* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Abrangência da Lei 13.709/18; 3. Competência para legislar sobre direito administrativo; 4. Alteração constitucional das competências federativas; 5. Impossibilidade de convalidação por reforma constitucional; 6. ANPD x Administração municipal e estadual; 7. Conclusões; 8. Referências.

### 1. INTROITO

A Lei Federal n. 13.709/18, intitulada — pela Lei 13.853/19 — de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), disciplina a proteção de “dados pessoais”. Nos termos do inciso I do art. 5º, “dados pessoais” consistem em “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Como se trata de informações relacionadas a pessoa, seu resguardo é um “direito da personalidade” e, por conseguinte, no direito brasileiro, um “direito fundamental”. Os chamados “direitos da personalidade” são direitos da pessoa decorrentes de sua própria condição de pessoa<sup>1</sup>. Em obra pioneira na doutrina brasileira, Carlos Alberto Bittar conceituou-os como “direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade”<sup>2</sup>. Por evidente, a proteção das informações pessoais são decorrência direta dos direitos ao corpo, à honra, à imagem, à privacidade, ao nome e à identidade<sup>3</sup>. No direito brasileiro, os direitos da personalidade são direitos fundamentais, alguns expressos (CF, art. 5º, VI, X), outros implícitos (CF, art. 5º, §2º)<sup>4</sup>.

Após a vigência da Lei 13.709/18 — que, regra geral, ocorreu em 15.08.20<sup>5</sup> —, foi promulgada, em 10.02.22, a Emenda Constitucional n. 115, que fez três acréscimos ao texto permanente da CF/88. Acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º. da CF/88 para prever expressamente, dentre o rol dos direitos fundamentais, o “direito à proteção dos

<sup>1</sup> Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

<sup>2</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 1.

<sup>3</sup> Sobre esses direitos vide, por todos: SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71 et seq.

<sup>4</sup> Observam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva: “Os direitos da personalidade devem ser entendidos como especificação analítica da cláusula geral da tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional contida nos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, §2º (mecanismos de expansão do rol dos direitos fundamentais)” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – v. I: Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 156).

<sup>5</sup> O art. 65, II, da LGPD teve sua redação alterada pela Lei n. 13.853/19, fruto da conversão da Medida Provisória n. 869/18, para estender o prazo da **vacatio legis**: era de dezoito meses e passou a ser de vinte e quatro meses. É de se lembrar que a lei entra em vigor no dia subsequente à consumação do prazo da **vacatio legis**, nos termos do §1º do art. 8º da Lei Complementar n. 95/98. Logo, passou a vigor em 15.08.20. Por força do inciso I do art. 65, os arts. 55-A a 55-L e 58-A e 58-B entraram em vigor em 28.12.18; e por força do inciso I-A, incluído pela Lei 14.010/20, os arts. 52, 53 e 54 entraram em vigor em 01.08.21. A Medida Provisória 959/20 alterava o inciso II do art. 65 para estender a **vacatio legis** dos demais dispositivos para 03.05.21, mas, quando de sua conversão na Lei 14.058/20, a regra não foi mantida.

dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Acrescentou, também, o inciso XXVI ao art. 21 para prever, dentre as competências da União, a competência para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei”. E o inciso XXX ao art. 22 para prever, dentre as competências privativas da União, a de legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”. Perceba-se: primeiro foi editada a Lei Federal n. 13.709/18; depois foi alterada a Constituição para atribuir à União competência privativa para legislar sobre o tema.

Ninguém na comunidade jurídica brasileira negava que a proteção de dados pessoais configurava direito da personalidade e, pois, direito fundamental. A referida inserção do inciso LXXIX ao art. 5º., se, por um lado, agradou aos entusiastas do tema, por outro, juridicamente, só teve função didática: tornou expresso o que já se extraía implicitamente do direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem, já estabelecido no inciso X do art. 5º. A grande “novidade” da Emenda 115/22 não está, por óbvio, nessa inserção, mas na alteração das competências privativas da União. Era controverso que a Lei 13.709/18 dispunha sobre o acesso municipal e estadual aos dados pessoais. Caso se entendesse que a lei disciplinava a atuação administrativa municipal e estadual, sua inconstitucionalidade seria manifesta. A Emenda procurou tornar válida essa disciplina e convalidar a inconstitucionalidade. A pretensão do Reformador, porém, envolve obstáculos jurídicos difíceis de transpor, nos termos a seguir explicados.

## 2. ABRANGÊNCIA DA LEI 13.709/18

A abrangência da Lei 13.709/18 é controversa.<sup>6</sup> É indiscutível que ela disciplina o “acesso privado empresarial de dados”, vale dizer, o acesso a dados pessoais no âmbito da exploração da atividade econômica realizada pelos particulares, ou seja, o acesso privado com finalidade lucrativa. Tanto o acesso a dados por pessoa jurídica privada como o acesso por pessoa física, se realizado com a finalidade econômica, é abrangido pela Lei n. 13.709/18 (art. 4º, I).<sup>7</sup> A competência da União para legislar sobre esse acesso privado era e é indiscutível, pois nos termos de norma originária da Constituição, compete privativamente à União tanto legislar sobre direito civil como legislar sobre direito comercial (CF, art. 22, I). Já não é tão simples definir quais os “acessos privados” não empresariais são abrangidos pela Lei. Expressamente exclui de sua incidência: 1) todo acesso privado realizado por pessoa física para fins não exclusivamente particulares e

<sup>6</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022.

<sup>7</sup> ALMEIDA, Bianca Cavalli; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas Instituições Financeiras Brasileiras. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 281-303, maio/ago. 2021.

não econômicos (art. 4º, I); 2) acesso privado realizado para fins exclusivamente jornalístico ou artísticos (art. 4º, II, “a”); 3) acesso privado realizado para fins exclusivamente acadêmicos (art. 4º, II, “b”) — nesse último caso o afastamento é parcial, pois, por força da alteração efetuada pela Lei 13.853/19, aplicam-se a ele os arts. 7º. e 11.

A controvérsia aumenta quando se trata de “acesso administrativo de dados”, vale dizer, acesso a dados pessoais realizado pela Administração Pública, direta ou indireta. Nesse caso, a própria Lei exclui de sua incidência o acesso para fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º., III). Por evidente, essas quatro hipóteses são próprias do exercício da função administrativa e, pois, dizem respeito ao acesso administrativo. Afora essas hipóteses, porém, resta o seguinte problema: e os demais acessos administrativos, alicerçados em outras finalidades, estão abrangidos pela disciplina da Lei 13.709/18? A resposta é indiscutível ao menos para um tipo de acesso administrativo: o acesso administrativo empresarial, realizado por empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica<sup>8</sup>.

A exploração estatal de atividade econômica, fundamentada no art. 173 da CF/88, não afasta a exploração privada, ou seja, dá-se em concorrência com ela<sup>9</sup>. Para que essa concorrência não seja desleal, as restrições impostas à atuação privada estendem-se à atuação estatal. Não se pode dizer, porém, que o regime jurídico do acesso administrativo de dados seja, nesse caso, idêntico ao regime jurídico do acesso privado. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem ter benefício que as empresas privadas não possuam, de modo que há uma necessária “igualdade de benefícios”, mas não há uma “igualdade de restrições”. As empresas estatais integram a Administração Indireta e não tem acesso a dados para, prioritariamente, obter superavit econômico, ou seja, para ter lucro; sua finalidade principal, por expressa disposição constitucional, é atender os imperativos de segurança nacional ou realizar relevante interesse coletivo<sup>10</sup>.

Mas e em relação a todas as demais hipóteses de acesso administrativo — acessos que não tenham por finalidade qualquer das hipóteses arroladas no art. 4º, cuja incidência sobre eles é expressamente afastada, e acessos referentes à exploração estatal de atividade econômica, cuja incidência é indiscutível? Que o Legislador federal tinha competência para legislar sobre o acesso a dados pela União era também incontroverso. O problema jurídico seria o Congresso Nacional resolver disciplinar o acesso

<sup>8</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. (coord.). **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 21-22.

<sup>9</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura** – RDAI, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020, p. 66.

<sup>10</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo, op. cit., p. 24.

municipal e estadual. A controvérsia foi provavelmente a razão para a péssima redação da Lei 13.709/18: o texto não é nada claro quanto a sua abrangência.

### 3. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO

No inciso I do art. 22 o Constituinte arrolou uma série de campos dogmáticos como de competência privativa da União: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. No inciso I do art. 24 estabeleceu outros como de competência concorrente da União e dos Estados: direito tributário, financeiro, previdenciário, econômico e urbanístico. Não consta nem de um e nem de outro o direito administrativo. Será esquecimento? Óbvio que não. Legislar sobre direito administrativo é inerente à autonomia administrativa<sup>11</sup>. Quando, no art. 18, *caput*, o Constituinte atribuiu autonomia federativa à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atribuiu-lhes também, *ipso facto*, competência para legislar sobre direito administrativo. A regra só é excetuada quando houver expressa disposição constitucional nesse sentido. Assim, compete, por exemplo, privativamente à União legislar sobre desapropriação e sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, justamente porque há norma constitucional expressa a esse respeito (CF, art. 22, II e XXVII).

O acesso a dados realizado pelos particulares é, por regra, objeto do direito comercial, quando realizado com intuito lucrativo, e do direito civil, quando realizado sem intuito lucrativo. Mas e o acesso a dados realizado pela Administração pública? A disciplina do exercício da função administrativa é objeto do direito administrativo. Ora, a conclusão é evidente: todo acesso administrativo a dados — com a ressalva já examinada do acesso realizado para exploração de atividade econômica, que é regido pelas mesmas restrições impostas às empresas privadas — é objeto do direito administrativo.

Logo, competia ao Congresso Nacional legislar sobre o acesso a dados pela União e pelos integrantes da administração indireta da União. Não competia ao Congresso Nacional legislar sobre acesso a dados pelos Estados e pelos Municípios. Daí o propósito da Emenda Constitucional n. 115/22: acrescentar nova hipótese de competência federal para legislar sobre direito administrativo. Perceba-se: a União já possuía competência para legislar sobre o acesso privado de dados, pois, nos termos aqui explicados, esse acesso é objeto do direito civil e comercial. A única utilidade da inserção do inciso XXX ao art. 22 foi atribuir à União competência para legislar sobre o acesso municipal e estadual de dados.

<sup>11</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 321-322.

## 4. ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Todos que escreveram sobre o Estado Federal são unânimes em reconhecer que, dentre suas notas definidoras, está a discriminação constitucional de competências.<sup>12</sup> O Estado Federal pressupõe que as competências das entidades federativas estejam fixadas no texto de uma Constituição rígida: trata-se de uma exigência indissociável do núcleo essencial do conceito de federalismo<sup>13</sup>. A divisão constitucional de competências dita a forma federativa instituída pelo constituinte. Com efeito: se a Constituição atribui muitas competências para União, constitui uma Federação mais centralizada, o que costuma acontecer com o federalismo por agregação ou de formação centrípeta; ao revés, se a Constituição atribui muitas competências para os Estados, constitui uma Federação mais descentralizada, o que costuma ocorrer com federalismos por desagregação ou de formação centrífuga<sup>14</sup>.

A forma federativa, no direito brasileiro, possui uma peculiaridade: é cláusula pétrea. Por força do artigo 60, §4º, inciso I, da CF/88 não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Eis o problema: a que “forma federativa” o constituinte se refere nesse dispositivo? Não se trata por óbvio da forma federativa norte-americana, que deu origem ao conceito técnico de federação. Trata-se da forma instituída pelo Constituinte no texto originário de 1988. Não se admite sequer uma tendência a sua abolição<sup>15</sup>. Logo, indaga-se: o chamado Poder de Reforma pode alterar as competências fixadas no texto constitucional? Sim, mas desde que não altere o modelo federativo adotado. Na dúvida, a alteração é vedada. Perceba-se, portanto, o quanto é delicada a alteração da divisão de competências constitucionalmente estabelecidas: trata-se de alteração que toca diretamente no modelo federativo, modelo esse que está petrificado e, por isso, não admite alteração. A alteração da divisão de competências deve, por isso, ser feita com o máximo desvelo.

<sup>12</sup> CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Federação, municípios e políticas públicas: o impacto da PEC do pacto federativo (nº 188/2019) no Rio Grande do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 859-876, set./dez. 2020.

<sup>13</sup> É o que afirmam, dentre tantos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 74; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 24-26; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 56; ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52, em especial p. 42; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 417.

<sup>14</sup> Por todos: HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 304; ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 54-56.

<sup>15</sup> Sobre os limites à reforma constitucional, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71-81.



Conseqüentemente, diante da alteração das competências originariamente estabelecidas, empreendida pelo poder de reforma, deve o jurista indagar se houve ou não substancial alteração do modelo federativo eleito. O texto constitucional brasileiro, enfatiza-se, não permite substancial alteração do federalismo positivado: permite tão somente ajustes que reforcem o modelo eleito, permite tão somente modificações que mantenham a organização escolhida, que respeitem, enfim, o grau de autonomia atribuído a cada uma das entidades<sup>16</sup>.

Dito isso, retoma-se o problema ora examinado. É inerente à autonomia federativa legislar sobre direito administrativo. O Constituinte originário estabeleceu exceções a essa regra. Tendo em vista o fato de que a forma federativa, no direito brasileiro, é cláusula pétrea, pode-se estabelecer que, ao menos *prima facie*, é vedado ao Constituinte reformador restringir a competência de Estados e Município para legislar sobre direito administrativo. Ao restringir essa competência, o Reformador centraliza ainda mais a forma federativa brasileira, alterando-a sensivelmente; e ao alterar a forma federativa, por óbvio, viola o limite material estabelecido no inciso I do §4º do art. 60 da CF/88. Por conseguinte, a Emenda Constitucional n. 115/22 exige interpretação conforme: só será válida se tornar-se juridicamente inútil, vale dizer, se apenas especificou o que já constava do Texto constitucional vigente. O inciso LXXIX do art. 5º, já decorria de seu inciso X, e a competências estabelecidas no inciso XXVI do art. 21 e no inciso XXX do art. 22, se não estendidas ao acesso estadual e municipal a dados, já decorriam das competências originárias da União. A inovação propriamente dita — a competência federal para disciplinar acesso estadual e municipal — é, pois, inconstitucional.

## 5. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO POR REFORMA CONSTITUCIONAL

Reconhece-se que a tese defendida no item anterior é deveras polêmica. A expansão das competências legislativas privativas federais no campo do direito administrativo é obstada pela cláusula pétrea da forma federativa. Suponha-se, porém, que a tese não seja procedente, ou seja, que seja válido ao Reformador da Constituição atribuir novas competências privativas à União para legislar sobre direito administrativo, de modo a retirar, por decorrência lógica, competências legislativas de Estados e Municípios. Nessa toada, suponha-se a validade da atribuição à União da competência para legislar sobre o acesso a dados pelos Estados e Municípios, supostamente empreendida pelo inciso XXX do art. 22, acrescido pela Emenda Constitucional n. 115/22. Suponha-se, também, que a Lei 13.709/18 tenha por objeto, afora as hipóteses expressamente excluídas, todo acesso administrativo estadual e municipal. Admitida, apenas

<sup>16</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 419-420.

pelo amor à reflexão teórica, a validade dessa atribuição, restará a seguinte questão jurídica: a Emenda Constitucional n. 115/22, no caso, terá o condão de “convalidar” a invalidade da disciplina federal do acesso administrativo estadual e municipal estabelecida na Lei 13.709/18?

Trata-se de tema pouco explorado na doutrina brasileira: a convalidação legislativa. A doutrina atribui a essa expressão um sentido bem amplo: chama-se convalidação legislativa toda norma editada pelo Legislador que tenha por efeito afastar ou obstar a invalidação de normas anteriormente inválidas<sup>17</sup>. É perfeitamente possível estendê-la à convalidação pretendida pelo Reformador da Constituição<sup>18</sup>. Aliás, é infelizmente um fenômeno frequente no direito brasileiro. Exemplo bastante emblemático é a Emenda Constitucional n. 57/2008, que estabeleceu, no art. 96 acrescentado ao ADCT, a convalidação dos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31.12.06.

Foi, também, justamente o que se pretendeu pela Emenda Constitucional n. 115/22. Mais do que tornar expresso o que já estava implícito no texto Constitucional, o que era juridicamente desnecessário, a Emenda pretendeu atribuir competência privativa à União para legislar sobre a proteção de dados justamente para atribuir-lhe uma competência que ela não tinha: legislar sobre o acesso estadual e municipal. Pretendeu, pois, o Legislador, supondo que a Lei 13.709/18 disciplina esse acesso, “convalidar” seu manifesto vício de inconstitucionalidade. Eis a questão: essa convalidação é juridicamente válida?

A resposta é peremptoriamente negativa. Não pode Emenda Constitucional pretender suprir vício de inconstitucionalidade de lei pretérita. Foi o que defendeu, por fartos argumentos, Celso Antônio Bandeira de Mello, em trabalho específico sobre o tema. Primeiro porque a regra é a não retroação das normas jurídicas, de modo que Emendas Constitucionais, fruto do Poder de Reforma, e não do Poder Originário, devem respeitar à exigência de irretroatividade imposta pela segurança jurídica<sup>19</sup>. O contrário importaria em fragilização da higidez e supremacia constitucionais. Segundo, porque a Emenda convalidante configura fraude à Constituição, atentatória à

<sup>17</sup> Por todos, Andrés Boix Palop conceitua a convalidação legislativa nestes termos: “una convalidación legislativa de actos o disposiciones administrativas ilegales es cualquier actuación del legislador que, por medio de la aprobación de una norma con rango de ley, pretende anular los efectos prácticos de la declaración de ilegalidad ya recaída o que pueda recaer en el futuro sobre una actuación previa de la Administración”. (PALOP, Andrés Boix. **Las convalidaciones legislativas**. Madrid: Iustel, 2004, p. 106).

<sup>18</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo** – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31-437, em especial p. 424.

<sup>19</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 12-23, 1998, em especial p. 18-19.

moralidade<sup>20</sup>. A convalidação só é válida quando realizada à luz do caso concreto, no exercício da função administrativa. Dessarte: o Reformador da Constituição incide em abuso do poder de reforma quando, no plano abstrato, de modo retroativo, pretende apagar inconstitucionalidades pretéritas<sup>21</sup>.

## 6. ANPD X ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL E ESTADUAL

As duas teses aqui apresentadas não são incontroversas. É de se intuir que para alguns será válido atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados, bem como que será possível fazê-lo de modo retroativo, convalidando a inconstitucionalidade da Lei 13.709/18. Abstraindo os dois óbices aqui apresentados — afronta à cláusula pétrea da forma federativa, pela expansão da competência privativa federal para legislar sobre direito administrativo, ofensa à segurança jurídica, pela retroatividade da Emenda, e à moralidade pela convalidação da suposta inconstitucionalidade, resta apurar se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão federal instituído no art. 55-A da LGPD, tem competência para exigir de Estados e Municípios o cumprimento da Lei 13.709/18, bem como se competência para sancioná-los em caso de descumprimento.

Ressalvado o acesso a dados por empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por força das ressalvas já efetuadas<sup>22</sup>, e resposta é obviamente negativa. Observe-se que a ANPD não pode sancionar os próprios órgãos e entes federais em decorrência dos princípios da coordenação e da cooperação que presidem a organização administrativa<sup>23</sup>. Órgãos de uma entidade federativa e entes integrantes da Administração indireta dessa entidade devem atuar como engrenagens da mesma administração, cooperando uns com os outros e atuando em coordenação em prol do cumprimento eficiente das respectivas competências. É possível que eventuais invalidades sejam

<sup>20</sup> Nas palavras do inclito professor: “Deveras, tal inteligência, propiciaria fraude ao próprio ordenamento, pois ensinaria e confortaria sua burla, efetuable mediante produção de leis inconstitucionais em antecipação a Emendas futuras ou, dito pelo inverso, ensinaria o bloqueio do reconhecimento de inconstitucionalidades, graças ao expediente de produzir emendas sucessivas. Inclinar-se por exegese conducente a tais resultados implicaria abraçar o contra-senso de reputar lógico que o ordenamento milite em seu próprio desfavor, isto é, o de que previamente assume que, se for burlado, tal burla será aprovada, validada e confrontada por seu aval protetor. Nisto estaria, então, implicado que o Direito prestigia ou é indiferente à fraude, à burla, não apenas a si próprio como aos membros da sociedade, inobstante o Estado de Direito seja concebido como instrumento de proteção aos cidadãos contra o exercício desatado do Poder”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente*, op. cit., p. 22-23).

<sup>21</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo*, op. cit., p. 435.

<sup>22</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo*, op. cit., p. 26.

<sup>23</sup> Por óbvio, não faz sentido uma pessoa jurídica multar a si própria, daí o absurdo de um órgão federal multar outro órgão federal; mas também não faz sentido a Administração direta multar a indireta, já que sobre ela exerce controle administrativo ou tutela. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo*, op. cit., p. 25.

corrigidas por meio das competências próprias da hierarquia, no âmbito da desconcentração, e pelas competências inerentes ao controle ou tutela administrativa, no âmbito da descentralização administrativa. A sanção de um órgão sobre outro ou de um órgão sobre ente da administração é, por óbvio, sem sentido.

Mais absurda seria sua atuação em face de órgãos e entes municipais ou estaduais. Inexiste relação de subordinação entre uma entidade federativa e o órgão federal. Aliás, inexiste relação de subordinação entre as entidades federativas. Entre elas, sequer existe controle administrativo. Assim como é absurdo supor que o Presidente da República responsabilize disciplinarmente Prefeitos e Governadores, é também absurdo supor que um órgão ou um ente federal multe um órgão ou um ente municipal ou estadual. O tema foi objeto de preciosa monografia de Geraldo Ataliba, que, com pena de ouro, afirmou:

*A lei pode impor aos súditos das entidades políticas de que emanam a obrigação de arrecadar. Pode, também, dispor que as pessoas administrativas próprias o façam.*

*As pessoas políticas, entretanto (União, Estados e Municípios), em razão da autonomia política absoluta de que são dotadas, não podem ser obrigadas senão pela Constituição ou pelas próprias leis.*

*Quer dizer: as pessoas políticas não podem impor-se reciprocamente obrigações de natureza alguma. A lei federal não pode exigir nada de Estados e Municípios, da mesma forma que a lei estadual não o pode da União e dos Municípios, nem estes da União e dos Estados.<sup>24</sup>*

Mais adiante, concluiu o saudoso publicista pela manifesta inadmissibilidade de uma Autarquia federal sancionar Municípios:

*É que não existe penalidade, como sanção, contra órgão público. A imposição de sanções, a aplicação de penalidades, supõe, da parte de quem as impõe, superioridade relativamente a quem as sofre. Aliás, é a faculdade de aplicar sanções nítido sinal de eminência, traço peculiar das relações de subordinação.<sup>25</sup>*

Celso Antônio Bandeira de Mello, também em estudo específico sobre o tema, chegou às mesmas conclusões. O ato de multar pressupõe uma relação de supremacia entre quem multa e quem é multado. Inexistindo supremacia, é descabido falar em sanção. Nesse sentido:

<sup>24</sup> ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966, p. 65.

<sup>25</sup> ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966, p. 135.

*Inexistindo um desnivelamento de planos, revelador da supremacia jurídica de uma das partes, é despropositado cogitar de multa. À falta de um estado de sujeição, característico de situação de inferioridade, não há que pensar em submissão ao ato de império trazido na multa. Só quem se encontre em posição subalterna, própria do súdito, pode ser colhido por uma tão relevante manifestação de autoridade<sup>26</sup>.*

Pouco adiante, reconhece o aclamado administrativista a impossibilidade de entidades federativas multarem umas às outras:

*Nem União, nem Estados, nem Municípios podem reciprocamente se multar. Que dizer, então, de uma autarquia multar um município? Uma simples ramificação administrativa, desnutrida de qualquer poder político, exercer “imperium” sobre entidade de existência constitucional necessária é hipótese que agride os mais rudimentares princípios de Direito.*

Atualmente, em que a doutrina do direito administrativo foi cooptada pelo poder econômico<sup>27</sup>, em que o estudo das bases conceituais elementares está cada vez mais comprometido, faz-se necessário afirmar o óbvio. No cenário atual, de clímax da falta de seriedade dos estudos jurídicos, a comunidade jurídica chega ao absurdo de tornar controversas teses óbvias. Todos sabem que inexistente hierarquia entre União, Estados e Municípios. Mais do que isso: inexistente controle administrativo entre eles. Cada entidade federativa exerce controle sobre os entes de sua própria Administração indireta, não, porém, sobre as demais entidades federativas. Nisso reside a diferença fundamental entre a descentralização política e a descentralização administrativa: na primeira, ao contrário do que ocorre na segunda, inexistente controle administrativo entre as entidades<sup>28</sup>. Estando todas as entidades federativas em uma relação horizontal de sujeição, descabe qualquer controle administrativo de uma sobre as outras. O descumprimento da lei por Estados e Municípios pode ser impugnado na instância jurisdicional, quando houver provocação dos legitimados, ou na instância administrativa dos próprios Estados e Municípios, no exercício do controle administrativo interno ou externo. Jamais no controle administrativo entre entidades federativas.

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Impossibilidade de o INPS multar Municípios. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 05, n. 17, p. 373-376, abr.-jun. 2021, p. 374.

<sup>27</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019, p. 113.

<sup>28</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar.-abr. 2019, p. 49.

## 7. CONCLUSÕES

1. A Emenda Constitucional 115/22 alterou a Constituição para prever expressamente o direito fundamental à proteção de dados e para atribuir à União a competência material para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, bem como para lhe atribuir competência privativa para legislar sobre proteção de dados. Era incontroverso que o direito à proteção de dados decorria do direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. Também era incontroverso que a União tinha competência para disciplinar o acesso privado de dados. A única utilidade da Emenda foi atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados.

2. O âmbito de incidência da Lei 13.709/18 (LGPD) é controverso. É indiscutível que rege o acesso privado empresarial. Também é indiscutível que rege o acesso administrativo empresarial, vale dizer, o acesso realizado por empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Não é clara, porém, sua incidência sobre os demais acessos, sobretudo os acessos administrativos não empresariais.

3. Legislar sobre direito administrativo é inerente à autonomia federativa. Exceção a essa regra exige expressa previsão constitucional. A União não possuía competência para legislar sobre o acesso municipal e estadual a dados. Em relação aos Estados e Municípios, as restrições impostas pela Lei 13.709/18 aplicam-se apenas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

4. A federação pressupõe a discriminação de competências das entidades federativas no Texto constitucional, distribuição que dita os contornos da Federação. No direito brasileiro, a forma federativa é cláusula pétrea, não se admitindo qualquer reforma que tenda a abolir. Concluiu-se que a diminuição da competência estadual e municipal para legislar sobre direito administrativo é inconstitucional, por violar a cláusula pétrea da forma federativa. Logo, impõe-se uma interpretação conforme à Emenda Constitucional n. 115/22: só será válida se não atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal. Noutras palavras: só é válida se for juridicamente inútil, apenas tornando expresso o que já constava implicitamente do texto constitucional.

5. Caso as referidas teses sejam afastadas, vale dizer, caso se admita a alteração da Constituição para atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados, bem como se considere que a LGPD disciplina esse acesso, a Emenda Constitucional n. 115/22 não tem o condão de convalidar a inconstitucionalidade da LGPD. Primeiro porque é vedado à Emenda retroagir seus efeitos; segundo porque pretender convalidar inconstitucionalidade pretérita atenta contra a moralidade e configura abuso do poder de reforma.

6. Superada também essa tese — admitida que a LGPD disciplina o acesso estadual e municipal, bem como admitida que a inconstitucionalidade dessa disciplina foi

convalidada pela Emenda Constitucional n. 115/22 —, impõe-se a conclusão de que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) não possui competência para impor exigências a Estados e Municípios, muito menos para sancioná-los. Inexiste relação de subordinação entre as entidades federativas, de modo que descabe qualquer controle administrativo de umas sobre as outras.

## 8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bianca Cavalli; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas Instituições Financeiras Brasileiras. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 281-303, maio/ago. 2021.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022.

ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 12-23, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Impossibilidade de o INPS multar Municípios. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**. São Paulo, ano 05, n. 17, p. 373-376, abr.-jun. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Federação, municípios e políticas públicas: o impacto da PEC do pacto federativo (nº 188/2019) no Rio Grande do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 859-876, set./dez. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. (coord.). **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 17-31.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura** – RDAI, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo** – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31-437.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar.-abr. 2019.

PALOP, Andrés Boix. **Las convalidaciones legislativas**. Madrid: Iustel, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – v. I: Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.





## Proteção de direitos LGBTQIA+ no Direito brasileiro: momentos e descompassos jurídicos e políticos

### *LGBTQIA+ rights in Brazilian law: legal and political dynamics*

ROGER RAUPP RIOS<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil)  
ppgdunisosroger@unisosin.br  
<http://orcid.org/0000-0002-5105-3861>

**Recebido/Received:** 08.05.2022 / 8 May 2022

**Aprovado/Approved:** 03.10.2022 / 3 October 2022

#### Resumo

Este artigo examina a trajetória dos direitos LGBTQIA+, mediante análise qualitativa das tendências presentes em seu reconhecimento na jurisprudência brasileira. Para tanto, propõe a caracterização de dois momentos: (a) de 1990 a 2015, de afirmação progressiva sob tensão assimilacionista e (b) de 2015 até nossos dias, de reconhecimento expandido sob ataque neoconservador. O primeiro período, de afirmação jurídica progressiva dos direitos sexuais, ainda que permeada por tendências assimilacionistas, é correlacionado à redemocratização e à consolidação da Nova República, ao passo que o segundo atenta para o reconhecimento jurídico expandido dos direitos sexuais,

#### Abstract

*This paper deals with the LGBTQIA+ rights in Brazilian Law, through a qualitative analysis of its development trends. It posits two moments: (a) from 1990 to 2015, a progressive affirmation under assimilationist tension and (b) from 2015 to the present day, an expanded recognition under neoconservative attacks. The first period, of progressive legal affirmation of sexual rights, although permeated by assimilationist tendencies, is correlated with the redemocratization and consolidation of the New Republic, whereas the second one looks at the expanded legal recognition of sexual rights, under neoconservative attack from the extreme right. Considering especially the mismatch that*

Como citar esse artigo/How to cite this article: RIOS, Roger Raupp. Proteção de direitos LGBTQIA+ no Direito brasileiro: momentos e descompassos jurídicos e políticos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 659-680, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85903

\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito 'stricto sensu' da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil) e do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Enfam. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul ('O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano', 2000) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul ('Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas', 2004). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: ppgdunisosroger@unisosin.br.

sob ataque neoconservador de extrema-direita. Diante disso, em especial do descompasso que marca o segundo momento, aponta desafios e inquietações atuais e futuros para a democracia e o reconhecimento de direitos no Brasil.

*marks the second moment, it indicates current and future challenges and concerns for democracy and the recognition of rights in Brazil.*

**Palavras-chave:** democracia; reconhecimento de direitos LGBTQIA+; assimilacionismo; neoconservadorismo.

**Keywords:** democracy; recognition of LGBTQIA+ rights; assimilationism; neoconservatism.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Afirmação progressiva sob tensão assimilacionista; 3. Reconhecimento expandido sob ataque neoconservador; 4. Considerações finais; 5. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento e a proteção dos direitos LGBTQIA+<sup>1</sup> (doravante designados pela expressão “direitos sexuais”) no Brasil recente ocorrem no contexto da transição da ditadura civil-militar de 1964 para a redemocratização, desde o advento da Nova República até nossos dias, quadra histórica também marcada pela globalização não só da economia, como também de novas configurações políticas, sociais e culturais. Atentar para esses novos tempos, seus principais traços e características é relevante para a compreensão de repercussões sociais, desdobramentos políticos e marcos jurídicos.

Nutrido destes elementos, esta reflexão corporifica esforço de contextualização histórica visando a contribuir para a compreensão dos direitos sexuais no Brasil contemporâneo. Para tanto, a trajetória da luta, do reconhecimento e da proteção dos direitos sexuais será apresentada pela consideração de dois momentos: (a) de 1990 a 2015 (afirmação progressiva sob tensão assimilacionista) e (b) de 2015 até nossos dias (reconhecimento expandido sob ataque neoconservador).

Ao passo que o primeiro momento se mescla com as primeiras décadas que se seguem ao advento da chamada Nova República (de 1985 a 2016), o segundo momento trama-se com a quadra aberta na política e na sociedade brasileiras que mais imediatamente ensejou a ascensão no cenário nacional de forças políticas neoconservadoras e de extrema-direita, marcando o fim da Nova República e fazendo soar o alerta do risco de falência democrática<sup>2</sup>. Mesmo sem o necessário distanciamento histórico que o tempo não permite, sem buscar relações de causalidade entre tais ciclos políticos e

<sup>1</sup> Utiliza-se a sigla corrente “direitos LGBTQIA+” para designar as reivindicações e conquistas jurídicas de indivíduos e de grupos identificados como lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, intersex, assexuados e demais orientações, identidades e expressões sexuais diversas da heterossexualidade hegemônica.

<sup>2</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme. **A democracia impedida**: o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

momentos de reconhecimento jurídico, muito menos emparelhar eventos políticos e questões jurídicas específicas, excogitam-se pistas, suscitam-se hipóteses e levantam-se inquietações nesta tentativa de compreensão da trajetória dos direitos sexuais.

Para tanto, tomam-se relevantes marcos jurisprudenciais na história dos direitos sexuais no direito brasileiro: do início da litigância nos anos 1990 até 2015, passando pela primeira e mais impactante decisão do STF em 2011 (que reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo); desde então, quando se inicia o segundo momento, a decisão pela incompatibilidade constitucional de referências degradantes à “pederastia” e à homossexualidade pelo Código Penal Militar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 291<sup>3</sup>, até hoje. Neste estudo, em que a afirmação dos direitos sexuais em perspectiva desponta como objeto central, destaca-se o saliente descompasso verificado no segundo e contemporâneo momento, verificado entre o reconhecimento expandido de direitos e o ciclo político neoconservador. Valendo-se da valiosa expertise e experiência da sociedade civil e de especialistas das políticas sexuais contemporâneas<sup>4</sup>, busca-se, mediante o realce de marcos jurídicos nacionais, mapear os respectivos conteúdos jurídicos preponderantes e seu pano-de-fundo político e social.

Para tanto, este trabalho, mediante análise qualitativa das tendências do reconhecimento de direitos sexuais na jurisprudência brasileira recente, se desdobra em duas partes. A primeira corresponde ao primeiro período, de afirmação jurídica progressiva dos direitos sexuais, ainda que permeada por tendências assimilacionistas, ao que correlaciona a redemocratização e a consolidação da Nova República; a segunda parte atenta para o momento subsequente, de reconhecimento jurídico expandido dos direitos sexuais, agora sob ataque neoconservador de extrema-direita. A isto, seguem-se as considerações finais, cuja retomada dos traços principais desta dinâmica histórica inclui a enunciação de alguns desafios e inquietações.

## 2. AFIRMAÇÃO PROGRESSIVA SOB TENSÃO ASSIMILACIONISTA

O primeiro momento corresponde ao interregno entre 1990 e 2015. O termo inicial considerado é a última década do século XX, período em que surgem e proliferam, Brasil afora, demandas individuais e coletivas requerendo proteção jurídica de direitos sexuais, singularizadas por reivindicações de direitos sociais (saúde, previdência

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento 28/10/2015. Publicação 11/05/2016.

<sup>4</sup> Por todos, ver ABIA – OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS DE SEXUALIDADE et al. **Ofensivas antigênero no Brasil**: políticas de estado, legislação, mobilização social. Relatório submetido ao mandato do Perito Independente das Nações Unidas sobre orientação sexual e identidade de gênero e direitos humanos. 2021. Disponível em <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/E-book-SOGI-21102021.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

e acesso ao trabalho) e de direito de família<sup>5</sup>. Institucionalmente, destaca-se sua culminância no marcante julgamento da ADPF n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal, que, em 2011, qualifica as uniões conjugais entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis em votação unânime<sup>6</sup>. Nessa dinâmica, importante registrar que, inicialmente, os argumentos e pedidos de reconhecimento de qualificação jurídica familiar das uniões conjugais entre pessoas de mesmo sexo foram veiculados em demandas objetivando benefícios previdenciários e prestações de saúde, abrindo caminho para pleitos de prestações típicas de direito de família, como direito a alimentos, alcançando reconhecimento nos tribunais superiores<sup>7</sup>.

O ano de 2015 é proposto como termo final do primeiro momento e marco inicial do segundo em virtude do referido julgamento da ADPF n. 291. A partir daí pode-se perceber uma paulatina inflexão na gramática dos direitos reivindicados e na justificação das decisões: desde então, mais e mais a “liberdade sexual e existencial” (como consta da ementa da ADPF 291, de 2015), “os modos de ser e de existir” (na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543, com julgamento iniciado em 2017 e concluído em 2020<sup>8</sup>), a identidade de gênero autopercebida e o livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação sexual<sup>9</sup> foram acionados na justificação do reconhecimento de direitos.

Diante deste primeiro momento, soa pertinente correlacionar a dinâmica, imediatamente anterior, da redemocratização que se seguiu à ditadura militar de 1964-1985 e seu desenvolvimento. De fato, a redemocratização brasileira concretizou transição política conservadora desprovida de um processo histórico de justiça de transição<sup>10</sup>, dinâmica que vai ao encontro do assimilacionismo que marca esse primeiro momento de reconhecimento de direitos.

A aprovação parlamentar e o assentimento judicial em torno da Lei de Anistia, em 1979, assim como seus desdobramentos no Sistema Interamericano de Direitos

<sup>5</sup> GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Nuances/Sulina, 2003.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento 05/05/2011. Publicação 14/10/2011.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.302.467/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento 03/03/2015. Publicação 25/03/2015.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento 01/03/2018. Publicação 07/03/2019, p. 11.

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Justiça de transição, direito à memória e à verdade: boas práticas. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal; 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. – Brasília: MPF, 2018; STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org.). **Justiça de transição e democracia**. Salvador: Sofia 10 Editora, 2021.

Humanos, ilustram esse movimento e insuficiência. Reafirmada na nova república que se seguiu à redemocratização, ao mesmo tempo que encerra o exílio de defensores da democracia e dos direitos humanos, entrava a devida justiça de transição; sem ela, persistem mentalidades e práticas permeadas pelo autoritarismo e pela complacência com a violência institucional, configurando uma transição conservadora<sup>11</sup> – característica comum, como a seguir se verá, a tendências presentes no primeiro período de afirmação dos direitos sexuais.

A declaração do então Presidente General Ernesto Geisel, em 1974, sobre a abertura política do regime ditatorial, ilustra de modo literal este traço: haveria de ser “lenta, gradual e segura”<sup>12</sup>. O que se seguiu foi tímido desaperto de direitos políticos, persistência complacente com a repressão, com a censura, com as prisões arbitrárias e com a tortura, ainda que houvesse alguma tolerância em face da organização e das reivindicações do movimento operário.

Nesta quadra, antecedido por uma cultura de resistência anterior ao período ditatorial<sup>13</sup>, o “movimento homossexual brasileiro” avança. Com lutas bifurcadas, ao mesmo tempo em que se debatia contra restrições da ditadura a homossexuais na imprensa e na política, conflitava mentalidades de esquerda para quem a homossexualidade não passava de vício burguês<sup>14</sup>. Duas frentes, portanto, diante de compreensões convergentes da homossexualidade como decomposição moral. É neste “lento, gradual e seguro” quadro de distensão ditatorial rumo à redemocratização que se acopla, por assim dizer, a primeira fase das reivindicações e proteção jurídica dos direitos sexuais: a afirmação progressiva de direitos sexuais, todavia sob tensão assimilacionista.

Promulgada a “constituição cidadã” de 1988, sem equivalente democrático na história do Brasil, indivíduos e grupos voltam-se para o Poder Judiciário nele vendo

<sup>11</sup> CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987; PAIM, Antonio. **Momentos decisivos da história do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Política**, n. 25, pp. 83-106. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000200008>. Acesso em: 17 mar. 2022; ARAÚJO, Dilton Oliveira de. **O tutu da Bahia: transição conservadora e formação da nação, 1838-1850**. Salvador: EDUFBA, 2009; KECK, Margaret. **PT – A lógica da diferença: o partido dos trabalhadores na construção da democracia brasileira**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788579820298>. Acesso em: 17 mar. 2022; SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

<sup>12</sup> RESENDE, Pâmela de Almeida. Da abertura lenta, gradual e segura à anistia ampla, geral e irrestrita: A Lógica do Dissenso na Transição Para a Democracia. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, vol.2, n. 2, p. 36-46, jun. 2014.

<sup>13</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018; FACCHINI, Regina et al. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos AEL**, 2003, p. 88. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20788\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20788_arquivo.pdf). Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>14</sup> GREEN, James; QUINALHA, Renan. (org). **Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade**. São Carlos: EdUFScar, 2014; QUINALHA, Renan. **Contra a moral e os bons costumes: a ditadura e a repressão à comunidade LGBT**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

possível via institucional de reconhecimento de direitos LGBTQIA+. Impulsionados não-só pela emergência de conquistas em outros países<sup>15</sup> e pela impermeabilidade legislativa<sup>16</sup>, como premidos pelos efeitos e impactos da epidemia de HIV/AIDS junto à comunidade LGBT<sup>17</sup>, o que se viu foi a afirmação continuada e progressiva, passo a passo, de direitos sexuais.

Sem perder de vista a longa duração da mentalidade autoritária, da fragilidade das convicções democráticas e da acanhada cultura de direitos humanos na sociedade brasileira<sup>18</sup>, a tendência marcante desta primeira fase foi a concentração das demandas por direitos sociais e o apelo recorrente ao direito de família<sup>19</sup>.

De fato, enquanto em outros países ocidentais de tradição democrática a luta por direitos sexuais se deu, inicialmente, em demandas diante de violações à privacidade e à liberdade individual, aqui o que se percebe é sua reivindicação em pleitos para o acesso a benefícios sociais. Esse contraste, por exemplo, é revelado pela trajetória no direito europeu da superação da criminalização do sexo consensual privado entre homossexuais adultos, chegando à proteção contra a homofobia<sup>20</sup>, ao passo que, no caso brasileiro o combate à discriminação foi veiculado em virtude da exclusão discriminatória contra homossexuais do regime geral da previdência social.

Uma hipótese para a compreensão deste fenômeno vem da gênese histórica das políticas públicas no Brasil. Gestadas em suas formulações pioneiras em contextos autoritários, nos quais os indivíduos eram concebidos muito mais como objetos de regulação estatal do que sujeitos de direitos, estas dinâmicas nutrem concepções frágeis acerca da dignidade, da privacidade e da liberdade individuais. Alimentadas da disputa política entre oligarquias e do referencial do positivismo social de matriz comtiana, as políticas públicas no Brasil caracterizaram-se pela mentalidade do trabalhador como cidadão tutelado, forjando um ambiente autoritário de progresso econômico e social, sem espaço para os princípios da dignidade, da autonomia e da

<sup>15</sup> WINTEMUTE, Robert. **Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

<sup>16</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Evolução dos direitos da população LGBTQIA + é examinada em audiência pública. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/evolucao-dos-direitos-da-populacao-lgbtqia-e-examinada-em-audiencia-publica>. Acesso em 10 de abril de 2022.

<sup>17</sup> PARKER, Richard. Estigmas do HIV/Aids: novas identidades e tratamentos em permanentes sistemas de exclusão. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, vol. 13, n. 3, 2019.

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 42, p. 77-100. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092000000100006>. Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>19</sup> RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

<sup>20</sup> BORRILLO, Daniel. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el tribunal europeo de derechos humanos y la orientación sexual. **Revista de Estudios Jurídicos**, Jaén, 2011.

liberdade individual<sup>21</sup>. Desdobramento disso pode ser investigado na persistência de uma tradição que privilegia o acesso a prestações estatais positivas em detrimento da valorização do indivíduo e de sua esfera de liberdade e respeito à sua dignidade, o que se manifesta na história das demandas por direitos sexuais mediados pelos direitos sociais no Brasil.

A segunda característica é a recorrência dos argumentos do direito de família como fundamentação para o reconhecimento de direitos de homossexuais. Não é difícil constatar que, em muitos casos, a reivindicação de direitos sexuais se fundou em argumentos de direito de família, como mostram intensidade e a extensão do debate sobre a qualificação jurídica das uniões homossexuais. Nele, é comum associar-se de modo explícito o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar tradicional heterossexual.

É o que sugere a leitura de precedentes judiciais que deferem direitos ao argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais - postura que facilmente desemboca numa lógica assimilacionista. Nesta, o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como comportamento adequado, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis definidos de gênero<sup>22</sup>.

Neste diapasão, a formulação de expressões, ainda que bem intencionadas, como “homoafetividade”, carrega mentalidade conservadora e discriminatória. Conservadora, na medida em que subordina os princípios de liberdade, igualdade e não-discriminação, centrais para o desenvolvimento dos direitos sexuais, a uma lógica assimilacionista; discriminatória, porque, na prática, distingue uma condição sexual “normal”, palatável e “natural” de outra assimilável e tolerável, desde que bem comportada e “higienizada”. Com efeito, a sexualidade ínsita à heterossexualidade não só é proclamada, como também ostentada para indicar aquele que é “naturalmente” sujeito de direitos<sup>23</sup>, ao passo que a sexualidade homossexual é submetida ao efeito purgante que a invocação da “afetividade”, como se fosse mata-borrão, a ela irroga, com o efeito de contrabalançar seu desvalor pela “pureza dos sentimentos”. Tanto que a invocação da “heteroafetividade” só foi discursivamente empregada, em favor de quem nunca necessitou desse título, como estratégia assimilacionista consentânea à ordem heterossexista vigente.

<sup>21</sup> BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.045.273. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento 21/12/2020. Publicação 09/04/2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.318.459. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Publicação 29/08/2016..

<sup>23</sup> MORAN, Leslie J. **The homosexual(ity) of Law**. London: Routledge, 1996.



A designação a partir da “afetividade”, e não da sexualidade pela qual são discriminados, consagrada no julgamento da ADPF n. 132, e antes mesmo, a própria circunscrição da questão no âmbito do direito de família, apontam para uma “... tecnologia política e cultural que opera a constituição de indivíduos e a atribuição de estatutos (tais como ‘sujeito’, ‘cidadão’, ‘profissional’, ‘criminoso’ etc)”, onde se apresenta uma dimensão relacional que envolve atos de deslegitimação e que delimita o grau de adequação e de desejo para determinada projeção ou ideia de Estado<sup>24</sup>. Esta relacionalidade das dinâmicas de gênero e sexualidade sobre as manifestações estatais e destas sobre aquelas se desdobra como assimilacionismo familista. Nele conjugam-se o assimilacionismo (onde membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões dos grupos dominantes, em seu próprio detrimento) e o familismo, proposição que subordina o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória<sup>25</sup>.

Nos direitos sexuais, o assimilacionismo familista conforma a aceitação estatal da homossexualidade ao pressuposto da inclinação afetiva-familiar, ainda que potencial. Nesta operação, admitem-se as diferenças de gênero e de sexualidade desde que não coloquem em xeque a lógica da heterossexualidade compulsória, anulando-se qualquer nota de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo<sup>26</sup>.

Trata-se, com efeito, da corporificação de certas ‘identidades’ por certos ‘direitos’ e vice-versa<sup>27</sup>, resultantes das estratégias efetivamente empregadas em busca de uma proclamação “promoção da igualdade de direitos”. Nas dinâmicas de gênero e sexualidade e sua relação com a manifestação estatal, a aludida ADPF n. 32 engendrou juridicamente e, por sua vez, reproduziu social e culturalmente, uma hierarquia dos arranjos familiares, reservando à “união homoafetiva” uma inclusão de terceira classe, abaixo do casamento e da união estável heterossexuais, de primeira e segunda classes, respectivamente. Um atuar no sentido da naturalização do modelo de família heterossexual, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas deste modelo<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> AGUIÃO, Silvia. Quais políticas, quais sujeitos? Sentidos da promoção da igualdade de gênero e raça no Brasil (2003 - 2015).  **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 51, e175107. 2017, p. 6. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/18094449201700510007>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>25</sup> MELLO, Luiz. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil.  **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, set. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/N7rMg9HcrYS-qqWhdppPCbvd/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>26</sup> RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação.  **civilistica.com**, v. 2, n. 2, p. 1-21, 24 jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/101/71>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>27</sup> AGUIÃO, Silvia. Quais políticas, quais sujeitos? Sentidos da promoção da igualdade de gênero e raça no Brasil (2003 - 2015).  **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 51, e175107. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/18094449201700510007>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>28</sup> RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação.  **civilistica.com**, v. 2,



As razões desta recorrência ao direito de família podem ser buscadas na já referida fragilidade dos princípios da autonomia individual, da dignidade humana e da privacidade que caracterizam nossa cultura. Com efeito, fora da comunidade familiar, onde o sujeito é compreendido mais como membro do que como indivíduo, mais como parte, meio e função do que como fim em si mesmo, não haveria espaço para o exercício de uma sexualidade indigna e de categoria inferior.

Na análise aqui proposta, fica portanto estabelecida a concomitância deste primeiro momento de afirmação de direitos, sob tensão assimilacionista (1988-2015), com o ciclo da redemocratização e da consolidação da Nova República (1985-2016). Na trajetória dos direitos sexuais no Brasil, a ele se segue nova etapa: a do reconhecimento expandido dos direitos, todavia agora não mais tensionado por tendências conservadoras, mas sim sob ataque do neoconservadorismo e da extrema-direita.

### 3. RECONHECIMENTO EXPANDIDO SOB ATAQUE NEOCONSERVADOR

Em trajetória histórico-temporal correlata, o período que se segue ao impedimento da Presidente Dilma Rousseff, de 2016 até nossos dias, registra não só a hegemonia política neoconservadora e de extrema-direita: paradoxalmente, o reconhecimento dos direitos sexuais se robustece (2015 em diante), acompanhado do nada surpreendente aguçamento dos conflitos e dos litígios envolvendo esses direitos.

A este contraste se acresce outro descompasso: a tônica das decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas antes e depois da ADPF 291, de 2015. Como visto, até então o que predomina é o centramento no assimilacionismo familista, sem desenvolvimento mais enraizado em direitos humanos e fundamentais, o que o não-esquadrinhar de temas como a homossexualidade compulsória indica. É o que revelam a fundamentação preponderante e a lógica subjacente de vários julgados, bem como sua recepção pela comunidade jurídica e pela sociedade mais ampla. A multicitada ADPF n. 132 (2011) e a decisão monocrática pela possibilidade da “adoção homoafetiva”<sup>29</sup> são disso emblemáticos.

Nesse quadro, as razões vencedoras quando do julgamento da ADPF n. 291 apontam para novos caminhos. Abre-se espaço para novos temas e justificações. Em vez da feição assimilacionista, sobressaem-se argumentos de direitos fundamentais (liberdade individual, não-discriminação, proteção da dignidade humana, direito ao reconhecimento, necessidade de superação de momentos históricos ditatoriais

n. 2, p. 1-21, 24 jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/101/71>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>29</sup> Sobre a história do debate jurisprudencial acerca da “adoção homoafetiva”, ver CARDINALI, Daniel Carvalho. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

desprovidos de legitimidade democrática, respeito a modos de viver e de existir), despreendendo-se da ancoragem no familismo afetivista<sup>30</sup>.

Os julgamentos sobre utilização de banheiros e registro civil envolvendo pessoas trans corroboram este novo momento. Examinados conjuntamente, podem ser lidos como momento de reconhecimento expandido de direitos sexuais, na medida em que há concretização de direitos à identidade de gênero apta a acenar com a ruptura das lógicas da heteronormatividade, da homonormatividade e do binarismo de gênero.

No primeiro caso, o Recurso Extraordinário 845.779<sup>31</sup>, deparou-se transexual proibida de utilizar o banheiro feminino de um shopping center, que, abalada com a situação, acabou urinando nas próprias roupas. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), ao reformar sentença que condenara o estabelecimento ao pagamento de indenização civil, viu mero dissabor, sem condições de lesionar sentimentos ou causar dor. O julgamento iniciou-se pelo provimento do recurso, com os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, em 19 de novembro de 2015. Em seu voto, o relator destacou que o preconceito decorre da ignorância e, por isso, frisou a importância de se distinguir os conceitos de sexo, gênero e sexualidade, bem como de compreender o que é a transexualidade. Sem adentrar nas premissas normalizadoras dos modelos de sexo e gênero presentes no julgamento, nem nos motivos do pedido de vista, importa salientar que os votos proferidos reconheceram o direito à indenização e a relevância jurídica fundamental na consideração da identidade de gênero<sup>32</sup>.

Já na decisão sobre o registro civil de pessoas transgêneras, garantidora do direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente de procedimentos médicos ou referendo judicial, o tribunal tomou caminho substancialmente mais afirmativo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 não só abre espaço para uma compreensão liberta do essencialismo e do binarismo de gênero, como também aprofunda conteúdos decisivos. Ao tratar de gênero e sexualidade, toma referência expressa à identidade de gênero conforme os Princípios de Yogyakarta e se abre à perspectiva não-essencialista; nos termos do relator, Ministro Edson Fachin,

*Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia*

<sup>30</sup> É o que se constata da leitura de votos proferidos pelo Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, assim como por Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Celso de Mello.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento 13/11/2014. Publicação 10/03/2015. 2015a.

<sup>32</sup> RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 196-227, nov. 2015, p. 216. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16715>. Acesso em: 17 abr. 2022.

*segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.*

*Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada.”<sup>33</sup>*

É de se destacar, em sua argumentação, o “diálogo necessário” entre a proibição de discriminação por motivo de sexo e outras cláusulas protetivas, em especial os artigos 2, al. 1, e 26, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica. Aqueles, ao proibirem qualquer forma de discriminação e garantirem a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer tipo de discriminação; este, ao afastar qualquer tipo de discriminação, seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No itinerário deste segundo momento, merecem registro decisões envolvendo participação e acesso a serviços de saúde.

Em primeiro lugar, destaque-se a ADI n. 5.543<sup>34</sup>. Nela, o tribunal concluiu pela inconstitucionalidade de restrições administrativas para a doação de sangue, por estarem eivadas de discriminação por orientação sexual. As razões da decisão justificam-se no respeito à autonomia privada e no direito à vida sexual, censurando o “...tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade” (item 4 da ementa); se não for assim, ponderou o relator, são desrespeitados “os modos de ser e de existir”<sup>35</sup> de homossexuais e fica comprometida a possibilidade de viverem, conforme seus termos, a ética da alteridade, dado que a proibição resulta na “negação definitiva de qualquer possibilidade do exercício desse ato maior de alteridade, por qualquer homem homossexual ou

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento 01/03/2018. Publicação 07/03/2019, p. 11.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020, p. 11.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020, p. 11.

bissexual e/ou suas parceiras que possuam vida sexual minimamente ativa<sup>36</sup>, prejudicando inclusive a solidariedade intra-grupo<sup>37</sup>.

A decisão liminar na ADPF 787<sup>38</sup>, do mesmo modo, merece realce. Ao enfrentar discriminações na prestação de serviços de saúde e nos sistemas de controle e registro das políticas públicas respectivas, vislumbrou-se efetivo estado de coisas inconstitucional, diante do que determinou que as marcações de consultas e exames de todas as especialidades médicas do SUS sejam feitas independente do registro do sexo biológico, que todos os sistemas de informações do SUS garantam o acesso a tratamentos médicos respeitando a autodeclaração de gênero e que na Declaração de Nascido Vivo conste a categoria “parturiente”, independente dos nomes dos genitores e de acordo com a identidade de gênero.

Em seu conjunto, é notável a mudança de paradigma no reconhecimento de direitos sexuais neste segundo momento. Distanciando-se do atrelamento a tendências familistas e assimilacionistas, a fundamentação avança paulatinamente rumo ao respeito às diferenças, à abertura para modos de ser e de existir desatreladas do binarismo de gênero e às exigências de uma política democrática no âmbito da sexualidade.

Mas não só esta inflexão expansiva do reconhecimento de direitos chama a atenção na quadra história que vai desde os anos 2015-2016 até nossos dias. Nessa tábua do tempo, ela se dá *pari passu* a momento político cuja discrepância não poderia ser mais drástica: a escalada institucional de movimentos neoconservadores e de extrema-direita, com forte presença na sociedade e na cultura. Desde o impedimento da Presidente Dilma Rousseff - tido como golpe parlamentar antidemocrático<sup>39</sup>, identifica-se, não só na política, como também na sociedade e na cultura, o fenômeno designado pela metáfora da ‘onda conservadora’, resultado “...de processos sociais desiguais, assimétricos e com temporalidades distintas, mas que, na conjuntura atual, concertaram-se politicamente em torno de inimigos comuns. Por características próprias e por outras adotadas no processo eleitoral, a candidatura Bolsonaro articulou desigualmente essas linhas de força: a demanda securitária; a moralidade dos costumes; a desqualificação do Estado por ser corrupto e paternalista; e a intolerância interpessoal.”<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020, p. 11.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020, p. 26.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 787. Decisão liminar do relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 28/06/2021. Publicação 30/06/2021.

<sup>39</sup> Por todos, o já citado SANTOS, Wanderley Guilherme. **A democracia impedida: o Brasil no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

<sup>40</sup> ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. **Novos estudos CEBRAP**, v. 38, n. 1, p. 185-213, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rTCrZ-3gHfM5FjHmzd48MLYN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2022. Acesso em: 14 mar. 2022.

Como compreender, e a partir de qual lente analisar, tamanho descompasso, entre a expansão no reconhecimento de direitos LGBT e a hegemonia neoconservadora e de extrema-direita na política institucional? Nos campos da ciência política, da sociologia do direito e da teoria constitucional muitas hipóteses podem ser acionadas, dentre as quais: (a) o ritmo e o conteúdo das decisões judiciais seriam freios institucionais à escalada antidemocrática? (b) vive-se simplesmente o exercício regular do controle de constitucionalidade, à feição de tempos de normalidade democrática, decorrente de conflitos momentaneamente mais acirrados? (c) mergulhamos em dinâmicas de erosão constitucional intensa e crise política deletéria, direcionada à ruptura do regime democrático?; (d) as forças neoconservadoras, ao acionarem a estratégia das “guerras culturais”, impelem tais respostas institucionais do Supremo Tribunal Federal?

Sem adentrar nestas urgentes questões, este estudo limita-se a evidenciar a dissonância entre a afirmação expandida dos direitos sexuais e as arremetidas antidemocráticas, salientando alguns desdobramentos deste perversivo momento na vida institucional judiciária e no debate jurídico nacional, alertando para o potencial desarticulador do reconhecimento dos direitos sexuais e destrutivo de sua proteção.

Com efeito, passando os direitos sexuais a figurar dentre os conteúdos imprescindíveis para a democracia – “a democracia sexual no coração da democracia”, na feliz expressão de Eric Fassin<sup>41</sup> -, daí decorre não só o emprego da gramática jurídica na formulação de suas reivindicações, como também a inevitabilidade de sua judicialização<sup>42</sup>, com intensa participação da sociedade civil nos julgamentos, particularmente pela figura dos “amigos da corte”<sup>43</sup>.

Ocorre que, em tempos iliberais, de erosão das garantias constitucionais e decomposição do sistema político democrático<sup>44</sup>, estes fenômenos alcançam dimensão singular, dado que uma dos artifícios mais potentes do neoconservadorismo e do extremismo de direita é a deflagração de pânico moral frente à diversidade sexual<sup>45</sup>. Nesta seara, em escala global, particularmente vigorosa no Brasil e na América Latina, a estratégia empregada é o apelo à suposta “ideologia de gênero”<sup>46</sup>. Este recurso consiste no

<sup>41</sup> PELÚCIO, Larissa; PAZ, Diego. “A democracia sexual no coração da democracia”. A centralidade do gênero para a leitura do presente - entrevista com Eric Fassin. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu**, v. 23, n. e190258, p. 1–12. 2019.

<sup>42</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

<sup>43</sup> BUZOLIN, Livia Gonçalves. Pluralismo político: o Poder Judiciário e os direitos LGBT. **Revista Direito GV**, v. 18, n. 1. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202206>. Acesso em: 21 mar. 2022.

<sup>44</sup> CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Madrid: Editora Zahar, 2017; MOUNK, Yascha. **El pueblo contra la democracia**. Barcelona: Editorial Paidós, 2018.

<sup>45</sup> MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu**, n. 28, p. 101-128. 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100006>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>46</sup> JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”: a emergência de um cenário político-discursivo e a elaboração de uma retórica reacionária antigênero. **Revista Psicologia Política**, vol. 18, n. 43, p. 449-502. 2018.

embate a políticas públicas, na tentativa de revogação das medidas vigentes e na obstrução de novas iniciativas que, conscientes do estado da arte dos estudos de gênero contemporâneos, façam pensar sobre a naturalização das desigualdades entre homens e mulheres e a heteronormatividade compulsória<sup>47</sup>.

Seus protagonistas buscam, por meio de projetos de lei padronizados, restringir as atividades educativas e pedagógicas, inclusive cerceando tudo que não seja a reprodução das convicções morais familistas, iniciativas que vem tomando grande proporção<sup>48</sup>. Há uma lista de episódios dessa ordem, como ilustra a aprovação do Plano Nacional de Educação, cuja redação original previa o combate às desigualdades de gênero e a promoção da diversidade, acusadas de perigo de destruição da família, dos valores morais e do avanço das pautas LGBTQI.

Esta ofensiva antigênero, convertida em programa de governo desde 2018, passou a difundir-se mais e mais a partir de 2013, amplificando-se nos debates, havidos em 2014, em torno do aludido plano nacional de educação, insuflando batalhas perenes no campo da educação, na esfera legislativa e na atuação política<sup>49</sup>. O relevo e a intensidade deste ciclo político<sup>50</sup> deixa patente o descompasso caracterizador deste momento, em que a expansão no reconhecimento de direitos sexuais convive e se correlaciona e com a emergência vigorosa do neoconservadorismo e do extremismo de direita.

Tal correlação pode ser percebida no conjunto de decisões unânimes do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais objetivando combater a intitulada “ideologia de gênero”. Assim, à ADI n. 5.537-MC<sup>51</sup> e à ADPF n. 526<sup>52</sup> somam-se as decisões em outras assentadas, nas ADPFs n. 457, n. 467 e n. 600. Nelas, o tribunal lançou mão de sólidos fundamentos de direitos humanos e fundamentais, o que não só reforça este segundo momento de reconhecimento expandido, como indica sua correlação com os ataques neoconservadores.

<sup>47</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>48</sup> Sobre a origem e desenvolvimento deste movimento, ver JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”: a emergência de um cenário político-discursivo e a elaboração de uma retórica reacionária antigênero. **Revista Psicologia Política**, vol. 18, n. 43, p. 449-502. 2018.

<sup>49</sup> ABIA – OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS DE SEXUALIDADE et al. **Ofensivas antigênero no Brasil**: políticas de estado, legislação, mobilização social. Relatório submetido ao mandato do Perito Independente das Nações Unidas sobre orientação sexual e identidade de gênero e direitos humanos. 2021. Disponível em <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/E-book-SOGI-21102021.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>50</sup> GOMES, Carla de Castro. **Propagação dos termos “ideologia de gênero” e “aborto” nas mídias digitais religiosas**. Observatório de Sexualidade e Política (SPW) Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, 2020. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/05/Ebook-Propaga%C3%A7%C3%A3o-20210405.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.537 - Medida Cautelar. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 21 de março de 2017. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-5537.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 526/PR. Relatora Min. Carmen Lucia. Julgamento 11/05/2020. Publicação 03/06/2020.

Além do âmbito educacional, é de grande significado o julgamento da ADO n. 26<sup>53</sup>, pela equiparação da homotransfobia à previsão dos crimes de discriminação por raça. Sem adentrar nas questões jurídico-penais envolvidas<sup>54</sup>, não parece fora de propósito considerar que o incremento da violência homotransfóbica<sup>55</sup>, correlacionada ao momento iliberal, tenham catalisado o processo decisório que a inércia legislativa antes já reclamava, caso exemplar e destacado que se acresce à enumeração que respalda a correlação entre o reconhecimento expandido e os tempos neoconservadores.

Mais que a constatação de um profundo descompasso, todo esse quadro adverte para os efeitos e riscos deste ambiente hostil, de ataques repetidos, disseminados e sistemáticos, ao regime democrático e aos direitos sexuais. Mesmo que, em alguma medida, possa ser relacionado à expansão judicial no reconhecimento de direitos, tal estado de beligerância, além de colocar relevantes avanços jurídicos sob constante ameaça de revogação e retrocesso (como exemplifica o projeto de decreto legislativo n. 106/2013, objetivando sustar os efeitos da resolução do Conselho Nacional de Justiça sobre o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo), concorre para fragilizar o regime dos direitos humanos e fundamentais, prejudicar o funcionamento do sistema de justiça, nutrir resistências dentre os operadores do direito, ao fim e ao cabo solapar as bases requeridas para o convívio democrático.

De fato, é o que se verifica (a) quando agentes públicos, de modo repetido, desprezam garantias democráticas substantivas e invocam episódios eleitorais como parâmetros restritivos de direitos humanos e fundamentais (por exemplo, enumerar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo como medida para a tomada do poder e destruição dos valores familiares pela esquerda<sup>56</sup>; (b) quando são alimentadas resistências por operadores jurídicos espalhados pelo sistema de justiça e pelo serviço público como um todo (por exemplo, serviços cartorários<sup>57</sup>, reconhecimento judicial

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4733. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. Publicação 06/10/2019.

<sup>54</sup> RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 169. ano 28. p. 321-345. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

<sup>55</sup> Os números coletados pela sociedade civil e pelo Mapa da Segurança Pública 2020 indicam alta de 41% nos registros de violência transfóbica, de 25% nos homicídios, de 21% nas lesões corporais dolosas e de 20% nos estupros. FOLHA DE SÃO PAULO. Apagão de dados sobre violência contra LGBTQIA+ atinge ao menos sete estados, aponta pesquisa. Dhiego Maia, 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/apagao-de-dados-sobre-violencia-contralgbtqia-atinge-ao-menos-sete-estados-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>56</sup> METRÓPOLES. **Bolsonaro: casamento homoafetivo atacou coração dos cristãos do país**. Flávia Said, 17 de abril de 2022. Disponível em <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/bolsonaro-casamento-homoafetivo-atacou-coracao-dos-cristaos-do-pais>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>57</sup> OBSERVATÓRIO G. **Cartório de Goiás contraria decisão do STF e recusa alteração de registro civil de mulher trans**. Rangel Querino, 2019. Disponível em <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/cartorio-de-goias-contraria-decisao-do-stf-e-recusa-alteracao-de-registro-civil-de-mulher-trans>. Acesso em: 10 abr. 2022.

de nome social<sup>58</sup>, manifestações preconceituosas e discriminatórias por integrantes do sistema judiciário, inclusive em atos processuais<sup>59</sup>; (c) quando a concretização de normas antidiscriminatórias é desqualificada como fator que tornam o convívio plural insuportável<sup>60</sup>; (d) quando são interpostas barreiras discriminatórias aos efeitos do reconhecimento de direitos<sup>61</sup>; (e) quando são urdidas medidas objetivando a obstrução do funcionamento do sistema de proteção judicial de direitos<sup>62</sup>; (f) quando se utiliza a estratégia do pânico moral para, simultaneamente, atacar direitos sexuais e enfraquecer direitos e liberdades democráticas clássicas (por exemplo, como ocorre com liberdade de expressão artística e direitos sexuais<sup>63</sup>, ou com a criminalização do uso do termo “bíblia” fora de contexto religioso<sup>64</sup>; (g) quando presentes resistências e dificuldades administrativas para o exercício de direitos (por exemplo, barreiras para uso de nome social em certificados de vacina<sup>65</sup>).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As lutas por democracia e por direitos sexuais no Brasil recente inspiram inquietação e assombro. Ao mesmo tempo que se perfilam marcos jurisprudenciais indicadores de progressivo reconhecimento de direitos, o ambiente democrático se dissipa pela afluência neoconservadora e de extrema-direita. Se os precedentes judiciais protegem

<sup>58</sup> G1. **Justiça do DF impede família de enterrar jovem trans com nome social**. Marília Marques, 02 de setembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/02/justica-do-df-impede-familia-de-enterrar-jovem-trans-com-nome-social.ghtml>. Acesso em: 10 abril 2022.

<sup>59</sup> UOL. **Globo é atacada por desembargador: vulgar e enaltece homossexuais**. 9 mar. 2022. Disponível em <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2022/03/09/desembargador-ataca-tv-globo.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>60</sup> G1. **Bolsonaro diz que decisão do STF sobre homofobia foi ‘completamente equivocada’**. Guilherme Mazui, Roniara Castilho e Delis Ortiz, 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>. Acesso em 10 abr. 2022.

<sup>61</sup> TRINDADE, Eliane. **Amor não tem gênero, diz mãe de menina trans de 7 anos**. **Folha de São Paulo**, 6 mar. 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/redesocial/2022/03/amor-nao-tem-genero-diz-mae-de-menina-trans-de-7-anos.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>62</sup> G1. **Bolsonaro diz que decisão do STF sobre homofobia foi ‘completamente equivocada’**. Guilherme Mazui, Roniara Castilho e Delis Ortiz, 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>. Acesso em 10 abr. 2022.

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **NOTA TÉCNICA NO 11/2017/PFDC/MPF**. Brasília; DF, 2017.

<sup>64</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. **Câmara quer acelerar projeto que proíbe uso da palavra Bíblia fora de contexto**. Ranier Bragon e Danielle Brant, 10 de março de 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/03/camara-vota-urgencia-a-projeto-que-proibe-uso-da-palavra-biblia-fora-de-contexto.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>65</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. **Cadastro do SUS e sistema que emite certificado de vacina impedem uso de nome social**. Victoria Damasceno, 28 de janeiro de 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2022/01/cadastro-do-sus-e-sistema-que-emite-certificado-de-vacina-impedem-uso-de-nome-social.shtml>; acesso 10 abril 2022.



direitos sexuais e os concretizam como direitos fundamentais em face de modos de ser e de viver diversos da heterossexualidade compulsória, em paralelo iniciativas governamentais e legislativas insuflam preconceito e discriminação.

Esta conjuntura, enraizada de modo estrutural no escravismo, no autoritarismo e na colonialidade do saber e do poder, acaba, como dito, não só colocando o próprio reconhecimento de direitos na berlinda, como fragiliza a democracia e os direitos humanos e fundamentais, sejam estes direitos sexuais<sup>66</sup>, sejam pertinentes a outras áreas.

Vivemos tempos que apontam para uma “re-inversão” dos direitos sexuais”, para usar expressão livremente inspirada em Éric Fassin<sup>67</sup>. Vale dizer, se no final do século XX verificou-se a “inversão da questão homossexual”, - cabendo aos homofóbicos o ônus de justificar seu preconceito, e não mais aos homossexuais sustentarem sua “normalidade” -, hoje forças políticas buscam “re-inverter” os avanços democráticos havidos no campo dos direitos sexuais nas últimas décadas, almejando reaver sua hegemonia.

O alerta que o profundo descompasso destes tempos propicia vai além, portanto, do campo dos direitos sexuais; ele aponta como os direitos sexuais são um dos prediletos, mais eficientes e perversos cavalos de batalha de que se valem o neoconservadorismo e o extremismo de direita para solapar o regime democrático como um todo e, particularmente, os direitos humanos e fundamentais.

## 5. REFERÊNCIAS

ABIA – OBSERVATÓRIO DE POLÍTICAS DE SEXUALIDADE et al. **Ofensivas antigênero no Brasil:** políticas de estado, legislação, mobilização social. Relatório submetido ao mandato do Perito Independente das Nações Unidas sobre orientação sexual e identidade de gênero e direitos humanos. 2021. Disponível em <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/E-book-SOGI-21102021.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

AGUIÃO, Sílvia. Quais políticas, quais sujeitos? Sentidos da promoção da igualdade de gênero e raça no Brasil (2003 - 2015). **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 51, e175107. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/18094449201700510007>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. **Novos estudos CEBRAP**, v. 38, n. 1, p. 185-213, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rTCrZ3gHfM5FjHmzd48MLYN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2022.

ARAÚJO, Dilton Oliveira de. **O tutu da Bahia: transição conservadora e formação da nação, 1838-1850**. Salvador: EDUFBA, 2009.

<sup>66</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia. In: GREEN, J.; QUINALHA, R. (org). **Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade**. São Carlos: EdUFScar, 2014, p. 274-299.

<sup>67</sup> FASSIN, Eric. **L'inversion de la question homosexuelle**. Paris: éditions Amsterdam, 2005.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BORRILLO, Daniel. De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el tribunal europeo de derechos humanos y la orientación sexual. **Revista de Estudios Jurídicos**, Jaén, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento 05/05/2011. Publicação 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento 13/11/2014. Publicação 10/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.302.467/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento 03/03/2015. Publicação 25/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento 28/10/2015. Publicação 11/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.318.459. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Publicação 29/08/2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. NOTA TÉCNICA NO 11/2017/PFDC/MPF. Brasília; DF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.537 - Medida Cautelar. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 21 de março de 2017. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-5537.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Justiça de transição, direito à memória e à verdade: boas práticas. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal; 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. – Brasília: MPF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4733. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. Publicação 06/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento 01/03/2018. Publicação 07/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 11/05/2020. Publicação 26/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 526/PR. Relatora Min. Carmen Lucia. Julgamento 11/05/2020. Publicação 03/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.045.273. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento 21/12/2020. Publicação 09/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 787. Decisão liminar do relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 28/06/2021. Publicação 30/06/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Evolução dos direitos da população LGBTQIA + é examinada em audiência pública. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/evolucao-dos-direitos-da-populacao-lgbtqia-e-examinada-em-audiencia-publica>. Acesso em 10 de abril de 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUZOLIN, Lúvia Gonçalves. Pluralismo político: o Poder Judiciário e os direitos LGBT. **Revista Direito GV**, v. 18, n. 1. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202206>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Madrid: Editora Zahar, 2017.

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Política**, n. 25, pp. 83-106. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000200008>. Acesso em: 17 mar. 2022.

FACCHINI, Regina et al. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos AEL**, 2003. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20788\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20788_arquivo.pdf). Acesso em: 10 abr. 2022.

FASSIN, Eric. **L'inversion de la question homosexuelle**. Paris: éditions Amsterdam, 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. Apagão de dados sobre violência contra LGBTQIA+ atinge ao menos sete estados, aponta pesquisa. Dhiego Maia, 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/apagao-de-dados-sobre-violencia-contr-lgbtqia-atinge-ao-menos-sete-estados-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Cadastro do SUS e sistema que emite certificado de vacina impedem uso de nome social**. Victoria Damasceno, 28 de janeiro de 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2022/01/cadastro-do-sus-e-sistema-que-emite-certificado-de-vacina-impedem-uso-de-nome-social.shtml>; acesso 10 abr. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. Câmara quer acelerar projeto que proíbe uso da palavra Bíblia fora de contexto. Ranier Bragon e Danielle Brant, 10 de março de 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/03/camara-vota-urgencia-a-projeto-que-proibe-uso-da-palavra-biblia-fora-de-contexto.shtml>. Acesso em: 10 abril. 2022.

G1. **Justiça do DF impede família de enterrar jovem trans com nome social.** Marília Marques, 02 de setembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/02/justica-do-df-impede-familia-de-enterrar-jovem-trans-com-nome-social.ghtml>. Acesso em: 10 abril 2022.

G1. **Bolsonaro diz que decisão do STF sobre homofobia foi ‘completamente equivocada’.** Guilherme Mazui, Roniara Castilho e Delis Ortiz, 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>. Acesso em 10 abr. 2022.

GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp. **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada.** Porto Alegre: Nuances/Sulina, 2003.

GOMES, Carla de Castro. **Propagação dos termos “ideologia de gênero” e “aborto” nas mídias digitais religiosas.** Observatório de Sexualidade e Política (SPW) Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, 2020. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2021/05/Ebook-Propaga%C3%A7%C3%A3o-20210405.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

GREEN, James; QUINALHA, Renan. (org). **Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade.** São Carlos: EdUFScar, 2014.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”: a emergência de um cenário político-discursivo e a elaboração de uma retórica reacionária antigênero. **Revista Psicologia Política**, vol. 18, n. 43, p.449-502. 2018.

KECK, Margaret. **PT – A lógica da diferença: o partido dos trabalhadores na construção da democracia brasileira.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. ISBN: 978-85-7982-029-8. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788579820298>. Acesso em: 17 mar. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 42, p. 77-100. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092000000100006>. Acesso em: 17 mar. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia. In: GREEN, J.; QUINALHA, R. (org). **Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade.** São Carlos: EdUFScar, 2014, p. 274-299.

MELLO, Luiz. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, set. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/N7rMg9HcrYSqcWhdppPCbvd/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

METRÓPOLES. Bolsonaro: casamento homoafetivo atacou coração dos cristãos do país. Flávia Said, 17 de abril de 2022. Disponível em <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/bolsonaro-casamento-homoafetivo-atacou-coracao-dos-cristaos-do-pais>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu**, n. 28, p. 101-128. 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100006>. Acesso em: 20 nov. 2015.

MORAN, Leslie J. **The homosexual(ity) of Law**. London: Routledge, 1996.

MOUNK, Yascha. **El pueblo contra la democracia**. Barcelona: Editorial Paidós, 2018.

OBSERVATÓRIO G. Cartório de Goiás contraria decisão do STF e recusa alteração de registro civil de mulher trans. Rangel Querino, 2019. Disponível em <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/cartorio-de-goias-contraria-decisao-do-stf-e-recusa-alteracao-de-registro-civil-de-mulher-trans>. Acesso em: 10 abr. 2022.

PAIM, Antonio. **Momentos decisivos da história do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PARKER, Richard. Estigmas do HIV/Aids: novas identidades e tratamentos em permanentes sistemas de exclusão. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, vol. 13, n. 3, 2019.

PELÚCIO, Larissa; PAZ, Diego. “A democracia sexual no coração da democracia”: A centralidade do gênero para a leitura do presente - entrevista com Éric Fassin. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu**, v. 23, n. e190258, p. 1–12, 2019.

QUINALHA, Renan. **Contra a moral e os bons costumes: a ditadura e a repressão à comunidade LGBT**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

RESENDE, Pâmela de Almeida. Da abertura lenta, gradual e segura à anistia ampla, geral e irrevogada: A Lógica do Dissenso na Transição Para a Democracia. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, vol.2, n. 2, p. 36-46, jun. 2014.

RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos humanos, transexualidade e “direito dos banheiros”. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 196-227, nov. 2015. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16715>. Acesso em: 17 abr. 2022.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. **civilistica.com**, v. 2, n. 2, p. 1-21, 24 jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/101/71>. Acesso em: 17 abr. 2020.

RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do “racismo social” à discriminação sexista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 169. ano 28. p. 321-345. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **A democracia impedida: o Brasil no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org.). **Justiça de transição e democracia**. Salvador: Sofia 10 Editora, 2021.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

TRINDADE, Eliane. Amor não tem gênero, diz mãe de menina trans de 7 anos. Folha de São Paulo, 6 mar. 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/redesocial/2022/03/amor-nao-tem-genero-diz-mae-de-menina-trans-de-7-anos.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

UOL. **Globo é atacada por desembargador: vulgar e enaltece homossexuais**. 9 mar. 2022. Disponível em <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2022/03/09/desembargador-ataca-tv-globo.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

WINTEMUTE, Robert. **Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter**. Oxford: Clarendon Press, 1995.



## Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária: uma proposta de solução do problema a partir da teoria da construção escalonada do direito de Merkl

### *Hierarchy between complementary and ordinary statutes: a proposal for a solution of the problem based on Merkl's theory of the staircase-like construction*

MATHEUS PELEGRINO DA SILVA<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)

mathpelegrino@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5182-1982>

**Recebido/Received:** 12.04.2022 / 12 April 2022

**Aprovado/Approved:** 28.10.2022 / 28 October 2022

#### Resumo

Utiliza-se a teoria da construção hierárquica do direito de Merkl para analisar e propor uma resposta à questão sobre o *status* hierárquico das leis complementares e ordinárias. Inicialmente as perspectivas tradicionais sobre o tema são apresentadas. Em seguida explica-se a teoria de Merkl sobre a estrutura hierárquica do direito. Por fim emprega-se a teoria de Merkl para tratar da questão sobre a hierarquia entre leis complementares e lei ordinárias.

**Palavras-chave:** estrutura hierárquica das leis; lei complementar; lei ordinária; teoria da construção escalonada; Adolf Merkl.

#### Abstract

*Merkl's theory of law's hierarchical structure is utilized to analyze and propose an answer to the question of the hierarchical status of complementary statutes and ordinary statutes. Initially the traditional views on the subject are presented. Then Merkl's theory of law's hierarchical structure is explained. Finally, Merkl's theory is employed in order to deal with the question about the hierarchical status of complementary statutes and ordinary statutes.*

**Keywords:** hierarchical structure of laws; complementary statutes; ordinary statutes; staggered construction theory; Adolf Merkl.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SILVA, Matheus Pelegrino da. Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária: uma proposta de solução do problema a partir da teoria da construção escalonada do direito de Merkl. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 681-706, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.85615.

\*Pós-doutorando junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Doutor em Filosofia pela UNISINOS. E-mail: mathpelegrino@hotmail.com

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** As posições da doutrina nacional sobre o problema da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; **3.** A teoria da construção escalonada do direito de Merkl e o processo de hierarquização das normas; **4.** Aplicação da teoria da construção escalonada de Merkl ao problema da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Um dos debates clássicos dentro do direito brasileiro é aquele sobre a eventual existência de uma relação hierárquica entre as espécies normativas lei complementar e lei ordinária. O presente texto almeja apresentar um modelo de argumento que permite tratar desse problema por meio do emprego de um elemento central da teoria do direito de Adolf Julius Merkl, sua teoria da construção escalonada do direito. Na primeira parte do artigo serão apresentados os principais argumentos oferecidos pela literatura a respeito da existência ou não de uma relação hierárquica de subordinação e superordenação entre lei ordinária e lei complementar. Posteriormente serão indicados os aspectos centrais da teoria da construção escalonada do direito de Merkl. Na terceira parte as ideias de Merkl sobre o tema serão empregadas para responder à questão sobre se no direito brasileiro lei complementar e lei ordinária se encontram ou não no mesmo patamar hierárquico. Por meio do desenvolvimento dessas etapas pretende-se ao final justificar uma conclusão obtida por meio da aplicação da teoria de Merkl, conforme a qual no ordenamento jurídico brasileiro lei complementar e lei ordinária se encontram em duas espécies de relações hierárquicas: tendo em vista a construção escalonada do direito que disciplina o poder de criar normas as duas espécies de normas estão no mesmo patamar hierárquico, tendo em conta a construção escalonada do direito que disciplina o poder de derogar normas as leis ordinárias são em certas circunstâncias hierarquicamente inferiores às leis complementares.

### 2. AS POSIÇÕES DA DOCTRINA NACIONAL SOBRE O PROBLEMA DA HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

Não existe unanimidade na doutrina nacional a respeito da questão da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Esse tema sempre atraiu atenção significativa dos doutrinadores pátrios e já gerou acaloradas discussões sobre o tema. Um primeiro passo a fim de tratar dessa matéria consiste em apresentar quais são as correntes teóricas a respeito da questão da hierarquia, assim como os argumentos oferecidos para embasar cada um dos entendimentos sustentados.



Pode-se encontrar na literatura três correntes teóricas sobre o tema da hierarquia entre lei ordinária e lei complementar<sup>1</sup>: a) sempre existe hierarquia entre as duas espécies de norma; b) nunca existe hierarquia entre as duas espécies de norma; c) haverá hierarquia entre as duas espécies de normas em certas circunstâncias. Logo abaixo são apresentados os argumentos vinculados a essas três correntes.

a) O argumento central a favor da ideia de que exista uma diferença hierárquica (uma relação de superordenação e subordinação) entre lei complementar e lei ordinária consiste em apontar que a aprovação de um projeto de lei complementar envolve requisitos mais exigentes do que aqueles exigidos para a aprovação de um projeto de lei ordinária. As leis complementares, ao contrário das leis ordinárias, exigem um *quorum* qualificado, a maioria absoluta dos votos nas duas Casas do Congresso, e por este motivo, conforme certos autores, as leis complementares seriam hierarquicamente superiores às leis ordinárias.<sup>2</sup> É nesse sentido que argumenta, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um tertium genus interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária [...] e a Constituição (e suas emendas). [...] A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento.*<sup>3</sup>

Refletindo a respeito desse argumento cumpre apontar que o maior grau de dificuldade para a aprovação de uma espécie normativa, em relação à outra espécie, *pode* (sob certas condições) ser empregado como critério para a afirmação de que existe

<sup>1</sup> Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Segurança jurídica e lei complementar. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 1, 2008, p. 180. CARVALHO, Rogério A. Fernandes de. A Consequência Jurídica do Conflito Normativo entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar Tributária. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, 2005, p. 440.

<sup>2</sup> Outro argumento, significativamente menos convincente, com respeito à existência de uma diferença hierárquica entre lei complementar e lei ordinária é o denominado "argumento topográfico". Conforme esse argumento, a forma como o art. 59 da Constituição Federal foi elaborado poderia ser vista como uma indicação de que leis complementares seriam hierarquicamente superiores às leis complementares, pois o inciso I refere a elaboração de emendas à Constituição, o inciso II refere a elaboração de leis complementares e o inciso III refere a elaboração de leis ordinárias. Uma vez que emendas à Constituição claramente são superiores às leis complementares e ordinárias, assim segue o raciocínio, deve-se concluir que a ordem de apresentação das espécies de normas que podem ser criadas refletiria uma relação hierárquica entre todas as espécies normativas. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 19. SCHMIDT, Felipe. Lei complementar e lei ordinária: os problemas da hierarquia e da revogação. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 13, n. 2, 2018, p. 103-105.

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 154-155 e 237.

uma diferença hierárquica entre as duas espécies de normas. O grau de dificuldade para a aprovação *pode* ser um critério hierarquizante, porém não precisa ser adotado como tal. Ele é um critério possível, porém não é um critério juridicamente estabelecido, visto que no ordenamento jurídico pátrio não existe qualquer norma que afirme que uma espécie normativa *deve ser* observada como hierarquicamente superior a outra, pois comparativamente a primeira espécie normativa envolve um grau maior de dificuldade para sua aprovação.

Se por um lado é verdade que o constituinte pretendia algo ao estabelecer um procedimento mais rigoroso para a aprovação de determinadas espécies de normas, isto por si só não justifica de forma necessária a afirmação de que tal espécie normativa é hierarquicamente superior a alguma outra espécie normativa. Essa afirmação de uma diferença hierárquica apenas é possível após a realização de uma petição de princípio, após ter-se (sem justificativa jurídica, sem base em norma jurídica) aceito que o grau de dificuldade quanto à aprovação das normas é um critério relevante para estabelecer a hierarquia entre tais normas. É *possível* referir esse raciocínio do grau de dificuldade ao argumentar em favor da ideia de uma hierarquia das normas jurídicas, porém tal raciocínio não torna obrigatória a conclusão de que se uma espécie normativa é mais difícil de ser aprovada do que a outra, esta primeira espécie normativa *deve (juridicamente) necessariamente* ser considerada hierarquicamente superior à outra.

Além disso, o critério do grau de dificuldade também gera problemas práticos, os quais podem ser ilustrados por meio de três questões. O número de votos exigidos para aprovar uma lei estadual é maior do que o número de votos exigidos para que uma medida provisória seja aprovada. Isso significa que leis estaduais são hierarquicamente superiores às medidas provisórias? Duas leis complementares foram aprovadas, sendo que uma foi aprovada pelo número mínimo de votos necessários, ao passo que a outra foi aprovada de forma unânime. Isso significa que uma dessas leis é hierarquicamente superior à outra? E se a lei aprovada de forma unânime era uma lei ordinária, ela será superior ou inferior à lei complementar que foi aprovada pelo número mínimo de votos exigido para sua aprovação?

Por fim cumpre referir dois outros argumentos em favor dessa hipótese, ambos defendidos por Hugo de Brito Machado.

O principal argumento de Machado em favor da diferença hierárquica entre lei complementar e ordinária envolve o enfrentamento da questão de ser possível disciplinar por meio de lei complementar uma matéria, a qual a Constituição não estabeleceu que deveria ser tratada por lei complementar. O elemento central do argumento de Machado em favor dessa possibilidade envolve a afirmação de que seria um “equivoco [...] considerar que (a) só é exigível lei complementar para o trato das matérias constitucionalmente a elas reservadas e (b) só é cabível lei complementar para o trato de

matérias constitucionalmente a ela reservadas” seriam expressões sinônimas, pois segundo o referido autor “tais afirmações dizem coisas inteiramente diferentes”<sup>4</sup>.

Machado afirma que o fato de a Constituição não referir a necessidade de lei complementar para disciplinar certas matérias não deve ser compreendido como uma vedação, mas sim como mera oferta de possibilidades ao legislador. Nos casos em que a Constituição não demanda lei complementar, mas apenas lei, argumenta o autor, ela pretende deixar ao legislador a escolha sobre qual espécie normativa será empregada. Machado rejeita uma crítica elaborada por parte da doutrina argumentando da seguinte maneira:

*Os defensores da tese de que somente se qualifica como lei complementar aquela que trata das meterias [sic] constitucionalmente reservadas a essa espécie normativa argumentam, ainda, com a impossibilidade de ampliação da reserva constitucional. Dizem que a lei complementar não pode ampliar as matérias a ela reservadas. [...] Ocorre que a lei complementar, ao tratar de matérias não reservadas a essa espécie normativa, em nada altera a Constituição Federal. As matérias reservadas à lei complementar continuam sendo as mesmas, sem qualquer ampliação. Ocorre é que a Constituição não contém reserva de lei ordinária, que tem para seu trato um campo residual. Assim, nada impede que a lei complementar trate de matéria que não esteja a ela reservada, entrando, assim, no campo residual da lei ordinária. E, quando isto ocorre, a matéria que estava no campo residual e foi tratada por lei complementar ganha realmente a rigidez própria dessa espécie normativa não porque a Constituição tenha sido alterada, mas porque a lei complementar é uma espécie hierarquicamente superior à lei ordinária.*<sup>5</sup>

O ponto central do argumento de Machado em favor da possibilidade de lei complementar tratar de matéria não reservada pela Constituição à lei complementar é a afirmação de que a inexistência, na Constituição, de uma vedação expressa de tal situação deve ser interpretada como uma autorização implícita. Nesse sentido ele também afirma que “se o constituinte tivesse pretendido que a lei complementar não tratasse de matérias outras, limitando-se àquelas reservadas a essa espécie normativa, deveria tê-lo dito, e não o fez”<sup>6</sup>.

Machado pretende afirmar que a inexistência de uma vedação expressa corresponde à existência de uma autorização implícita, razão pela qual não se estaria ampliando a reserva constitucional de matérias que podem ser disciplinadas por lei complementar. Curiosamente, ele também admite que caso uma lei complementar trate de matéria que conforme a Constituição poderia ser tratada por meio de lei ordinária,

<sup>4</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 139.

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155-156.

<sup>6</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

então “a matéria que estava no campo residual e foi tratada por lei complementar ganha realmente a rigidez própria dessa espécie normativa”<sup>7</sup> Essa conclusão indica o grande problema com respeito à tese de que a inexistência de vedação expressa deveria ser compreendida como a presença de uma autorização implícita. Esse problema se torna visível quando se descreve uma situação hipotética: (1) A Constituição afirma que certa matéria M pode ser tratada por lei ordinária. (2) Conforme a Constituição, a matéria tratada por lei complementar não pode ser modificada por lei ordinária. (3) A matéria M foi tratada por lei complementar. (4) Logo, a matéria M não pode ser tratada por lei ordinária.

Em síntese, a hipótese defendida por Machado, a ideia de que não existiria na Constituição um rol exaustivo de matérias que podem ser tratadas por lei complementar, conduz à conclusão de que a Constituição contém prescrições contraditórias, visto que por um lado ela afirma que certa matéria pode ser tratada por lei ordinária (afirmação 1), mas por outro ela também afirma que esta mesma matéria não pode ser tratada por lei ordinária (afirmação 4). Por *reductio ad absurdum* percebe-se que não é possível tratar a ausência de uma estipulação expressa afirmando a existência de uma vedação como correspondendo à existência de uma autorização implícita. A leitura do texto constitucional que se compromete com a busca da identificação de um conjunto consistente de normas jurídicas, um conjunto de normas que não se contradizem direta ou indiretamente (tal como ocorre quando se admite a hipótese defendida por Machado), precisa admitir que existe a necessidade de interpretar o fato de a Constituição não referir a necessidade de lei complementar para disciplinar certas matérias como correspondendo a uma vedação. A fim de preservar o conjunto de sentido das normas constitucionais é preciso entender que a Constituição, de forma indireta, estabeleceu que apenas se pode tratar por meio de lei complementar daquelas matérias expressamente referidas pela Constituição.

O outro argumento do referido autor consiste em apontar que caso exista a possibilidade de uma lei complementar ser tratada como se fosse lei ordinária, por ter ela tratado de matéria não reservada a lei complementar, então existiria grande insegurança jurídica com respeito à natureza das normas contidas em leis complementares, pois poderia existir dúvida sobre se estas normas de fato estavam tratando de matéria reservada a lei complementar, de tal modo que elas deveriam ser tratadas como possuindo este *status*, ou se elas estariam tratando de matéria não reservada a lei complementar, e, portanto, teriam de ser tratadas como se fossem normas previstas em lei ordinária. Caso se considere lei complementar toda lei formalmente aprovada conforme o requisito de *quorum* estabelecido na Constituição, argumenta Machado, sempre haverá segurança com respeito ao *status* das normas de tais leis: “é inaceitável a tese segundo a

<sup>7</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156.

qual a qualificação da lei complementar depende da matéria da qual se ocupe, porque a mesma instaura grave insegurança jurídica”<sup>8</sup>

Contra esse último argumento pode-se apontar que se por um lado é verdade que a segurança jurídica é um valor afirmado pela Constituição, por outro tal valor não pode ser visto como o valor supremo do direito brasileiro. E se de fato é assim, então o fato de que pode existir dúvida com respeito ao *status* de uma norma, sobre se tal norma deve ser tratada como possuindo a natureza de lei complementar ou ordinária, não deve ser considerado razão suficiente para deixar de levar em conta o fato de que a lei complementar disciplinou matéria que não deveria ser disciplinada por lei complementar, mas sim por lei ordinária.

b) O argumento no sentido de que nunca existe hierarquia entre as duas espécies de norma se apoia, por um lado, na rejeição da teoria de que um processo de aprovação mais rigoroso justificaria a afirmação da superioridade hierárquica, e, por outro, na análise do fundamento da validade das leis ordinárias e das leis complementares.

Celso Ribeiro Bastos pode ser visto como um dos grandes defensores dessa posição. Quanto à rejeição da hipótese de que um processo legislativo mais rigoroso justificaria a diferenciação hierárquica ele afirma que não se deve confundir a exigência de maior ponderação estabelecida pelo constituinte ao serem elaboradas normas sobre determinados temas, com a afirmação (distinta desta exigência) de que existiria uma diferença hierárquica entre as duas espécies de normas.<sup>9</sup>

Com relação a esse argumento, chega-se no final a um impasse: ou se adota o critério da positividade e se aceita o argumento que rejeita a possibilidade de hierarquizar as espécies normativas, pois o ordenamento não estabeleceu que o *status* hierárquico das diversas espécies de normas será determinado em virtude dos requisitos estabelecidos para a aprovação das mesmas, ou se interpreta a presença de diferentes requisitos para a aprovação das diferentes espécies de normas, o fato de que a aprovação de algumas normas é (ao menos formalmente) mais difícil do que de outras, como fundamento para afirmar certo *télos* subjacente a tais requisitos, a meta de estabelecer uma hierarquia entre as diferentes espécies normativas.

O outro argumento contra a existência de uma hierarquia entre lei ordinária e lei complementar opera por meio de uma reflexão sobre o fundamento de validade de cada uma das espécies normativas, assim como sobre o fundamento da afirmação de que existe ou não uma relação hierárquica de superordenação e subordinação entre duas espécies normativas. Precisamente nesse sentido escreve Michel Temer:

<sup>8</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 238. No mesmo sentido, cf. p. 120-121.

<sup>9</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei Complementar**. Teoria e Comentários. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 25.

*Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade. Aliás, podemos falar nesse instrumento chamado lei, porque a Constituição o cria. [...] Pois bem, se hierarquia assim se conceitua, é preciso indagar: lei ordinária, por acaso, encontra seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora, na lei complementar? Absolutamente, não! A leitura do art. 59, III, indica que as leis ordinárias encontram seu fundamento de validade, seu ser, no próprio Texto Constitucional, tal qual as leis complementares que encontram seu engate lógico na Constituição. Portanto, não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.<sup>10</sup>*

Em síntese, Temer afirma o seguinte: visto que tanto as leis complementares quanto as leis ordinárias são válidas em virtude de normas constitucionais, ou seja, são válidas, pois são o produto da aplicação de normas constitucionais que regulam como serão criadas leis ordinárias e leis complementares, não existe razão para afirmar que uma destas espécies de lei é hierarquicamente superior à outra.

Por ora cumpre apenas demarcar esse que é o argumento central daqueles que rejeitam a diferença hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. Esse argumento será retomado na próxima seção, quando então será explicado sob qual perspectiva ele se mostra correto (a saber, à luz da denominada construção escalonada conforme as condições de validade), assim como por quais motivos ele não pode ser aceito de forma irrestrita.

c) A terceira posição sobre o tema afirma que existe uma distinção hierárquica entre as duas espécies de normas em certas circunstâncias, porém não em todas as circunstâncias. Dentro da literatura especializada é possível identificar dois argumentos distintos que apoiam essa posição.

c.1) Um argumento em favor da diferenciação hierárquica *em certas circunstâncias* envolve a afirmação de que uma lei ordinária seria hierarquicamente inferior a uma lei complementar, porém *apenas* naquelas situações em que a existência da lei ordinária em questão estivesse condicionada à prévia existência de uma lei complementar, a qual ofereceria o fundamento jurídico para a criação da lei ordinária. Assim, e seguindo um argumento estruturalmente semelhante àquele anteriormente referido e que foi

<sup>10</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148-149. No mesmo sentido, cf MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 750. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 533. Os elementos centrais do raciocínio de Temer já haviam sido referidos por Borges, quem, porém, defende outra posição quanto à questão da hierarquia, tal como será apontado ao se tratar da terceira posição sobre o tema. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 56.

defendido por Michel Temer, se uma lei ordinária foi criada por meio da aplicação de uma lei complementar e tal lei apenas poderia ser criada sob tais condições, então tal lei ordinária seria hierarquicamente inferior à lei complementar. Por outro lado, aquelas leis ordinárias que podem ser criadas sem a necessidade de se basear nos parâmetros e conteúdos estabelecidos em lei complementar prévia estariam no mesmo patamar hierárquico que as leis complementares.

Essa concepção é defendida por Borges quando ele afirma que existem “dois grupos básicos de leis complementares: 1º) leis complementares que fundamentam a validade de atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); 2º) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos”.<sup>11</sup> Conforme Borges, um exemplo de lei complementar que não fundamenta a validade de outro ato normativo pode ser encontrado no texto do art. 79, parágrafo único, da Constituição Federal: “O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais”.<sup>12</sup> Em uma situação como essa, seguindo o raciocínio do referido autor, a lei complementar que vier a ser criada não será um meio para a criação de outras normas gerais, não será aplicada para que seja criada, por exemplo, uma lei ordinária. Ao contrário, tal lei cumprirá a função de indicar atribuições ao Vice-Presidente.

Ainda buscando ilustrar o argumento de Borges pode-se elaborar o seguinte exemplo de lei complementar que (conforme a posição deste autor) fundamenta e *condiciona* a validade, a criação válida de outra espécie normativa. O art. 146 da Constituição Federal afirma o seguinte: “Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies”. Esse dispositivo foi pertinente, por exemplo, para elaborar a Lei Complementar nº 70/1991, a qual institui uma espécie de tributo, a denominada contribuição social para financiamento da seguridade social (COFINS). Essa lei complementar, por sua vez, foi pertinente (e, conforme Borges, foi aplicada, serviu de base) para a elaboração da Lei Ordinária nº 9.718/1998.

Assim, conforme o argumento de Borges uma norma como a do art. 8º da referida lei ordinária, a qual estabelece que “[f]ica elevada para três por cento a alíquota da COFINS”, é uma norma válida, pois a lei ordinária que a estabelece foi criada graças à aplicação de uma lei complementar, a qual instituiu a COFINS e teria tornado possível, posteriormente, a regulação da alíquota em questão por meio de lei ordinária. Conforme Borges, tendo em vista o disposto no art. 146, III, *a*, da Constituição Federal,

<sup>11</sup> BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 83.

<sup>12</sup> Borges refere um dispositivo quase idêntico a esse, o qual estava presente no § 2º do art. 77 da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1 de 1969. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 88-89.

caso não existisse a lei complementar que instituiu a COFINS, então não seria possível regular aspectos desta contribuição por meio de lei ordinária, a qual (segundo o autor) apenas poderia tratar desta matéria quando lei complementar prévia houvesse instituído a contribuição em questão.

O problema com o argumento de Borges, o argumento sobre a relativa inferioridade hierárquica da lei ordinária em relação à lei complementar, consiste na suposição de que uma lei ordinária, a qual trata validamente de certos aspectos de uma matéria que precisa ter certos outros aspectos tratados por lei complementar – seguindo com o exemplo, a lei ordinária trata validamente de um aspecto da matéria tributação ao determinar qual será a alíquota de uma contribuição, ao passo que a lei complementar trata validamente de outro aspecto, ela institui uma espécie de contribuição –, possui sua existência condicionada à existência da lei complementar pertinente.

Esse problema do argumento de Borges pode ser notado quando se reflete a respeito da seguinte situação hipotética: imagine-se que a Lei Complementar nº 70/1991 nunca existiu e que a Lei Ordinária nº 9.718/1998 foi promulgada, afirmando seu art. 8º que a alíquota do COFINS será de três por cento. A lei ordinária em questão foi elaborada e aprovada com observância absoluta dos requisitos para a aprovação de leis ordinárias. Ela não é inconstitucional e ela não contraria qualquer norma infraconstitucional. Por qual motivo seria possível afirmar que tal lei não é válida? Ela é válida. Caso não exista uma lei complementar que institua a COFINS a lei ordinária em questão não é aplicável, ela não é eficaz.<sup>13</sup> Contudo, a ineficácia de uma lei não é sinônimo da sua invalidade, assim como a eficácia de uma lei não é requisito para que uma lei seja válida no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, não é correto afirmar que uma lei ordinária apenas pode ser válida caso exista lei complementar que satisfaça as condições necessárias para a eficácia técnica desta lei, tal como seria o caso, por exemplo, seguindo o argumento de Borges, quanto à necessidade de uma lei complementar que institua a COFINS. Caso não se modifique completamente o critério para a afirmação de relações hierárquicas, caso não se passe a empregar a eficácia concreta das normas como critério hierárquico, não é possível afirmar que certas leis complementares são hierarquicamente superiores a certas leis ordinárias, tal como defendido por Borges.

<sup>13</sup> Em uma situação como essa se verifica um problema com respeito à eficácia técnica da lei em questão. Sobre essa espécie de eficácia das normas jurídicas Tercio Sampaio Ferraz Jr. comenta: “Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, nesse caso, a necessidade de enlaces entre diversas normas, sem os quais a norma não pode produzir efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se, então de eficácia ou ineficácia técnica. [...] A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 161.



c.2) O outro argumento em favor da diferenciação (e relativa superioridade hierárquica) das leis complementares em relação às leis ordinárias trata de um aspecto distinto desta espécie normativa. Nesse caso, leva-se em consideração se a lei complementar elaborada foi o produto da aplicação de uma norma constitucional que estabeleceu que determinada matéria deve ser disciplinada por meio de lei complementar, ou se tal lei complementar foi elaborada para tratar de uma matéria que poderia ter sido tratada através de lei ordinária. Conforme essa posição, a diferença hierárquica existiria apenas quando a lei complementar fosse elaborada para aplicar norma constitucional que havia estipulado a necessidade de regulação por meio de lei complementar.

No contexto dessa diferenciação aborda-se a questão de a lei complementar tratar de matéria reservada a lei complementar ou de matéria que pode ser tratada por meio de lei ordinária. Conforme sustentado tanto por parte da doutrina<sup>14</sup>, quanto pela jurisprudência do STF (tal como citado logo abaixo), apenas devem ser tratadas de fato como leis complementares aquelas leis que disciplinam matéria reservada a lei complementar. As principais considerações sobre essa corrente teórica podem ser encontradas no seguinte trecho de um voto do Ministro Moreira Alves:

*[...] essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar n. 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresse da Constituição, à Lei complementar. A jurisprudência desta Corte [...] se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.<sup>15</sup>*

Quanto a esse argumento a respeito da diferenciação hierárquica, por ora (o tema será retomado na terceira seção) cabe referir que *caso se adote* a premissa de que leis complementares são superiores às leis ordinárias naquelas situações em que as segundas têm sua validade condicionada pelas primeiras, então, na medida em que uma

<sup>14</sup> Cf. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo**. Niterói: Impetus, 2003, p. 199-200. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-190.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade no 1. Voto do relator, Min. Moreira Alves. Ação julgada em 01/12/93, p. 123-124. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

lei complementar não cumpre tal função, pois a mesma matéria poderia ser tratada por lei ordinária que independe de lei complementar para sua validade, deve-se reconhecer que de fato a lei complementar que trata de matéria que pode ser disciplinada por lei ordinária não é hierarquicamente superior às leis ordinárias.

Nesse contexto é pertinente referir a posição de Ataliba a respeito da situação inversa, da situação em que se pretende disciplinar por meio de lei ordinária uma matéria que a Constituição estabeleceu que deve ser tratada por meio de lei complementar:

*Consiste a superioridade formal da lei complementar – como em geral das normas jurídicas eminentes, em relação às que lhes são inferiores – na impossibilidade jurídica de a lei ordinária alterá-la ou revogá-la. Nula é, pois, a parte desta que contravenha disposição daquela. Inversamente, a lei complementar revoga e altera a ordinária, impondo em outros casos absoluto afeiçoamento desta àquela, pelo menos quanto ao espírito.<sup>16</sup>*

Considerando o que foi acima afirmado pode-se sintetizar a questão da possibilidade de uma lei ordinária revogar uma lei complementar, assim como a questão da alternativa inversa, por meio das seguintes observações: a) uma lei ordinária nunca possui capacidade jurídica para revogar uma lei complementar que foi criada dentro dos parâmetros (formais e materiais, respectivamente, os parâmetros do *quorum* e da matéria disciplinada) estabelecidos pela Constituição para a criação de lei complementar; b) uma lei complementar que invadir a esfera previamente disciplinada por lei ordinária possui a capacidade de revogar esta lei, porém apenas graças ao disposto no art. 2º, § 1º, da LINDB (*lex posterior derogat legi priori*), e não em virtude de ser uma lei complementar, visto que em tal circunstância a lei complementar deve ser tratada como se fosse lei ordinária; c) caso uma lei complementar trate em algumas de suas normas de matéria para a qual a Constituição demandou lei complementar, e trate em outras de suas normas de matéria que pode ser disciplinada por lei ordinária, este segundo conjunto de normas da lei complementar pode ser revogado através de lei ordinária, ele será tratado como se houvesse sido estabelecido por lei ordinária.

Em síntese, conforme essa corrente doutrinária em certas circunstâncias a lei complementar será hierarquicamente superior à lei ordinária, pois imporá limites às leis ordinárias que tratam de certas matérias.

<sup>16</sup> ATALIBA, Geraldo. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 29. No mesmo sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 247. Essa posição da doutrina encontra-se confirmada pelo STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 556.664-1/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 12/06/2008, p. 1886. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

### 3. A TEORIA DA CONSTRUÇÃO ESCALONADA DO DIREITO DE MERKL E O PROCESSO DE HIERARQUIZAÇÃO DAS NORMAS

Ao analisar a questão da hierarquia entre lei ordinária e lei complementar alguns autores costumam referir a teoria da construção escalonada do direito de Hans Kelsen.<sup>17</sup> Entretanto, conforme se pretende argumentar a seguir, o mais adequado para tratar do tema analisado neste artigo não é recorrer à versão dada por Kelsen à teoria da construção escalonada do direito<sup>18</sup>, mas sim à versão original desta teoria, de autoria de Adolf Julius Merkl.<sup>19</sup>

Com sua teoria da construção escalonada do direito Merkl busca apontar uma propriedade que costuma ser identificada quando se analisa os ordenamentos jurídicos, o fato de que em regra os ordenamentos se encontram configurados com o formato de uma construção escalonada, sendo que isto ocorre ainda que a “construção escalonada do direito” não seja “algo imanente ao direito, algo que o estabelecimento

<sup>17</sup> Exemplificativamente, cf. BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 82. FERREIRA, Luiz Pinto. Lei Complementar – I. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 497. Cumpre também destacar que Luiz Pinto Ferreira refere o nome de Merkl, porém não faz qualquer menção à teoria de Merkl das várias construções escalonadas do direito ou à obra em que esta teoria é apresentada, os *Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito*. Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>18</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 396. Kelsen comenta que “a teoria da construção escalonada de Merkl tornou-se uma parte essencial da teoria pura do direito que defendo [Kelsen], e por isso se deve ver Adolf Merkl como um de seus cofundadores”. KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, Band X, 1960, p. 313. Esse e todos os textos em que não é indicado o tradutor constituem traduções originais.

<sup>19</sup> Sobre a teoria da construção escalonada do direito de Merkl podem ser referidas as seguintes obras: BEHREND, Jürgen. **Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolfs Merkl und Hans Kelsens**. Berlin: Duncker & Humblot, 1977. BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 91-120. BOROWSKI, Martin. Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael (Hrsg.). **Hans Kelsen**. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 122-159. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 197-214. GRAGL, Paul. **Legal Monism**. Law, Philosophy, and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 78-99. JESTAEDT, Matthias. **Grundrechtsentfaltung im Gesetz**. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 298-320. MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992, pp. 37-46. ÖHLINGER, Theo. **Der Stufenbau der Rechtsordnung**. **Rechtstheoretische und ideologische Aspekte**. Wien: Manz, 1975. PAULSON, Stanley L. How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law. **Revus**, [s.l.], n. 21, 2013, pp. 29-45; PAULSON, Stanley L. Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Adolf J. Merkl**. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 93-105. SCHILLING, Theodor. **Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen**. Berlin: Berlin-Verlag Spitz, 1994, p. 401-422. SILVA, Matheus Pelegrino da. **Kelsens Theorie der Rechtskenntnis**. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 101-122. WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2. unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974. WIEDERIN, Ewald. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In: GRILLER, Stefan; RILL, Heinz-Peter (Hrsg.). **Rechtstheorie**: Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung. Wien: Springer, 2011, p. 81-134.

do direito sempre precise aceitar, mas sim [...] um produto arbitrário do ordenamento jurídico, [algo] capaz de modificação”.<sup>20</sup>

No pensamento de Merkl a teoria da construção escalonada do direito opera como a via para explicar de que forma ocorre o processo de criação e aplicação do direito. Esse processo, observa Merkl, indica que em regra as normas podem ser observadas como possuindo uma face dupla, eis que uma mesma norma pode ser vista tanto como o resultado da criação do direito, do direito que foi criado através de tal norma, quanto como o resultado da aplicação do direito, da aplicação daquelas normas jurídicas que regulam como outras normas serão criadas.<sup>21</sup> Quando esse processo de criação e aplicação do direito ocorre, quando essa “autocriação (escalonada) do direito”<sup>22</sup> tem lugar, também se observa que o processo opera a partir de certas áreas de criação possível do direito, as quais possuem extensões distintas. É precisamente isso o que justifica que se refira ao ordenamento jurídico por meio da figura de uma construção escalonada, uma construção com patamares de diferentes extensões, tal como uma “pirâmide”.<sup>23</sup>

Pode-se ilustrar essas ideias da construção escalonada e da face dupla das normas através do seguinte exemplo: o Código Penal é criado a partir de uma autorização prevista na Constituição para a criação do Código Penal. Quando certa norma sobre a punição de determinado delito é criada e incluída no Código Penal, o legislador *aplica* uma norma constitucional que permitia a ele estabelecer tipos penais e suas penas, ao mesmo tempo em que ele *cria* uma nova norma. Assim, a norma criada possui uma face dupla, pois ela pode ser observada como o produto da *criação do direito*, da criação do novo tipo penal, mas também como o produto da *aplicação do direito*, das normas constitucionais aplicadas quando se criou o tipo penal em questão. Antes da criação dessa nova norma existia hipoteticamente, em potência, uma pluralidade maior de penas possíveis para uma determinada conduta (uma área mais ampla à disposição

<sup>20</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 299. Para a versão em alemão desse texto: MERKL, Adolf Julius. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl**. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 482. A partir de agora esses textos serão referidos, respectivamente, com os termos Prolegômenos e Prolegomena, seguidas das páginas correspondentes.

<sup>21</sup> Cf. MERKL, Adolf Julius. “O direito à luz de sua aplicação”. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 154. Para a versão em alemão desse texto: Id. “Das Recht im Lichte seiner Anwendung”. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl**. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 234.

<sup>22</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 293; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 475.

<sup>23</sup> MERKL, Adolf Julius. O direito à luz de sua aplicação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018, p. 149. Para a versão em alemão desse texto: MERKL, Adolf Julius. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl**. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 228.

do legislador infraconstitucional), agora existe de fato apenas uma pequena margem sobre o tema, aquela prevista no Código Penal, aquele intervalo de penas indicado, por exemplo, na previsão de uma pena de reclusão de um a três anos.

Dessa forma, uma sentença que condena um indivíduo pela prática dessa conduta tipificada não tem que levar em conta apenas a previsão genérica, contida na Constituição, de que o legislador pode criar tipos penais e estabelecer penas, mas também aqueles limites estabelecidos no tipo penal de fato criado. Essa última margem é significativamente menor do que aquela dada ao legislador para regular condutas por meio de normas penais, e é por este motivo que se fala em uma construção escalonada do direito, pois as normas de um patamar normativo (p. ex., as normas da Constituição Federal) oferecem um espaço de manobra que será maior do que o oferecido pelas normas do patamar normativo subsequente (p. ex., as normas do Código Penal). Com outras palavras, o espaço de manobra possível atribuído ao legislador é significativamente maior do que o espaço de manobra oferecido ao juiz. O legislador pode criar novos tipos penais e novos limites das suas penas, o juiz somente pode decidir sobre qual será a pena concreta dentro de limites previamente estabelecidos, a primeira autoridade está limitada pela Constituição, a outra está limitada tanto pela Constituição, quanto pela legislação.

Um desdobramento da ideia central de que as normas (em regra) possuem uma face dupla e que o direito se cria (*"autocriação (escalonada) do direito"*) consiste na afirmação da existência da dinâmica jurídica, na afirmação de que existe um processo de modificação do ordenamento jurídico, o qual ocorre por meio da criação (ou revogação) de normas jurídicas. A fim de explicar esse processo Merkl emprega a ideia de que para descrever o processo de autocriação do direito é preciso diferenciar as normas em espécies, visto que diferentes espécies de normas ocuparão (em certos casos) diferentes degraus na construção escalonada. Merkl indica essas diferentes espécies de normas jurídicas por meio da expressão "formas da proposição jurídica"<sup>24</sup>, assim como afirma que as normas jurídicas "se manifestam em um processo jurídico, o qual conduz [...] de um ato para outro, por meio de formas distintas da proposição jurídica"<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Sobre o tema, cf. LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000, p. 386-400.

<sup>25</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 293; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 446. Sobre o vínculo da categoria "formas da proposição jurídica" com a ideia de que o ordenamento jurídico possui uma estrutura escalonada também é afirmado o seguinte: "O ordenamento jurídico é uma soma das proposições jurídicas inter-relacionadas. Uma análise estrutural do ordenamento jurídico reconhece em suas proposições jurídicas não somente um número virtualmente inexaurível de *conteúdos jurídicos*, mas também um número, ainda que muito limitado, de *formas jurídicas*, ou, mais precisamente, de *formas da proposição jurídica*. Não somente cada proposição jurídica particular possui um conteúdo distinto daquele de todas as outras proposições jurídicas, mas também [ocorre que] um grupo de proposições jurídicas possui uma forma que difere de todas [as formas] dos outros grupos de proposições jurídicas; do ponto de vista formal, essa diferença de formas é precisamente a via de agrupamento." MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 257; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 437.

Dessa maneira, quando se está diante de uma norma da espécie “emenda à Constituição”, “lei ordinária”, “medida provisória” etc., está-se diante de normas que exibem diferentes formas da proposição jurídica, pode-se verificar que as normas em questão não são diferentes umas das outras apenas em virtude do conteúdo, mas também em razão da espécie de norma que contém certo conteúdo normativo, de tal modo que se pode classificar uma norma como pertencendo a certa espécie normativa (como dotada de certa “forma da proposição jurídica”, empregando a terminologia de Merkl), pois se leva em conta os requisitos, as condições de validade estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico para a criação de uma norma desta espécie normativa.

Partindo da constatação de que o ordenamento jurídico possui uma pluralidade de formas da proposição jurídica (uma pluralidade de espécies de normas, as quais são classificadas tendo em conta requisitos estabelecidos pelo próprio direito), bem como da constatação de que o ordenamento possui uma estrutura escalonada, Merkl irá explicar de que forma as diferentes espécies de normas jurídicas se relacionam umas com as outras. Tal como indicado na passagem abaixo, a teoria de Merkl vincula os dois elementos acima indicados, a ideia de que o ordenamento jurídico possui diferenças hierárquicas, diferentes degraus, e a ideia de que a posição de uma determinada norma dentro da construção escalonada – o posicionamento desta norma em um ou outro degrau – será determinada tendo em vista que espécie de norma ela é, qual forma da proposição normativa ela possui:

*Do ponto de vista conceitual, as normas jurídicas de degraus distintos são igualmente normas jurídicas, possuem o mesmo valor em termos de realização da ideia de direito. Porém, elas não se diferenciam meramente por meio da diferenciação gradual do conteúdo da norma, mas também por meio de suas diferentes condições de validade e de suas diferentes forças [em termos de] validade. Uma lei, por exemplo, deve sua validade meramente à constituição, e, novamente, uma sentença judicial ou um ato administrativo não [devem sua validade] meramente à constituição, mas também a atos do degrau da lei. [...] entre as normas dos diferentes degraus não existem apenas diferenças de forma e conteúdo, mas também diferenças de grau, as quais, na série das formas da proposição jurídica, mostram-se como estruturadas com a forma de degraus. No mundo jurídico não impera apenas uma igual ordenação entre os tipos de proposição jurídica individuais, mas também – entre outros tipos de proposição jurídica – [uma] super e subordenação. Para esse [mundo], a construção jurídica escalonada [se apresenta como] uma figura de linguagem.<sup>26</sup>*

Nessa passagem Merkl destaca que um critério decisivo (logo abaixo se tratará de outro critério) para determinar em qual degrau da construção escalonada uma norma se encontra, qual é sua posição na hierarquia normativa, é aquele das relações de

<sup>26</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 296-297; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 479-480.

condicionalidade. Uma das construções escalonadas do direito, uma das hierarquias normativas possíveis, tal como refere Merkl, é aquela que considera as “*condições de validade*” de uma norma, “suas *diferentes forças* [em termos de] *validade*”. Nesse caso, o elemento central para identificar um *status* hierárquico de uma norma consiste em buscar identificar o que condiciona a validade desta espécie de norma. Exemplificativamente, se uma lei ordinária pode ser criada desde que se apliquem as normas constitucionais e uma resolução da ANATEL<sup>27</sup> depende tanto da aplicação das normas constitucionais, quanto da aplicação de uma lei, então se pode afirmar uma diferença hierárquica entre as duas espécies normativas. Assim, tendo em vista a *construção escalonada conforme as “condições de validade”*, o poder de criar direito válido, pode-se afirmar uma diferença hierárquica entre a lei ordinária e a resolução da ANATEL. Lei ordinária e resolução são “tipos de proposição jurídica” que se encontram em diferentes degraus da construção escalonada conforme as “*condições de validade*”, pois um destes tipos tem sua criação dependente de um certo número de condições, enquanto o outro tipo precisa preencher um número maior de condições a fim de vir a existir validamente.

Além dessa ideia de que as condições de validade são um critério para a descrição de uma construção escalonada Merkl introduz a ideia de que em certas circunstâncias concretas a representação mais adequada do ordenamento jurídico exige o emprego de mais de uma construção escalonada, pois se pode identificar “dentro de um e do mesmo ordenamento de direito do Estado várias sequências jurídicas de degraus com diferentes sequências de degraus jurídicos”.<sup>28</sup> Essa possibilidade de existirem “várias sequências jurídicas de degraus” distintas em um mesmo ordenamento jurídico corresponde à afirmação da possibilidade (e eventual necessidade, neste caso em virtude das características de um ordenamento jurídico específico) de descrever o ordenamento jurídico através de diferentes construções escalonadas.<sup>29</sup> Merkl afirma a existência dessa possibilidade, pois as relações hierárquicas entre as mesmas espécies normativas podem ser descritas de diferentes maneiras, tendo em vista diferentes parâmetros, “condições”, ou seja, não considerando apenas as “*condições de validade*”, as condições para que uma norma de certa espécie seja válida, mas também as condições para que uma norma de certa espécie derroque outra norma:

<sup>27</sup> Pode-se ilustrar essa situação referindo as primeiras linhas do texto da Resolução 426/2005 da ANATEL: “O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, [...] RESOLVE: Art. 1º Aprovar o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado. [...]”.

<sup>28</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 297; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 480. No sentido dessa posição afirma Robert Walter “que Merkl tem em vista *duas ordens escalonadas distintas*: uma ordem escalonada conforme a força derogatória e uma conforme a condicionalidade jurídica.” WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2. unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974, p. 54.

<sup>29</sup> O fato de Merkl afirmar a possibilidade de existirem várias construções escalonadas consiste na principal diferença entre a sua teoria da construção escalonada e aquela defendida por Kelsen, na qual a pluralidade de construções escalonadas não é referida.



*A série das proposições jurídicas condicionantes e condicionadas se põe primeiramente como uma série graduada – figurativamente falando, como hierarquia de atos superiores e inferiores. Diferenças graduais, as quais permitem uma qualificação dos atos como relativamente superiores e inferiores, não apenas se destacam sob o ponto de vista de um julgamento lógico de suas relações de dependência, mas também como um julgamento jurídico de sua capacidade de estabelecer o direito. Uma proposição jurídica que possui força derogatória frente a outra proposição jurídica, ao passo que essa outra proposição jurídica não possui qualquer força derogatória frente àquela, é por este motivo gradualmente [quanto à série hierarquizada] superior, e a proposição jurídica derogável, em comparação com a proposição jurídica derogante, é gradualmente [quanto à série hierarquizada] inferior.<sup>30</sup>*

Nessa passagem Merkl refere que as mesmas espécies de normas podem estar em diferentes relações hierárquicas em virtude de diferentes “condições” estabelecidas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista as condições que o ordenamento jurídico estabelece para que uma norma com certa espécie normativa seja criada, ou as condições que o mesmo ordenamento estabelece para que uma norma com certa espécie normativa derogue outra norma com outra espécie normativa. Merkl observa que normas de diferentes espécies podem possuir diferentes “força[s] derogatória[s]”, ou seja, uma certa espécie de norma pode ser capaz de derogar certa outra espécie de norma, ter “força” para derogar certa outra espécie de norma, ao passo que a outra espécie de norma pode não dispor da mesma “força derogatória”.<sup>31</sup>

Essa diferença em termos de força derogatória, conforme argumenta Merkl, também pode ser um critério de hierarquização das normas. Precisamente esse é o fundamento para afirmar que uma mesma espécie normativa estar em diferentes relações hierárquicas em relação a outra espécie normativa. Isso é assim, pois a mesma espécie normativa pode estar, por exemplo, no mesmo patamar hierárquico que a outra espécie normativa, quando se considera as *condições* estabelecidas *para a criação* das duas espécies em questão, porém em um patamar hierárquico distinto, quando se considera as *condições* estabelecidas *para que uma norma de certa espécie normativa*

<sup>30</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos... op. cit, p. 286-287; MERKL, Adolf Julius. Prolegomena... op. cit, p. 468-469.

<sup>31</sup> Sobre o tema Walter comenta: “A explicação da relação entre ambos os ordenamentos exige que mais uma vez se indique a divergência possível: É possível – e isto se mostra repetidamente nos ordenamentos jurídicos [de direito] positivo – que uma parte do direito [que] está superordenada na construção escalonada conforme a condicionalidade jurídica encontre-se na mesma [posição dentro da ordenação] ou subordinada na construção escalonada conforme a força derogatória. Isso se mostra da forma mais clara por meio da indicação de que conforme certos ordenamentos jurídicos [de direito] positivo uma regra de criação do direito pode ser derogada por uma regra criada por ela. A regra de criação *condicionante* – e sob este ponto de vista *mais elevada* –, portanto, conforme a construção escalonada conforme a força derogatória, *não é superordenada*. Que a prescrição a ser criada precise *corresponder* à regra de criação, isto de modo algum significa que ela não possa *suspender* esta [regra de criação].” WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2. unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974, p. 65-66.



*derogue* normas de outra espécie, quando se considera as forças derogatórias das duas espécies de normas.

É possível ilustrar essa situação por meio da análise das relações hierárquicas existentes no direito brasileiro entre as espécies normativas lei complementar e medida provisória. Conforme as condições estabelecidas para a criação das normas das duas espécies, pode-se afirmar que as duas espécies normativas estão no mesmo patamar hierárquico, pois ambas são criadas através da aplicação de normas constitucionais (ao contrário do que ocorre, conforme acima referido, com uma resolução da ANATEL, a qual é criada através da aplicação de normas constitucionais e normas legais).

Por outro lado, conforme as condições estabelecidas para a derrogação de normas jurídicas, tendo em vista suas forças derogatórias, as leis complementares encontram-se em uma posição hierarquicamente superior em relação às medidas provisórias. Afirma-se isso, pois o § 1º do art. 62 da Constituição Federal declara: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] III - reservada a lei complementar”. Dessa forma, uma vez que leis complementares possuem força derogatória frente às medidas provisórias, podem derogar uma norma estabelecida por meio de medida provisória, ao passo que o inverso não é verdadeiro, pode-se afirmar que estas duas espécies normativas se encontram em diferentes degraus da construção escalonada conforme a força derogatória.<sup>32</sup>

Outro exemplo pode ser referido para esclarecer a ideia de diferentes construções escalonadas. Tendo em vista a construção escalonada conforme as condições de validade das normas é *adequado* afirmar que as espécies normativas emenda à Constituição e lei complementar possuem o mesmo grau hierárquico, visto que as duas espécies de normas são criadas por meio da aplicação de normas constitucionais (notadamente a norma referida no art. 59 da Constituição Federal). Assim, as duas espécies de normas dependem, para serem válidas, do preenchimento de requisitos estabelecidos na Constituição, na mesma espécie normativa. Diferente é a situação quando se considera a hierarquia dessas duas espécies de normas à luz de sua força derogatória. Uma emenda à Constituição possui (dentro dos limites constitucionais, notadamente aqueles previstos no § 4º do art. 60 da Constituição Federal) força derogatória com respeito a certas normas constitucionais, ela pode derogar algumas normas constitucionais. As leis complementares, por outro lado, não possuem tal força derogatória. Por esse motivo é adequado afirmar que leis complementares e emendas à Constituição não se encontram no mesmo degrau hierárquico, quando se considera a construção escalonada conforme a força derogatória das normas.

<sup>32</sup> Sobre esse modelo de argumento Walter refere que “em regra o direito positivo não contém qualquer regra expressa de derrogação, [de tal forma que] estas [regras] precisam muito mais ser deduzidas de outras prescrições”. WALTER, Robert. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl. *Österreichische Juristen-Zeitung*, [s.l.], 20. Jg., n. 7, 1965, p. 169.

#### 4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CONSTRUÇÃO ESCALONADA DE MERKL AO PROBLEMA DA HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

Conforme apontado acima, pode-se aplicar a teoria de Merkl à situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, pode-se levar em conta o que está estabelecido na Constituição Federal como condições para a criação ou derrogação das várias espécies de normas e, a partir de tais informações, identificar as diferentes espécies de relações hierárquicas previstas no texto constitucional. Desse modo, cumpre agora tratar da questão central do presente artigo, a questão sobre a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Um primeiro passo para realizar essa tarefa consiste em destacar quais são os requisitos para que uma norma seja classificada como lei complementar ou lei ordinária. Nesse contexto é preciso observar que a Constituição estabelece critérios relativos ao número de votos necessários para a aprovação de um projeto de lei ordinária ou complementar (notadamente nos arts. 47 e 69 da Constituição Federal), os denominados critérios formais, assim como também aponta critérios materiais, isto é, indica que certas matérias apenas podem ser reguladas por meio de lei complementar (p. ex., art. 14, § 9, art. 18, § 4º e art. 45, § 1º, todos da Constituição Federal).

Tendo em conta que a Constituição refere em dezenas de dispositivos que a regulação de certas questões demanda lei complementar, ao passo que em outras situações ela apenas refere a necessidade de lei (expressões como “na forma da lei” e “nos termos da lei” podem ser encontradas em inúmeros dispositivos constitucionais, p. ex., nos incisos X, XII, XX, XXI, XXIII e XXVII do art. 7º da Constituição Federal), pode-se afirmar que uma norma apenas pode ser considerada lei complementar, caso ela não apenas cumpra o requisito relacionado ao número de votos exigido, mas também o requisito de tratar de uma das matérias que a Constituição reservou a lei complementar.<sup>33</sup> Não faria sentido que o legislador constituinte empregasse a expressão “lei complementar”; caso ele entendesse que a matéria em questão também poderia ser regulada por lei ordinária, assim como não faria sentido o emprego da expressão “na forma da lei”; caso se pretendesse que a matéria fosse regulada por lei complementar.

Considerando esses elementos é preciso concluir que a identificação de uma norma como lei ordinária ou lei complementar não depende apenas da verificação do número de votos que foram exigidos nas votações do projeto de lei ordinária ou complementar, mas também a espécie de matéria tratada pelo projeto em questão. Ainda que uma norma tenha sido prevista em um projeto de lei complementar e este projeto tenha sido aprovado por uma maioria absoluta de votos, isto não basta para que tal

<sup>33</sup> Sobre o tema, veja a decisão do STF referida na nota de rodapé 15, assim como os argumentos alinhados contra a hipótese defendida por Machado, tratados no tópico “a” da primeira seção.

norma seja classificada como possuindo o *status* de lei complementar, pois a Constituição não condiciona a existência de lei complementar apenas à aprovação por uma maioria absoluta de votos, mas também a um requisito material: apenas pode ser lei complementar aquela lei que trata de matéria reservada a lei complementar.

Feito esse esclarecimento sobre os critérios para identificar a espécie normativa de uma norma específica, pode-se tratar da questão central, aquela da hierarquia entre lei ordinária e lei complementar. Quando se analisa essa questão à luz dos dispositivos presentes na Constituição Federal são obtidos os seguintes resultados com respeito às relações hierárquicas entre as espécies normativas lei complementar e lei ordinária:

a) Tendo em conta a construção escalonada do direito brasileiro que regula a criação de normas, a construção escalonada conforme as condições de validade, deve-se afirmar que lei complementar e lei ordinária pertencem ao mesmo patamar hierárquico.

O fundamento dessa afirmativa é obtido por meio da seguinte observação: tanto as leis ordinárias quanto as leis complementares são criadas por meio da aplicação das mesmas espécies de normas, a saber, as normas constitucionais e as normas inseridas na Constituição através de emendas à Constituição. Não é o caso de leis ordinárias serem criadas através da aplicação de leis complementares, assim como não é o caso de leis complementares serem criadas por meio da aplicação de leis ordinárias. Tanto quando uma lei complementar é criada, quanto quando uma lei ordinária é criada, o ato de criação decorre de uma atribuição de poder conferida por uma norma constitucional. É por esse motivo que tanto leis ordinárias quanto leis complementares pertencem ao mesmo patamar hierárquico na construção escalonada conforme as condições de validade.

b) Tendo em conta a construção escalonada do direito brasileiro que regula a derrogação de normas pode-se afirmar, em certas situações, que lei complementar e lei ordinária não pertencem ao mesmo patamar hierárquico, assim como também é necessário, em outras situações, afirmar a igualdade hierárquica das duas espécies normativas, quando se considera suas forças derogatórias.

A fim de tratar desse tema é preciso retornar à questão dos critérios para a identificação da espécie normativa. Conforme acima indicado, uma lei complementar apenas pode ser assim considerada caso ela seja aprovada por maioria absoluta (requisito formal) e trate de uma das matérias reservadas a lei complementar (requisito material). Ocorre que não apenas as leis complementares precisam preencher os dois requisitos, pois também as leis ordinárias estão sujeitas a um requisito formal, a maioria simples de votos, e a um requisito material, visto que nem toda matéria pode ser regulada por lei ordinária (p. ex., certas matérias apenas podem ser reguladas por emenda à Constituição).

Dessa maneira, tanto as leis complementares quanto as leis ordinárias estão sujeitas aos requisitos formal e material, com a consequência lógica de que uma norma apenas pode ser classificada como lei ordinária ou complementar, caso esta norma

cumpra tanto o requisito formal quanto o requisito material para ser classificada desta forma. Isso significa que salvo (hipotético) equívoco contido na Constituição não existem matérias que possam ser tratadas tanto por lei complementar, quanto por lei ordinária, caso se elabore tais espécies de normas com a observância estrita do previsto na Constituição. Conforme referido pela própria Constituição no art. 24, pode ocorrer a situação em que uma lei federal e uma lei estadual tratam concorrentemente sobre uma mesma matéria, porém não está previsto na Constituição algo como uma área de competência concorrente para leis ordinárias e complementares.

Consequentemente, em um primeiro conjunto de situações, naquelas situações em que lei ordinária e lei complementar são elaboradas com estrita observância dos parâmetros constitucionais formais e materiais, o surgimento de uma antinomia é logicamente impossível, é impossível que exista um conflito entre normas dotadas das duas espécies normativas. Por esse motivo, *em certo sentido não existe uma diferença hierárquica entre as duas espécies normativas com respeito à força derogatória*: lei complementar (elaborada em conformidade com os parâmetros constitucionais) não derroga lei ordinária, assim como lei ordinária (elaborada em conformidade com os parâmetros constitucionais) não derroga lei complementar.

Cumpra ainda considerar o outro conjunto de situações possíveis, aqueles cenários em que se faz presente uma lei ordinária que trata de matéria reservada a lei complementar (a lei ordinária “materialmente” complementar, ou seja, nominalmente ordinária, mas que trata de matéria reservada a lei complementar), assim como aquelas circunstâncias em que a lei complementar trata de matéria reservada a lei ordinária (a lei complementar “materialmente” ordinária).

Quando a lei ordinária trata de matéria que a Constituição reservou a lei complementar, ela trata de matéria que a Constituição declarou que apenas poderia ser tratada por lei complementar e, em certo sentido, se pode afirmar que tal lei ordinária existe “materialmente” como uma lei complementar, que ela é uma lei ordinária “materialmente” complementar. Nesse caso a Constituição não permitiu que a lei ordinária disciplinasse certa matéria, a qual deve ser regulada por meio de lei complementar, a qual deve ser aprovada pela maioria absoluta dos votos nas duas Casas do Congresso. Por esse motivo formal, relativo ao número de votos exigidos para a aprovação desta espécie de norma, cumpre afirmar que *a lei ordinária “materialmente” complementar, nesse caso, não derroga* (não recebe da Constituição poder para derrogar) *a lei complementar que tratou do tema objeto da lei ordinária*.

Por outro lado, quando a lei complementar trata de matéria que a Constituição reservou a lei ordinária, também ocorre uma invasão de competência, entretanto neste caso a lei complementar “materialmente” ordinária (a lei nominalmente complementar, que cumpriu apenas um dos dois requisitos exigidos para ser lei complementar, o requisito do número de votos exigidos para a aprovação) derrogará a lei ordinária. Em tal

circunstância não se está diante de uma lei complementar em sentido próprio, pois a lei em questão, ainda que aprovada pela maioria absoluta dos votos nas duas Casas do Congresso, não observou o outro requisito exigido para a criação de uma lei complementar, o requisito material.

Portanto, ao contrário do que ocorre quando a lei ordinária “materialmente” complementar trata de matéria que a Constituição reservou a lei complementar, é possível “aproveitar” a lei complementar “materialmente” ordinária criada para tratar de matéria reservada a lei ordinária, pois se o critério formal da aprovação pela maioria absoluta dos votos foi observado, então o critério formal da aprovação das leis ordinárias (a maioria simples) também foi observado. Como consequência desse tratamento da lei complementar “materialmente” ordinária como lei ordinária é possível afirmar que *lei complementar “materialmente” ordinária irá derogar a lei ordinária que esteja com ela em conflito*, por conta da aplicação da máxima *lex posterior*, a qual, como referido acima, está positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, analisando a questão da hierarquia a partir da força derogatória das normas é adequado concluir que segundo a construção escalonada *conforme a força derogatória uma lei complementar “materialmente” ordinária é hierarquicamente superior a uma lei ordinária “materialmente” complementar*, pois a lei complementar “materialmente” ordinária pode derogar uma lei ordinária propriamente dita (que foi criada com a observância dos parâmetros formais e materiais para a criação de leis ordinárias), ao passo que uma lei ordinária “materialmente” complementar não pode derogar uma lei complementar propriamente dita.

Por fim, quando se compara a *lei complementar “materialmente” ordinária* com a *lei ordinária propriamente dita* cumpre reconhecer que elas *terão a mesma força derogatória*, pertencerão ao mesmo degrau da construção escalonada conforme a força derogatória. Essa conclusão é adequada, pois tanto a lei complementar “materialmente” ordinária pode derogar a lei ordinária, quanto a lei ordinária pode derogar a lei complementar “materialmente” ordinária, pois esta última espécie de lei, como visto, será tratada como se fosse uma lei ordinária.

## 5. CONCLUSÃO

A principal conclusão que se obtém após a análise acima desenvolvida é no sentido de que a pergunta sobre a hierarquização das espécies normativas lei complementar e lei ordinária não admite uma única resposta geral. Conforme apontado, a questão sobre a hierarquia das normas precisa ser reformulada, é preciso inicialmente dar-se conta de que no direito brasileiro não existe apenas uma espécie de hierarquia entre as normas, mas sim uma pluralidade de espécies de relações hierárquicas, tal como verificado, por exemplo, ao se considera as emendas à Constituição e as leis complementares

à luz das duas hierarquias referidas. No ordenamento jurídico brasileiro tanto é possível observar as normas jurídicas à luz da construção escalonada, hierarquizada, tendo em vista as condições de validade das espécies normativas, quanto existe a possibilidade de analisar as mesmas normas a partir de outro parâmetro, aquele estabelecido pela construção escalonada conforme a força derogatória.

Assim, tal como notou Merkl a questão sobre relação hierárquica entre duas espécies de normas demanda uma especificação preliminar, aquela sobre qual é o critério que está sendo empregado para analisar as espécies de normas. A ausência da percepção dessa peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro, o fato de ele incluir mais de uma ordem hierarquizada de normas, pode ser vista como o vício que acaba reduzindo o poder de explicação das três correntes presentes na doutrina brasileira a respeito da questão da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Por fim, especificamente com respeito às espécies normativas lei complementar e lei ordinária foi apontado que em regra estas duas espécies de normas se encontram no mesmo patamar hierárquico. Excepcionalmente é possível falar em uma diferença hierárquica entre as duas espécies normativas, mas apenas quando se considera a hierarquia normativa conforme a força derogatória e, além disso, está-se comparando uma lei complementar “materialmente” ordinária (que trata de matéria disciplinável por lei ordinária) com uma lei ordinária “materialmente” complementar, pois neste caso a primeira espécie normativa pode derogar a outra, ao passo que o contrário não é possível.

## 6. REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei Complementar**. Teoria e Comentários. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BEHREND, Jürgen. **Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens**. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.
- BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.
- BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975.
- BOROWSKI, Martin. Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael (Hrsg.). **Hans Kelsen**. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 122-159.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade no 1. Voto do relator, Min. Moreira Alves. Ação julgada em 01/12/93, p. 123-124. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 556.664-1/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 12/06/2008, p. 1886. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CARVALHO, Rogério A. Fernandes de. A Consequência Jurídica do Conflito Normativo entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar Tributária. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, p. 437-469, 2005.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Luiz Pinto. Lei Complementar – I. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 48. São Paulo: Saraiva, 1980.

GRAGL, Paul. **Legal Monism**. Law, Philosophy, and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2018.

JESTAEDT, Matthias. **Grundrechtseinfaltung im Gesetz**. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 298-320.

KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, Band X, p. 313-315, 1960.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Segurança jurídica e lei complementar. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 1, p. 179-190, 2008.

MAYER, Heinz. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992, pp. 37-46.

MERKL, Adolf Julius. "O direito à luz de sua aplicação". In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018.

MERKL, Adolf Julius. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl**. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

MERKL, Adolf Julius. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl**. Gesammelte Schriften. 1. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. Escritos de teoria do direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ÖHLINGER, Theo. **Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte**. Wien: Manz, 1975.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo**. Niterói: Impetus, 2003.

PAULSON, Stanley L. Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.) **Adolf J. Merkl**. Werk und Wirksamkeit. Wien: Manz, 1990, pp. 93-105.

PAULSON, Stanley L. How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law. **Revus**, [s.l.], n. 21, p. 29-45, 2013.

SCHILLING, Theodor. **Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen**. Berlin: Berlin-Verlag Spitz, 1994.

SCHMIDT, Felipe. Lei complementar e lei ordinária: os problemas da hierarquia e da revogação. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 13, n. 2, p. 89-120, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Matheus Pelegrino da. **Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis**. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WALTER, Robert. **Der Aufbau der Rechtsordnung**. 2. unveränderte Auflage. Wien: Manz, 1974.

WALTER, Robert. Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl. **Österreichische Juristen-Zeitung**, [s.l.], 20. Jg., n. 7, p. 169-174, 1965.

WIEDERIN, Ewald. Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In: GRILLER, Stefan; RILL, Heinz-Peter (Hrsg.). **Rechtstheorie: Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung**. Wien: Springer, 2011, p. 81-134.



# Instruções para autores

## *Instructions for authors\**

### 1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado  **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

### 2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

### 3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

---

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

#### **4. IDIOMAS**

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

#### **5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS**

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de ID ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), 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.