



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 6 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2019 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 6 | n. 3 | setembro/dezembro 2019 | 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

Alice Silveira de Medeiros (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Ana Cristina Aguilar Viana (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Dione Wasilewski (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

João Guilherme Walski de Almeida (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Leticia Regina Camargo Kreuz (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

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

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

Renata Carvalho Kobus (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

# Sumário

## Contents

### Editorial

*Editorial*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.72988

**Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria .....517**

### **La arquitectura administrativa de la transparencia en España: regulation-inside-government y diseño institucional de las Autoridades de Transparencia**

*The administrative architecture of transparency in Spain: Regulation-inside-government and institutional design of Transparency Authorities*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.68602

**Endrius Cocciolo .....521**

### **Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture**

*Brexit, direitos humanos e o papel da cultura constitucional*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.70441.

**Javier García Oliva .....573**

### **Popular demands related to sports in the National Constituent Assembly of Brazil**

*As demandas populares relativas ao esporte na Assembléia Nacional Constituinte do Brasil*

DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65472

**Felipe Canan, Fernando Augusto Starepravo .....595**

### **Legal pluralism: an approach from the new Latin American constitutionalism and the jury of the indigenous court**

*Pluralismo jurídico: Uma abordagem a partir do novo constitucionalismo latino-americano e do tribunal do júri indígena*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.69579

**Giulia Parola, Thaiana Conrado Nogueira,**

**Thomaz Muyaert de Carvalho Britto.....621**

**Aspects de droit financier sous-jacents au processus d'impeachment au Brésil**

*Financial law aspects underlying the impeachment process in Brazil*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.57889

**Hugo de Brito Machado Segundo, Raquel Cavalcanti Ramos Machado .....647**

**La educación como derecho social, humano y fundamental: principios y perspectivas de la educación moderna**

*Education as a social, human and fundamental law: principles and perspectives of modern education*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.58017

**Pablo Jiménez .....669**

**La tutela jurisdiccional efectiva con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios: experiencia comparada entre Chile y Brasil frente a la Convención Americana de Derechos Humanos**

*The effective jurisdictional protection with relation to the right to be judged within a reasonable time in tax proceedings: comparative experience between Chile and Brazil in regarding the American Convention on Human Rights*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.64284

**Antonio Faúndez-Ugalde .....687**

**Hierarquiasupraconstitucionalrelativa dostratadosinternacionais de direitos humanos**

*Relative and supraconstitutional hierarchy of international human rights treaties*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058

**Felipe Klein Gussoli .....703**

**Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias**

*Technology, environment, and democracy: some approaches*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59847

**Carlos Augusto Alcântara Machado, Augusto César Leite de Resende .....749**

**As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**

*Public policies as realization of social rights*

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730

**Oswaldo Ferreira de Carvalho .....773**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

..... 795



# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v6i3.72988

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>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

fariacruzardo@hotmail.com

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

É com grande satisfação que publicamos este número da Revista de Investigações Constitucionais, concluindo com ele o volume de 2019 e o sexto ano de existência do periódico. Uma vez mais, seguimos rigorosamente os critérios estabelecidos pelas bases de dados nacionais e internacionais nas quais a revista se encontra indexada, bem como os requisitos estabelecidos pela área de Direito da CAPES para seguir classificada no estrato A1 do Qualis.

O resultado da publicação depende, como sempre, do árduo e incansável trabalho de nossa equipe editorial, que recebe as submissões, analisa inicialmente o cumprimento dos requisitos mínimos exigidos pela nossa política editorial para envio de trabalhos para avaliação, remete os trabalhos aprovados nessa primeira etapa aos pareceristas, remete aos autores os pedidos de correção e revisão (quando há) e finalmente os comunica sobre a aprovação ou reprovação do artigo. Agradecemos, portanto, aos membros do Conselho Editorial, pareceristas, autores e leitores da Revista de

---

Como citar esse editorial/*How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Editorial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 517-520, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.72988.

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

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

Investigações Constitucionais, cuja participação é fundamental para manter o êxito do periódico.

Neste número, o terceiro do ano de 2019, publicamos artigos em 4 idiomas (inglês, francês, espanhol e português), de autores vinculados a 14 instituições de ensino superior de 4 países diferentes: Chile, Espanha, Reino Unido e de 6 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste: Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás, Ceará e Sergipe. Dos trabalhos publicados, 90% são de Professores Doutores, 70% redigidos em língua estrangeira, 30% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 80% dos artigos são de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles::

- La arquitectura administrativa de la transparencia en España: regulation-inside-government y diseño institucional de las Autoridades de Transparencia

**Endrius Cocciolo**

Profesor Agregado de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España)

- Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture

**Javier García Oliva**

Senior Lecturer in Law at The University of Manchester (Manchester, United Kingdom)

- Popular demands related to sports in the National Constituent Assembly of Brazil

**Felipe Canan**

Professor do curso de Educação Física da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE (Cascavel-PR, Brasil)

**Fernando Augusto Starepravo**

Professor do Departamento de Educação Física da Universidade Estadual de Maringá (Maringá-PR, Brasil)

- Legal pluralism: an approach from the new Latin American constitutionalism and the jury of the indigenous court

**Giulia Parola**

Professor in Environmental Law and Post-doc Researcher Scholar, Master in Constitutional Law in South America, Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil)

**Thaiana Conrado Nogueira**

Masters student in Constitutional Law at the Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil)

### **Thomaz Muylaert de Carvalho Britto**

Professor of Constitutional Law at Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brazil)

- Aspects de droit financier sous-jacents au processus d'impeachment au Brésil

### **Hugo de Brito Machado Segundo**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus - Unichristus (Fortaleza-CE, Brasil)

### **Raquel Cavalcanti Ramos Machado**

Professora Adjunta e Chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil)

- La educación como derecho social, humano y fundamental: principios y perspectivas de la educación moderna

### **Pablo Jiménez**

Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL (São Paulo-SP, Brasil)

- La tutela jurisdiccional efectiva con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios: experiencia comparada entre Chile y Brasil frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

### **Antonio Faúndez-Ugalde**

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

- Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos

### **Felipe Klein Gussoli**

Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil)

- Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias

### **Carlos Augusto Alcântara Machado**

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

### **Augusto César Leite de Resende**

Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes - UNIT (Aracaju-SE, Brasil)

- As políticas públicas como concretização dos direitos sociais

### **Oswaldo Ferreira de Carvalho**

Professor da Faculdade Estácio de Sá de Goiás (Goiânia-GO)

Esperamos que os artigos selecionados para esta edição constituam importante fonte de pesquisa para os estudiosos do Direito Constitucional, firmes na expectativa de continuarmos recebendo submissões marcadas pela profundidade teórica das análises realizadas.



## La arquitectura administrativa de la transparencia en España: regulation-inside-government y diseño institucional de las Autoridades de Transparencia

### *The administrative architecture of transparency in Spain: Regulation-inside-government and institutional design of Transparency Authorities*

ENDRIUS COCCILO<sup>1,\*</sup>

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

endrius.cocciolo@urv.cat

<https://orcid.org/0000-0003-1982-6147>

Recibido/Received: 19.08.2019/ August 19<sup>th</sup>, 2019

Aprovado/Approved: 25.12.2019/ December 25<sup>st</sup>, 2019

#### Resumen

El presente trabajo parte de la premisa que la proliferación de leyes y autoridades de transparencia es una de las manifestaciones del creciente enfoque regulatorio aplicado al propio sector público conocido como regulation-inside-government. El auge de esta arquitectura administrativa ostenta además un importante valor constitucional. En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio pormenorizado del diseño institucional de las autoridades de transparencia, tanto a nivel estatal como autonómico, con el fin de determinar los elementos que pueden favorecer su independencia e imparcialidad. Para comprobar si el despliegue de estas autoridades se encuadra en el marco teórico de la regulation-inside-government, en el artículo se han analizado tres ejes fundamentales: la naturaleza jurídica de la autoridad; la composición de la autoridad y el estatuto de los miembros que ocupan sus órganos rectores, especialmente cuando son competentes para resolver las reclamaciones

#### Abstract:

*This article is based on the premise that the proliferation of transparency laws and authorities is one of the manifestations of the growing regulatory approach applied to the public sector itself known as regulation-inside-government. The rise of this administrative architecture also has an important constitutional value. In the present work, a detailed study of the institutional design of transparency authorities is carried out, both at national and sub-national level, in order to determine the elements that may favour their independence and impartiality. To check whether the deployment of these authorities is framed within the theoretical framework of regulation-inside-government, the article has analysed three fundamental axes: the legal nature of the authority; the composition of the authority and the statute of the members serving at its governing bodies, especially when they are competent to resolve complaints regarding access to public information; and the provision of effective resources for the fulfilment of their functions. The*

Como citar esse artigo/How to cite this article: COCCILO, Endrius. La arquitectura administrativa de la transparencia en España: regulation-inside-government y diseño institucional de las Autoridades de Transparencia. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 521-571, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.68602.

\* Profesor Agregado de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, España). Doctor en Relaciones Internacionales e Integración Europea por la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Postdoctor en Derecho por la Fordham University de New York; Director del Master Interuniversitario en Derecho de la Administración Pública de la URV y la Universidad de Zaragoza. E-mail: endrius.cocciolo@urv.cat.

en materia de acceso a la información pública; y la disposición de recursos efectivos para el cumplimiento de sus funciones. Los resultados del análisis evidencian que – más allá de la heterogeneidad de las fórmulas empleadas por los legisladores – existen requisitos necesarios y elementos que correctamente empleados pueden influir en la independencia de las autoridades de transparencia.

**Palabras clave:** Autoridades de transparencia; consejos de transparencia; independencia y autonomía; reclamación y derecho de acceso; regulation-inside-government.

*results of the analysis show that, beyond the heterogeneity of the formulas used by legislators, there are necessary requirements and elements that correctly employed can influence the independence of the transparency authorities.*

**Keywords:** Transparency authorities; transparency councils; independence and autonomy; complaint and right of access; regulation-inside-government.

## SUMARIO

**1.** Planteamiento: la relevancia de las autoridades de transparencia en el marco de la regulation-inside-government; **2.** Metodología y delimitación del ámbito material de estudio; **3.** Naturaleza jurídica de las autoridades de control y protección de la transparencia; **3.1.** Autoridades de Transparencia como Autoridades Administrativas Independientes; **3.2.** Autoridades de Transparencia como órganos adscritos a la Administración o al Parlamento autonómico; **3.3.** Autoridades de transparencia vinculadas a los Defensores del Pueblo; **4.** Composición de las autoridades de transparencia y estatuto de los miembros de sus órganos rectores; **4.1.** Carácter unipersonal o colegiado y su relevancia; **4.2.** Composición de las autoridades de transparencia; **4.3.** Forma de designación de los miembros de las autoridades de transparencia; **4.4.** La inamovilidad del cargo y la tasación de los supuestos de cese de los miembros de las autoridades de transparencia; **4.5.** Mandatos, dedicación e incompatibilidades de los miembros de las autoridades de transparencia; **5.** Medios económicos, materiales y personales de las autoridades de transparencia; **5.1.** Medios económicos y gestión presupuestaria; **5.2.** Medios personales; **6.** Reflexiones conclusivas; **7.** Referencias.

## 1. PLANTEAMIENTO: LA RELEVANCIA DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA EN EL MARCO DE LA REGULATION-INSIDE-GOVERNMENT.

Vivimos tiempos difíciles: por el impacto de las crisis económicas y las medidas de austeridad en los menguantes derechos sociales; por la intensificación de las crisis humanitarias, la creciente vulneración de derechos fundamentales y el afianzamiento de movimientos de extrema derecha y nacionalpopulistas; por el estado de emergencia ecológica planetaria de origen antrópico y su negacionismo por gobiernos capturados por intereses corporativos; por la erosión de la legitimidad democrática de los poderes públicos y la consecuente desafección ciudadana. Todos estos factores aumentan y empeoran en un entorno infectado por la corrupción, por este motivo urgen medidas para fomentar la regeneración, la calidad y la sostenibilidad democrática<sup>1</sup>. Esta tarea, en pa-

<sup>1</sup> Sobre esta necesidad, véase por ejemplo las reflexiones de: FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid, n. 4, p. 9-39, jul./dic. 2015; LEAL, Rogério Gesta. Estado,

labras de Gimeno Feliu, interpela a un “Derecho Público garantista, moderno, vinculado al derecho a la buena administración, [y] aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido”<sup>2</sup>. La lucha contra la corrupción<sup>3</sup> y su prevención requieren una nueva cultura de gobernanza pública “cimentada en los principios de integridad y transparencia”<sup>4</sup>. La conexión entre estos principios y los mecanismos de control independientes remite a la idea de “regulación”, cuya centralidad e importancia en la redefinición del Estado ha sido evidenciada por Ballbé y Martínez en su análisis de la evolución del “*administrative government*” al “*regulatory government*”<sup>5</sup>.

En este ámbito, la doctrina ha evidenciado que la idea más tradicional de regulación – aquella que se refiere a la “regulación de sectores económicos”, mediante autoridades independientes públicas y/o a través de los propios sujetos privados (*self regulation*)<sup>6</sup> – representa, sin embargo, sólo una visión parcial del fenómeno “regulación”. En efecto, también se puede hablar de regulación del propio aparato público (“*regulation-inside-government*”), a la luz de su importante y cada vez más extenso desarrollo<sup>7</sup>. Los estudiosos que han analizado con más atención el fenómeno han apuntado que “*the word regulation is not generally used to denote the various ways in which public organizations are shaped by rules and standards emanating from arm’s-length authorities*”<sup>8</sup>.

En el presente estudio se empleará este marco teórico con el fin de analizar la arquitectura administrativa de la transparencia en España, constituida por el conjunto heterogéneo de Consejos, Comisiones y Comisionados a los que se han encomendado funciones de control y a los que nos referiremos bajo el rótulo genérico de “autoridades

---

democracia e corrupção: equações complexas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019; LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017.

<sup>2</sup> GIMENO FELIU, José María. Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia. **Revista Internacional de Transparencia e Integridad**, Madrid, n. 9, p. 3. ene./abr. 2019.

<sup>3</sup> FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018.

<sup>4</sup> GIMENO FELIU, José María. Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia. **Revista Internacional de Transparencia e Integridad**, Madrid, n. 9, p. 4. ene./abr. 2019; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017.

<sup>5</sup> BALLBÉ, Manuel; MARTÍNEZ, R. Law and Globalization: Between the United States and Europe. In ROBALINO-ORELLANA, Javier; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Eds.) **Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa**. Cameron: Cameron May, 2010, p. 155.

<sup>6</sup> BARTLE, Ian; VASS, Peter. “Self-Regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?” **Public Administration**, v. 85, n. 4, p. 885-905, oct./dez. 2007.

<sup>7</sup> HOOD, Christopher, JAMES, Oliver, JONES, George, SCOTT, Colien, TRAVERS, Tony. **Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 4.

<sup>8</sup> HOOD, Christopher, JAMES, Oliver, JONES, George, SCOTT, Colien, TRAVERS, Tony. **Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 4.

de transparencia". La actividad llevada a cabo por estas autoridades constituye una función de control (*oversight*)<sup>9</sup> que ostenta un claro valor constitucional<sup>10</sup>. Se puede añadir que las cuestiones inherentes al objeto de la *regulation-inside-government* atañen al núcleo duro de la teoría democrática en la medida en que "[...] *a central concern is to secure that those in power remain faithful to de mandate given them by the electorate and ensure that they keep within the rules of the game*"<sup>11</sup>.

La doctrina considera que en las democracias modernas el control de los poderes públicos se lleva a cabo mediante dos clases de mecanismos: la primera comprende los mecanismos de "*vertical accountability*", mediante los cuales la ciudadanía directamente elige o castiga sus representantes; la segunda engloba, en cambio, un conjunto de mecanismos de "*horizontal accountability*" que se dirigen a la supervisión y control de las actividades y de los cargos públicos y mediante la creación de una compleja arquitectura de organismos de supervisión y control. Debe observarse que las autoridades reguladoras del propio sector público responden a necesidades diferentes respecto a los reguladores de los mercados, tales como: asegurar la responsabilidad económica de los entes y administradores públicos, velar por la buena administración y los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos, promover y fortalecer la integridad pública. En palabras de Kaye: "*there is now a considerable 'regulatory state within the state' and it seems to be growing*"<sup>12</sup>.

El auge de las autoridades de regulación de los poderes públicos queda manifiesto en la proliferación de autoridades de transparencia que ha tenido lugar en España desde el 2013, año en el que se aprobó la primera ley específica en esta materia<sup>13</sup> y se instituyó el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

<sup>9</sup> HARDEN, Ian. Regulating Government, **The Political Quartely**, London, v. 66, Issue 4, p. 299-306, oct./dez. 1995.

<sup>10</sup> SCOTT, Colin. Accountability in the Regulatory State. **Journal of Law and Society**, London, v. 27, Issue 1, p. 38-60, jan./jul. 2000.

<sup>11</sup> MULGAN, Richard. **Holding power to account: accountability in modern democracies**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

<sup>12</sup> KAYE, Robert. Regulating Parliament: the regulatory state within Westminster. **Discussion Paper 13, Centre for Analysis of risk and regulation**, LSE, p. 1, Jun. 2003. Disponible on line: <http://eprints.lse.ac.uk/35999/1/Disspaper13.pdf>.

<sup>13</sup> Sobre el tema, *ex multis*, véase: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen gobierno**. Granada: Comares, 2014. BLANES CLIMENT, Miguel Ángel. **La Transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014; GUICHOT, Emilio (Coord). **Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre**. Madrid: Tecnos, 2014; VALERO TORRIJOS, Julián, FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (Coords). **Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014; BERMEJO LATRE, José Luis, CASTEL GAYÁN, Sergio (Eds.) **Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI**. Zaragoza: Gobierno de Aragón, Departamento de Hacienda y Administración Pública, 2013; MESEGUER YEBRA, Joaquín. **La Transparencia en las administraciones públicas: el procedimiento de**

Sin embargo, para que pueda hablarse propiamente de *regulation-inside-government*, la doctrina ha destacado la necesidad de que se cumplan los siguientes tres requisitos<sup>14</sup>: (1) la existencia de “[o]ne bureaucracy aims to shape the activities of another; (2) [S]ome degree of organizational separation between the ‘regulating’ bureaucracy and the ‘regulatee’; y finalmente es necesario que (3) “[t]he ‘regulator’ has some kind of official mandate to scrutinize the behavior of the ‘regulatee’ and seek to change it”. Por otra parte, las razones que justifican la atribución de potestades de supervisión y control a unos organismos reguladores independientes, son las mismas tanto en el caso de la regulación de los mercados como de la *regulation-inside-government*, y se fundamentan en el reconocimiento de la independencia y la *expertise* para lograr una mayor credibilidad y eficiencia de las políticas públicas.

La adopción en España, desde el 2013 hasta el 2019, de una serie de normas con rango legislativo y reglamentario, a nivel estatal y autonómico, dirigidas tanto a regular la transparencia – en su dimensión de publicidad activa como de derecho de acceso a la información pública – así como a crear una serie autoridades para el control del cumplimiento de dicha normativa, satisface el tercer criterio señalado – el mandato explícito – para que se pueda hablar de *regulation-inside-government*. En las páginas que siguen se tratará de averiguar si también se cumplen los otros dos criterios, ya que sin especialización, efectividad e independencia no hay regulación que garantice la transparencia<sup>15</sup>.

El cumplimiento de la misión institucional de las autoridades de transparencia depende, en primer lugar, de su configuración normativa. En efecto, el dato normativo no sólo predetermina su ámbito de actuación, sino que la manera de llevar a cabo las funciones que tienen atribuidas depende de cómo en dichas autoridades se plasman

---

**acceso a la información pública.** Barcelona: Bosch, 2013; PIÑAR MAÑAS, José Luis, Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, n. 49, p. 1-19, oct./dic. 2014; REY MARTÍNEZ, Fernando. *Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet*: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 1-19, mai 2014; VELASCO RICO, Clara. La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? **Revista jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 1-34, mai. 2014. Sobre el acceso a la información pública en países latinoamericanos, véase: VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016; PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

<sup>14</sup> HOOD, Christopher, JAMES, Oliver, JONES, George, SCOTT, Colien, TRAVERS, Tony. **Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 8.

<sup>15</sup> BELARRA GORROCHATEGUI, Javier. Los consejos de transparencia autonómicos en España: ¿Marketing político o vectores de buen gobierno? **Revista Internacional de Transparencia e Integridad**, Barcelona, n. 6, p. 12, ene./abr. 2018.

los principios de independencia y autonomía que inspiran su creación<sup>16</sup>. Una configuración institucional que garantice la independencia de las autoridades de transparencia no es una cuestión solo deseable o meramente estética, sino que constituye – cómo veremos – un requisito legal imprescindible, además de convertirse en un elemento fundamental para considerar estas instancias como mecanismos alternativos a las vías jurisdiccionales clásicas, puesto que su validez estará en función del reconocimiento y credibilidad que las partes involucradas les otorguen<sup>17</sup>. Estas garantías se requieren, además, por el derecho internacional: el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos<sup>18</sup> establece que los estados firmantes deberán contar con “un procedimiento de reclamación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley” (art. 8).

Como tendremos oportunidad de demostrar en las páginas siguientes, la independencia y plena autonomía de las Autoridades de Transparencia no viene determinado por un solo factor organizativo o de diseño institucional, sino por el conjunto de todos ellos. En este sentido, conviene apuntar que a menudo se ha incidido sobremedida en la personalidad jurídica propia de los organismos de control, obviando que la misma puede ser una condición deseable, pero en ningún caso necesaria ni suficiente, para garantizar su autonomía, la cual es un producto más de su configuración material que de su denominación formal<sup>19</sup>.

## 2. METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE ESTUDIO.

En las siguientes epígrafes se desarrolla un análisis sistemático de tres elementos del diseño de las autoridades de transparencia – tanto la estatal como las autonómicas – que inciden en su independencia: 1) La naturaleza jurídica de la autoridad; 2) La composición de las autoridades y el estatuto de los miembros que ocupan sus órganos rectores; 3) La disposición de medios para el desarrollo de las funciones que tienen

<sup>16</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz? In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Las vías administrativas de recurso a debate**, Madrid, p. 291-328, jan./mai. 2016.

<sup>17</sup> RAMS RAMOS, Leonor. Las medidas alternativas de resolución de conflictos en el ámbito de la transparencia. In: CÁMARA, Pablo Chico de la (Dir.), **Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)**, Madrid, p. 169-210, jan./mai. 2017.

<sup>18</sup> COTINO HUESO, Lorenzo. El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental. In: UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, Barcelona, n. 40, p. 279-316, jan./mai. 2017.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 67, 2017; MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. **Dilemata**, Madrid, n. 27, p. 288-289, abr. 2018.

encomendadas. Por lo tanto, desde un punto de vista metodológico, en el presente trabajo se analizan autoridades de transparencia exclusivamente en términos de diseño normativo de las mismas, valorando en qué medida las disposiciones reguladoras de cada una de ellas y la resultante arquitectura institucional favorecen o dificultan la autonomía efectiva del órgano o entidad. En consecuencia, el objeto del estudio excluye conscientemente aspectos vinculados al rendimiento y desempeño operativo de tales autoridades.

En el análisis que se desarrollará en este artículo se tendrá en consideración además del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) estatal, creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), las autoridades con funciones análogas creadas en las Comunidades Autónomas españolas. En dicho nivel sub-estatal pueden observarse tres situaciones en relación con la existencia de leyes autonómicas de transparencia y autoridades de transparencia propias.

En primer lugar, hay que contemplar la situación de inexistencia de una normativa de transparencia propia, como ocurre en el caso del País Vasco. En dicha comunidad, existe un proyecto de ley de transparencia en tramitación desde hace tiempo<sup>20</sup>; sin embargo, el ejecutivo autonómico ha creado la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública (CVAIP) con las funciones propias y plenamente equiparables a las de una autoridad de transparencia. En este sentido la exposición de motivos del Decreto 128/2016 por el que se crea la CVAIP, afirma que mediante dicha norma “se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi el esquema operativo esencial de la [LTBG] [...]” y añade que “[s]e pretende, en puridad, cumplimentar una opción revestida de cierta provisionalidad, pero que bien puede hacer convivir desde ahora la satisfacción del interés público que es necesario atender con la esperable consideración de este asunto desde la estabilidad que proporcionaría la regulación en una norma con rango de Ley”. Por este motivo se puede incluir dicho organismo en el presente análisis.

El análisis abarca un segundo grupo de Comunidades Autónomas, claramente mayoritario, en las cuales se han aprobado Leyes de Transparencia propias. Las Comunidades Autónomas pertenecientes a este grupo se han dotado de autoridades de transparencias específicas o han atribuido sus competencias a un organismo ya existente en su ámbito territorial. Finalmente, un tercer supuesto es aquel que atañe Comunidades Autónomas que, a pesar de disponer de una Ley de Transparencia propia, han optado por atribuir al CTBG estatal (mediante la suscripción de un convenio de colaboración) la resolución de las reclamaciones de acceso a la información pública, tal como faculta

<sup>20</sup> Para más informaciones sobre la normativa vasca en elaboración: <http://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/proyecto-ley/04-ley-de-transparencia-participacion-ciudadana-y-buen-gobierno/>

la Disposición Adicional 4.2 LTBG. Esta opción ha sido elegida por las Comunidades Autónomas de Extremadura y La Rioja<sup>21</sup>.

Por último, hay casos en los cuales la Ley de Transparencia de la Comunidad Autónoma contempla la existencia de una autoridad autonómica propia, si bien la misma aún no ha sido creada y, en consecuencia, se atribuyen temporalmente la resolución de las reclamaciones al CTBG. Este supuesto se da, por ejemplo, en el Principado de Asturias, en Cantabria y Comunidad de Madrid. En esta última, la reciente Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid (LTM) prevé que hasta que no entre en funcionamiento su Consejo de Transparencia y Participación (CTPM), las reclamaciones contra las resoluciones de denegación de acceso a la información contra actos de la Comunidad Autónoma de Madrid se registrarán por lo establecido en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 5/2016 de la Comunidad de Madrid y, por ende, corresponderán al CTBG estatal. Estos supuestos también serán objeto de análisis, considerando que el presente estudio se limita al análisis de la arquitectura institucional y no a la evaluación de la actividad realizada por las autoridades en cuestión.

<b>TABLA 1. LEYES Y AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA</b>			
<b>Ley estatal de transparencia:</b>	Acrónimo utilizado (leyes)	Autoridades de Transparencia	Acrónimo utilizado (autoridades)
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	LTBG	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	CTBG
<b>Leyes autonómicas de transparencia</b> (orden cronológico):			

<sup>21</sup> En el caso de Extremadura, su Ley de Gobierno Abierto no regula ninguna autoridad de transparencia autonómica. El art. 25 de la LGAEx remite a la legislación básica del Estado en el caso de reclamaciones frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso dictada de conformidad con el procedimiento regulado en la LGAEx, así como frente a la resolución de los recursos administrativos que contra aquella sean procedentes, con carácter potestativo y previo a la impugnación en vía contencioso-administrativa.

<sup>En</sup> el caso de La Rioja, tampoco se crea ninguna autoridad específica para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso, afirmando la competencia del CTBG estatal para conocer de las mismas (art. 16).

<sup>La</sup> información sobre las autoridades autonómicas de transparencia o sobre los convenios con el CTBG, se puede consultar en la página web del propio CTBG: [http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/transparencia/transparencia-en-espanya.html](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/transparencia/transparencia-en-espanya.html).

1) Ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y buen gobierno de las Islas Baleares	LBAIB	Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública de las Islas Baleares (creada por el Decreto 1/2019 y no por la LBAIB)	CRAIPB
2) Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura	LGAEEx	--	--
3) Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía	LTAñ	Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía	CTPDAN
4) Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja	LTL	--	--
5) Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia	LTMu	Consejo de Transparencia de la Región de Murcia	CTMu
6) Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias	LTCñ	Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública	CTCñ
7) Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña	LTCat	Comisión de Garantía de Acceso a la Información Pública de Cataluña	CGAIP
8) Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León	LTCL	Comisionado de Transparencia; Comisión de Transparencia	CTPC CTCL
9) Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón	LTAñ	Consejo de Transparencia de Aragón	CTAñ

10) Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana	LTCV	Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno	CTCV
11) Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia	LTGa	Comisionado de Transparencia (CTVP); Comisión de Transparencia (CTGa)	CTVP CTGa
12) Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha	LTCM	Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno	CRTCm
13) Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria	LTCb	Consejo de Transparencia de Cantabria (previsto)	CTCb
14) Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Navarra	LTNv	Consejo de Transparencia de Navarra	CTNv
15) Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias	LTAAs	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (previsto)	CTAAs
16) Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid	LTM	Consejo de Transparencia y Participación	CTM
		Comisión Vasca de Acceso a la información Pública (Creada por el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre)	CVAIP

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL Y PROTECCIÓN DE LA TRANSPARENCIA

La Disposición Adicional Cuarta<sup>22</sup> de la LTBG, dispone que el órgano determinado en cada Comunidad Autónoma para la protección y control de la transparencia debe ser “independiente”. Así todas las Leyes autonómicas proclaman el carácter independiente de sus respectivas autoridades de garantía de la transparencia, su autonomía y no sometimiento a instrucciones jerárquicas. Sin embargo, las normas autonómicas no siguen un patrón institucional único, de tal manera que la fórmula jurídica empleada para diseñar la autoridad puede implicar diversos niveles de garantía formal de su independencia. El análisis de las Leyes de Transparencia, ha puesto de manifiesto que las fórmulas empleadas por el legislador estatal y los legisladores autonómicos se pueden reconducir a tres modelos, a saber: 1) la autoridad administrativa independiente; 2) el órgano adscrito a la administración o al parlamento autonómico y 3) la autoridad de transparencia vinculada al defensor del pueblo. A continuación se analizarán los rasgos característicos de cada modelo.

#### 3.1. Autoridades de Transparencia como Autoridades Administrativas Independientes

La ley estatal y la andaluza han optado por crear entes públicos diferenciados dotados de especial autonomía. En el primer supuesto, el CTBG ha sido configurado por legislador estatal como autoridad administrativa independiente (art. 33.1 LTBG) y forma parte del sector público institucional estatal<sup>23</sup>. En la Ley 40/2015, de 1 de octu-

<sup>22</sup> Disposición adicional cuarta. Reclamación:

“1. La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, contra las resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en el caso de esas mismas reclamaciones sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

2. Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

3. Las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, celebrando al efecto un Convenio en los términos previstos en el apartado anterior.”

<sup>23</sup> Art.84.1.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Cabe añadir que el CTBG estatal está catalogado en el Inventario de Entes del Sector Público Estatal con el código OE154 como Autoridad administrativa independiente, junto con la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional de Mercado de Valores y el Consejo de Seguridad Nuclear.

bre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) se definen como autoridades administrativas independientes de ámbito estatal “las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley” (art. 109.1 LRJSP). Dichas autoridades se rigen por su legislación específica y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la LRJSP, y demás normas de derecho administrativo general y especial que les sean de aplicación, tal como establece el art. 110 LRSJP. En consecuencia, las autoridades administrativas independientes están configuradas para garantizar que el poder ejecutivo carezca sobre las mismas de las funciones de dirección y control, *de iure* o *de facto*, que caracterizan su relación con la mayoría de la administración institucional instrumental<sup>24</sup>. Debe observarse que el CTBG está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 33.1 LTBG). En la doctrina se ha criticado esta circunstancia en la medida en que se adscribe el Consejo en una de las estructuras que está llamado a controlar<sup>25</sup>. Además del Ministerio al que se adscribe depende la asignación presupuestaria para el funcionamiento del CTBG, lo que podría influir negativamente en su autonomía de funcionamiento<sup>26</sup>. A pesar de que la adscripción no es en sí misma determinante de la autonomía e independencia del CTBG, otra fórmula, como la adscripción a las Cortes generales<sup>27</sup> hubiera resultado una solución más garantista de su autonomía formal respecto del poder ejecutivo, especialmente a raíz del ejercicio del control de legalidad cuasi-judicial en relación a las reclamaciones planteadas en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública<sup>28</sup>. No falta, sin embargo, la opinión de la doctrina que

<sup>24</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 81-82, mai. 2018.

<sup>25</sup> GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. VALERO TORRIJOS, Julián, FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (Coords). **Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de información**. Navarra: Thomson Reuters, 2014, p. 491.

<sup>26</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de las autoridades de transparencia. In: MARTÍN DELGADO, Isaac; GUICHOT REINA, Emilio; CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. **Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora**. Barcelona-Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019, p. 23.

<sup>27</sup> La adscripción al parlamento autonómico es la fórmula seguida recientemente en la configuración del CTM que está orgánicamente adscrito a la Asamblea de Madrid, del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias (CTCn) que depende del Parlamento de esta comunidad autónoma y del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (CRTCM) como órgano adscrito a las correspondientes Cortes.

<sup>28</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. Las autoridades autonómicas de garantía del derecho de acceso: una aproximación crítica a su diseño institucional. In: TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.) **Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madrid: Civitas, 2017, p. 1828.

considera la adscripción del CTBG como una cuestión meramente “formal” de la que no derivaría una incidencia negativa en su independencia efectiva, la cual quedaría garantizada por su configuración jurídica<sup>29</sup>.

En Andalucía, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTAn), ha instituido también el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDAn) como autoridad administrativa independiente que pertenece a la Administración Institucional de la Junta de Andalucía; el Consejo está dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía orgánica y funcional (art. 43.2 LTAn)<sup>30</sup>, y se rige por su normativa específica y supletoriamente por lo establecido con carácter general en la ley de régimen jurídico de la administración andaluza. A ello cabe añadir que al CTPDAn se le dota de una competencia adicional de especial importancia, la protección de datos de carácter personal, una solución también presente en algunos ejemplos de derecho comparado<sup>31</sup>. Desde un punto de vista institucional, cabe mencionar que la relación entre el CTPDAn y “la Administración de la Junta de Andalucía se llevará a cabo a través de la Consejería de la Presidencia” (art. 43.4 LTAn). En el siguiente apartado comprobaremos que en la mayoría de la normativa autonómica, los órganos que actúan como autoridades de transparencia canalizan su relación con la administración a la que están adscritas a través de las consejerías competentes en materia de transparencia, en el caso de la autoridad de transparencia balear, aunque la autoridad de transparencia esté adscrita a la Consejería de Presidencia, ésta tiene la competencia en dicha materia.

El Consejo de Transparencia de la Región de Murcia (CTMu) se instituye por el art. 38 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia (LTMu) como órgano independiente de control. Sin embargo, la norma continúa diciendo que el CTMu se configura como un ente de los previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, es decir el Consejo Jurídico y el Consejo Económico y Social de la Región

<sup>29</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El Consejo de transparencia y buen gobierno. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 8-9, mai. 2014.

<sup>30</sup> Concretamente, el CTAn forma parte, según el art. 44.2 LTAn, de las entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía, reguladas en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que a efectos prácticos disponen de un régimen jurídico de autonomía muy similar a las autoridades administrativas independientes estatales.

<sup>31</sup> En la doctrina, Jiménez Asensio ha puesto de relieve, que el uso de esta fórmula de fusión institucional, presenta algunos inconvenientes derivados de la confusión de los contornos de los derechos de acceso y a la transparencia por su cohabitación en la misma entidad que tiene encomendada la protección de los datos personales; vid. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 69-70, 2017.

de Murcia, dotados de régimen jurídico propio<sup>32</sup>. Luego, el apartado tercero del mismo art. 38 especifica que “[s]u relación con la Administración autonómica se lleva a cabo a través de la consejería competente en materia de transparencia”. Por lo tanto, también en el caso de Murcia nos encontramos ante una entidad que deberíamos incluir entre las autoridades administrativas independiente con personalidad diferenciada, si entendemos correctamente el uso de termino “ente” que hace el legislador murciano.

Es preciso considerar, también, que hay dos Comunidades Autónomas que tienen prevista la creación de autoridades independientes dotadas de personalidad jurídica propia, son el Principado de Asturias y el Cantabria. En el Principado de Asturias, la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés prevé en el art. 63 que debe crearse el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTAs) como ente público con personalidad jurídica propia. Por otro lado, el art. 33 de la Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria (LTCb) afirma por su parte que “[u]na Ley de Cantabria creará el Consejo de Transparencia de Cantabria como órgano con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Actuará con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines”. Sin embargo dichas autoridades independientes no han sido aún instituidas hasta la fecha y las reclamaciones en materia de acceso se resuelven por el CTBG estatal con el que se han suscritos sendos convenios de colaboración.

### 3.2. Autoridades de Transparencia como órganos adscritos a la Administración o al Parlamento autonómico

La mayoría de las Leyes autonómicas aprobadas en la materia que nos ocupa ha configurado sus respectivas autoridades de control de la transparencia como órganos administrativos, por lo tanto sin atribuirles personalidad jurídica propia ni configurarlos como autoridad administrativa independiente. Aunque desde un punto de vista teórico no parece la fórmula más acertada, debe recordarse que la normativa básica estatal otorga a las Comunidades Autónomas un amplio margen para determinar sus autoridades de transparencia. No obstante, como muy acertadamente se ha resaltado en la doctrina, “tal libertad de configuración no impide encontrar en la normativa estatal algunos criterios de obligado cumplimiento”<sup>33</sup>. Asimismo, dichos criterios no suponen que la configuración de la autoridad de transparencia deba desembocar en una

<sup>32</sup> El Art. 38.1 LTMu remite a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<sup>33</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de las autoridades de transparencia. In: MARTÍN DELGADO, Isaac; GUICHOT REINA, Emilio; CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. **Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora**. Barcelona-Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019, p. 25.

autoridad administrativa independiente en sentido jurídico estricto<sup>34</sup>. A mayor abundamiento, ha sido señalado que, a pesar de que en España el periodo en el que se han instituido las autoridades de transparencia se ha caracterizado por ser una etapa de contención del gasto público, la creación de nuevos órganos administrativos debe valorarse positivamente y considerarse un indicio significativo de compromiso político de las administraciones autonómicas “con el imperativo democrático de garantizar a todos los ciudadanos la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno”<sup>35</sup>. Esperemos, por lo tanto, que la falta de éxito de la fórmula de la atribución autonómica de la competencia para la resolución de los conflictos en materia de acceso a favor del CTBG estatal mediante convenio entre las administraciones (Disposición adicional cuarta, apartado 2, LTBG) responda al mencionado compromiso y active una competencia virtuosa que catalice cada vez mayores niveles de transparencia para la ciudadanía y no sea, en cambio, una réplica del “café para todos” en el terreno de la “administración de la transparencia” y/o aún peor, para que cada Comunidad conozca de “sus propias transparencias” para resguardarlas de miradas ajenas. Para prevenir los riesgos que plantea esta última cuestión, como veremos, es esencial la composición imparcial, profesional y especializada de las autoridades autonómicas de transparencia.

Un ejemplo de autoridad colegiada adscrita en la administración autonómica es la Comisión de Garantía de Acceso a la Información Pública de Cataluña (CGAIP) regulada por los arts. 39, 40 y 41 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Pública y Buen Gobierno de Cataluña (LTCat). Según su Reglamento<sup>36</sup>, la CGAIP está adscrita al Departamento de la Generalitat competente en materia de políticas de transparencia. Dicho departamento “debe ofrecer la información y el apoyo necesario para garantizar el cumplimiento de la normativa presupuestaria, de personal, patrimonial, de contratación y análogas por parte de la Comisión”. La LTCat garantiza que “La Comisión debe cumplir sus funciones con plena independencia orgánica y funcional, sin sumisión a instrucciones jerárquicas de ningún tipo” (art. 39.2 LTCat). No obstante, al tratarse de un órgano de la administración de la Generalitat de Cataluña, no sorprende que su Gobierno haya aprobado el mencionado Reglamento por el que se establece la organización y el funcionamiento de la CGAIP. Este aspecto, que podría ser un punto negativo en el terreno de la independencia de la autoridad catalana de transparencia ha sido objeto, sin embargo, de una interesante “norma de prevención” por parte del legislador autonómico. En efecto, el art. 41.2 LTCat afirma que el Gobierno

<sup>34</sup> VELASCO RICO, Clara. Reconocimiento y protección del derecho de acceso a los documentos público en Quebec: especial referencia a la Comisión de Acceso a la Información. *Revista Catalana de Dret Públic*, Valladolid, n. 50, p. 136, mai. 2015.

<sup>35</sup> BERNARDÍ GIL, Xavier. Una visió general de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. *Activitat Parlamentària*, Barcelona, n. 28, p. 63, mai. 2015.

<sup>36</sup> Art. 4 del Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (RCGAIP).

debe remitir al Parlamento el proyecto de reglamento antes de su aprobación como decreto y que el “Parlamento debe pronunciarse sobre la propuesta presentada por el Gobierno y, en su caso, puede formular recomendaciones con relación al texto”, especificando que “[l]as recomendaciones relativas a la garantía de la independencia orgánica y funcional de la Comisión son vinculantes para el Gobierno”. Se trata de una previsión insólita e interesante que tiene como finalidad reforzar el estatuto de independencia y autonomía de la CGDAIP mediante la fórmula de aprobación de la norma que regula su actuación<sup>37</sup>. En la doctrina se han levantado voces reclamando que “[e]l esquema que podría haber cerrado un diseño más coherente conllevaría que la provisión de medios, la aprobación de su reglamento y su propia dependencia fuese del Parlamento”<sup>38</sup>. Sin embargo, se ha entendido que haber optado por la fórmula del órgano adscrito a la administración de la Generalitat lo conectaría con la potestad de autoorganizativa de la propia administración, sin que ello deba necesariamente comprometer *a priori* la potencialidad de la CGDAIP<sup>39</sup>. A tal propósito, no debe confundirse la CGDAIP<sup>40</sup> con la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno Abierto de Cataluña, que es un Comisión integrada por las personas titulares de varios órganos de la administración catalana con el fin de aprobar y evaluar estrategias y directrices para garantizar el cumplimiento de la normativa de transparencia y gobierno abierto, hacer el seguimiento del Plan de Gobierno Abierto, proponer normativa de desarrollo, aprobar buenas prácticas en materia de transparencia y buen gobierno<sup>41</sup>. Esta diferencia sustancial nos hace discrepar con la crítica según la cual en el sistema catalán se ha dado lugar a una multiplicación de órganos con competencias que se solapan entre sí<sup>42</sup>.

La grupo más numeroso de autoridades autonómicas de transparencia pertenece a la presente categoría en la cual el órgano de transparencia – proclamado siempre

<sup>37</sup> CAPDEVILA PONCE, Gemma; SOLERNOU VIÑOLAS, Àgata. El sistema de garanties previst en la Lei de transparència, accés a la informació i bon govern. **Activitat Parlamentària**, Barcelona, n. 28, p. 95, 2015.

<sup>38</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 100, mai. 2018.

<sup>39</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 100, mai. 2018.

<sup>40</sup> La función principal de la CGDAIP es cuasi judicial, y por ende dotada especial autonomía e independencia, es la de resolver las reclamaciones contra las resoluciones expresas o presuntas y las comunicaciones que sustituyan las resoluciones en materia de acceso a la información pública y la de mediar en los conflictos entre las personas y la Administración de la Generalitat y su sector público relacionados con el derecho de acceso a la información pública (art. 7.2 del Decreto 111/2017, por el que se aprueba el reglamento de la CGAIP). Sobre las otras funciones de la CGDAIP y de las otras autoridades de Transparencia: CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. **Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora**. Barcelona-Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019, p. 125-173.

<sup>41</sup> Decreto 233/2016, de 22 de marzo, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno Abierto.

<sup>42</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). **La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, p. 187.

independiente por su correspondiente ley de creación – está adscrito a o se relaciona con la consejería o departamento autonómico responsable en materia de transparencia (las formulas empleadas varían en cada caso y son propias y características casi de cada ley). La totalidad de las autoridades se rigen por sus normas específicas, y supletoriamente por las normativas autonómicas. En el caso del Consejo de Transparencia de Aragón (CTAr), el art. 37 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (LTAr) establece que el Consejo actuará con independencia orgánica y funcional pero estará adscrito al departamento responsable en materia de transparencia que pondrá a disposición del CTAr los medios y recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones; esta última circunstancia puede potencialmente incidir negativamente en la actividad del Consejo que podría verse infradotado de los recursos necesarios para hacer frente a sus cometidos institucionales. Obsérvese que el Decreto por el que se aprueba el Reglamento del CTAr establece que “[l]a creación y puesta en funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón no podrá suponer incremento de dotaciones, retribuciones u otros gastos de personal ni, por otros conceptos, incremento neto de estructura o de personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”<sup>43</sup>. Suerte parecida tiene el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana (CTCV), que de acuerdo con la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana (LTCV), actuará con plena independencia funcional para el cumplimiento de sus fines y recibirá “soporte administrativo [...] por una unidad administrativa de la consejería competente en materia de transparencia y acceso a la información pública” (Art. 39 LTCV). Su desarrollo reglamentario especifica que se trata de adscripción al departamento competente en materia de transparencia, aunque se aclara que el CTCV estará dotado de medios económicos y materiales suficientes y un programa presupuestario propio<sup>44</sup>.

A la formula de la integración en el departamento en materia de transparencia y atención ciudadana recurre también el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública (CVAIP) que tiene naturaleza de “órgano colegiado de carácter independiente” (art. 1). No se aparta, en el fondo, de la regla de la adscripción a la consejería o departamento competente en materia de transparencia la recientemente instituida Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública de las Islas Baleares (CRAIPIB). En efecto, el art. 1.4 del Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de CRAIPIB afirma que “[l]a Comisión se adscribe, a

<sup>43</sup> Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón.

<sup>44</sup> Arts. 73-78 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

efectos del apoyo administrativo y sin dependencia jerárquica, a la Consejería de Presidencia, como competente en materia de transparencia y buen gobierno". La Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTNV), determina que el Consejo de Transparencia de Navarra (CTNV), "como órgano independiente destinado a promover la transparencia en al Comunidad Foral" (art. 63.1), "se adscribirá orgánicamente al Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia y, en el ejercicio de las funciones que la presente ley foral le atribuye, actuará con objetividad, profesionalidad, sometimiento al ordenamiento jurídico, autonomía y plena independencia (art.63.2).

Por último, quedan por mencionar, dentro del presente grupo de autoridades sin personalidad jurídica diferenciada, un subgrupo de órganos que en lugar de quedar adscriptos a los ejecutivos autonómicos, dependen de las cámaras legislativas. Esta fórmula resulta de gran interés en la medida en que, al menos desde una perspectiva formal, supone alejar las autoridades de control de la administración sobre cuyas resoluciones tendrán que pronunciarse. Tres son las autoridades autonómicas de transparencia que tiene adscripción o dependencia orgánica de sus respectivos parlamentos: se trata de los casos de Canarias, Castilla-la Mancha y Madrid.

El Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias (CTCn), instituido por la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias (LTCn), es un órgano unipersonal que actúa con autonomía y plena independencia para el "fomento, análisis, control y protección de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma" (art. 58 LTCn). El art. 62 de la ley canaria establece que "[l]a organización y funcionamiento del comisionado o comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública se regirá por el reglamento aprobado por la Mesa del Parlamento, a propuesta del mismo" añadiendo que "[p]ara el ejercicio de las funciones de transparencia y acceso a la información pública, el comisionado o comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública contará con el apoyo jurídico, técnico y administrativo del Parlamento de Canarias, así como con los medios personales y materiales del mismo que sean necesarios". Debe ser destacado, con el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias, ratificado por el Senado el 24 de octubre de 2018, el CTCn ha sido recogido en el art. 60 del Estatuto convirtiéndose en el primer órgano de control de la transparencia español de carácter estatutario y reconocido en el bloque de constitucionalidad. También el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (CRTCM) es un órgano adscrito a las Cortes de dicha Comunidad Autónoma, regulado por el Capítulo II (arts. 61-66) de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (LTCM). Como ya se ha dicho anteriormente, la reciente Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid determina que el CTM está orgánicamente adscrito

a la Asamblea de Madrid y que “[p]ara el ejercicio de las funciones en materia de transparencia y participación, contará con una unidad de apoyo jurídico, técnico, y administrativo de la Asamblea de Madrid, así como de los medios personales y materiales que sean necesarios”.

### 3.3. Autoridades de transparencia vinculadas a los Defensores del Pueblo

La tercera casuística incluye dos Comunidades Autónomas: Galicia y Castilla y León, y se caracteriza por autoridades de transparencia que desarrollan sus funciones mediante los Defensores del Pueblo. El diseño institucional de dichas autoridades es parecido pero, como ha observado la doctrina, resulta cualitativamente distinto<sup>45</sup>, por ello merece una serie de consideraciones que desarrollaremos a continuación.

La Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia (LTGa), en el Capítulo V, dedicado a los mecanismos de coordinación y control, crea dos órganos: el Comisionado de Transparencia (CTVP) y la Comisión de Transparencia (CTGa)<sup>46</sup>. Las funciones del Comisionado (art. 32), como órgano independiente de control del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la LTGa son numerosas y abarcan responder con carácter facultativo determinadas consultas, adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de la LTGa, emitir informes sobre proyectos normativos cuando afectan cuestiones de transparencia y buen gobierno, efectuar requerimientos para la subsanación de los incumplimientos derivados de las obligaciones en materia de publicidad activa, etc. La Ley, en el primer apartado del mismo art. 32, atribuye dichas funciones del Comisionado de Transparencia al Valedor del Pueblo (el Defensor del Pueblo en Galicia). Sin embargo, la competencia para resolver las reclamaciones frente a las resoluciones de acceso a la información pública se asigna a un órgano colegiado que crea la misma LTGa en el art. 33 y que se denomina Comisión de Transparencia (CTGa). Dicha Comisión estará adscrita al Valedor del Pueblo que presidirá el órgano colegiado integrado, además, por una vicepresidencia que corresponde al adjunto del Valedor, y otros cuatro vocales de procedencia muy distinta (la Administración Autonómica, el Consejo Consultivo, el Consejo de Cuentas y la Federación gallega de municipios y provincias), ostentando el Presidente el voto dirimente en caso de empate.

El modelo castellanoleonés es muy parecido: la Ley 37/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (LTCL, art. 11-15), crea el Comisionado de Transparencia (CTPC), cuyas funciones son, esencialmente, las de evaluar

<sup>45</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, n. 45, p. 103, mai. 2018.

<sup>46</sup> OTERO PARGA, Milagros María. Transparencia e información pública. *Revista Española de la Transparencia*, Madrid, n. 4, p. 66-86, sep. 2017.

el grado de cumplimiento de la LTCL, velar por el cumplimiento de la publicidad activa y responder facultativamente a las consultas que les planteen los órganos encargados de tramitar y resolver solicitudes de acceso. De la misma manera que en Galicia, las funciones del CTPC se atribuyen al Procurador del Común (el Defensor del Pueblo en Castilla y León), a la vez que se instituye una Comisión de Transparencia (CTCL), como órgano colegiado adscrito al Procurador del Común. Sin embargo, la composición de la CTCL es distinta de su homóloga gallega. En efecto, se compone de tres miembros: el propio Procurador del Común que la presidirá; el adjunto del Procurador, si existe, u otra persona designada de la misma institución; y un secretario, siempre designado por el Procurador del Común y perteneciente a la misma institución.

Como ha sido oportunamente observado<sup>47</sup>, la similitud entre los dos diseños institucionales descritos no esconde la clara posición de prevalencia e influencia que ostenta el Procurador del Común respecto al Valedor del Pueblo debido a la composición orgánica de la correspondiente Comisión de Transparencia.

Lo que es interesante destacar es que la solución institucional presentada en este modelo permite cumplir con el requisito del carácter colegiado del órgano que tenga que resolver las reclamaciones sustitutivas del régimen ordinario de recursos administrativos previsto en el art. 112 LPAC<sup>48</sup> (cuestión que se abordará en el siguiente epígrafe).

Por otra parte, deben señalarse las críticas dirigidas a este modelo de autoridad que se apoya en los Defensores del Pueblo que se considera inadecuado para el desarrollo de funciones de control en materia de transparencia y garantía del derecho de acceso, por carecer las actuaciones de estas instituciones de carácter coercitivo<sup>49</sup>. Si bien es cierto, debe igualmente decirse que se trata de una cuestión que afecta y es extensible a la mayoría de autoridades de transparencias, cuyas normas reguladoras normalmente no les otorgan potestades de ejecución forzosa de sus resoluciones ni potestades sancionadoras en los supuestos más graves de incumplimiento. Dichas circunstancias inciden muy negativamente en la eficacia de las actuaciones de las autoridades de transparencia<sup>50</sup>. Excepciones son el CTNv y el CTAr, cuya normativa reguladora les otorga la potestad de imponer multas coercitivas.

<sup>47</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, n. 45, p. 103, mai. 2018.

<sup>48</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. *Dilemata*, Madrid, n. 27, p. 32, abr. 2018.

<sup>49</sup> OTERO PARGA, Milagros María. El compromiso con la transparencia: Especial referencia a la realidad gallega. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, n. 39, p. 308-309, jun. 2018.

<sup>50</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y eficaz? In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP, 2016, p. 291-328. MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos

## 4. COMPOSICIÓN DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA Y ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE SUS ÓRGANOS RECTORES

### 4.1. Carácter unipersonal o colegiado y su relevancia

Anteriormente se ha observado que la LTBG ha otorgado un amplio margen a las Comunidades Autónomas para determinar la estructura de sus propias autoridades de transparencia; en efecto, la ley estatal ha prescindido de establecer requisitos mínimos formales inherentes a la composición, nombramiento, mandato y estatuto de sus miembros, además de la indeterminación de la naturaleza jurídica que se ha tratado anteriormente. Sin embargo, tal como se ha comentado por parte de la doctrina más atenta, la parquedad normativa de la LTBG no implica que no se puedan deducir, de una lectura sistemática del marco normativo, una serie de requisitos exigibles para que una autoridad autonómica pueda configurarse “como un auténtico órgano de control operativo y eficaz”<sup>51</sup> (Martín Delgado, I., 2019, p. 25). Así, siguiendo a Martín Delgado, debe observarse lo siguiente:

El art. 23 de la LTBG ha establecido que la reclamación (potestativa y previa a la impugnación en vía contencioso-administrativa) ante el CTBG “tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos” ordinarios. Y que dicha reclamación ante una autoridad independiente en materia de transparencia tiene una función de control de la legalidad de las resoluciones dictadas en el ámbito del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

La remisión del art. 23 LTBG al antiguo 107.2 LRJPAC debe entenderse al vigente art. 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)<sup>52</sup>. Es fundamental, llegados a este punto, recordar que el apartado 2 del art. 112 LPAC es preclaro en afirmar que: “Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante *órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas*, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

---

autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. **Dilemata**, Madrid, n. 27, p. 39, abr. 2018.

<sup>51</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. **Dilemata**, Madrid, n. 27, p. 25, abr. 2018.

<sup>52</sup> El art. 23 de la LTBG remitía al art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La ya mencionada Disposición Adicional Cuarta de la LTBG establece que en el caso de resoluciones dictadas por órganos de las Administraciones autonómicas, su sector público y las entidades locales de su ámbito territorial, la resolución de la reclamación prevista en el art. 24 de la LTBG, corresponderá al *órgano independiente* que determina la Comunidad Autónoma.

Como conclusión de lo expuesto, se puede inferir que a la hora de configurar normativamente una autoridad de transparencia, que tenga encomendada la función de conocer de un medio alternativo de impugnación, tal como la reclamación en materia de transparencia, el legislador autonómico se encuentra ante tres requisitos a cumplir: independencia, especialización y carácter colegiado. Obsérvese que este último requisito, que como hemos visto deriva de la LPAC, resultaría aplicable al órgano que tenga la competencia para resolver las reclamaciones, a pesar de que la LTBG no lo requiera. En este sentido, afirma Martín Delgado que el órgano autonómico deberá reunir los tres citados requisitos “[y] deberá hacerlo como condiciones de constitucionalidad puesto que han sido incorporadas en normativa reguladora del procedimiento administrativo común y a través de la LTBG, en normativa básica estatal”<sup>53</sup>.

A la luz de lo que se acaba de exponer, en España hay cuatro autoridades de transparencia que incumplen el requisito de colegialidad exigido por el art. 112 LPAC (que requiere que las reclamaciones sustitutivas de los recursos deban ser conocidas por *órganos colegiados o comisiones específicas*). En concreto:

El CTBG estatal en el que – a pesar de ser una autoridad independiente, con personalidad propia y diseñada como órgano colegiado (y no obstante el art. 24.6 LTBG diga que “La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”) – será su Presidente quien tiene la función de “[c]onocer de las reclamaciones que se presenten en aplicación del artículo 24 de esta Ley”, tal como establece el art. 38.2.c).

En Andalucía ocurre lo mismo. El CTPDAn como autoridad administrativa independiente, se articula en una Comisión Consultiva y en un órgano unipersonal de Dirección, cuyo titular además de ostentar la presidencia de la Comisión (art. 46 LTAn), tendrá la competencia para resolver las reclamaciones en materia de transparencia (art. 48.1.b LTAn).

En Asturias, donde el CTAs está previsto por ley autonómica de transparencia pero aún no ha sido puesto en marcha, sin embargo a pesar de tener que constituirse como ente público dotado de personalidad jurídica propia y disponer del un pleno (art. 64 LTAs), su normativa reguladora atribuye al Presidente la competencia de conocer de las reclamaciones sustitutivas de los recursos administrativos ordinarios (art. 66 LTAs).

<sup>53</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. *Dilemata*, Madrid, n. 27, p. 27, abr. 2018.

Por último, en el caso canario, el Comisionado de Transparencia es órgano unipersonal adscrito al Parlamento de Canarias (art. 62 LTCn).

Hemos destacado ya la interesante solución adoptada en Galicia y en Castilla y León, donde las funciones de los Comisionados de Transparencia se atribuyen a los respectivos defensores del pueblo, pero se asigna a las Comisiones de Transparencia (arts. 33.3 LTGa y 13.3 LTCL), como órganos colegiados independientes presididos por los correspondientes Defensores del Pueblo, la resolución de las reclamaciones frente a las resoluciones de acceso a la información pública.

En los demás casos, los órganos autonómicos competentes para conocer de las reclamaciones son entes u órganos de naturaleza colegiada. Las ventajas de esta configuración son notorias y atañen a la necesidad del debate para deliberar, lo que implica tener en cuenta una multiplicidad de consideraciones y perspectivas que proceden de los miembros que integran el órgano, si bien es cierto que “la colegialidad en sí misma no es garantía absoluta de imparcialidad, pues esta dependerá de la composición del órgano, de la forma en la que sean elegidos sus miembros y del modo concreto de ejercer su función. Sin embargo el precepto es claro [112 LPAC] a la hora de exigir que el órgano a que se encomiende la resolución de los medios de impugnación alternativos haya de ser de carácter colegiado”<sup>54</sup>.

Ahora bien, más allá de la cuestión derivada del requisito previsto en la LPAC, respecto del órgano competente para resolver la reclamaciones, otras reflexiones pueden ser desarrolladas sobre el diseño de las autoridades de transparencia. Es posible entrar a valorar aquellas autoridades en las cuales el Presidente o Director tiene un papel destacado que imprime en la autoridad un cierto carácter presidencialista, respecto de otras autoridades que presentan un funcionamiento más colegiado. Nos adentramos, pues, a considerar el margen del que disponen los legisladores autonómicos para configurar (libremente) sus autoridades (colegiadas). Se puede incluir, entre las autoridades cuyo presidente tiene una primacía destacada, el CTBG nacional, consideradas las funciones ejecutivas y de relevancia sustancial de la presidencia de dicha entidad<sup>55</sup>. El CTPDAn de Andalucía se caracteriza por una distribución de poderes muy similar. La primacía, *in re ipsa*, resulta en los dos modelos vinculados a los Defensores del Pueblo y, muy señaladamente, en el caso específico del Procurador del Común castellanoleonés.

Por otra parte, un segundo grupo de autoridades de transparencia presenta un marcado carácter colegiado. Si bien la normativa autonómica regule el órgano de presidencia, a diferencia de los ejemplos anteriores, la presidencia asume fundamentalmente

<sup>54</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. *Dilemata*, Madrid, n. 27, p. 33, abr. 2018.

<sup>55</sup> Arts. 38.2 LTBG y 8.2 de su estatuto. Por el contrario, las facultades otorgadas a la Comisión –el órgano colegiado integrado por el resto de miembros del CTBG– son esencialmente consultivas (arts. 38.1 LTBG y 12 del estatuto)

funciones de representación de la autoridad, de convocatoria de sesiones, o dirección del personal, sin reunir el núcleo esencial de las facultades de dirección, que siguen residiendo en el conjunto del Consejo. Un ejemplo de este diseño institucional es el caso navarro de la CTNv (art.65 LTNv). Aún más destacado es el carácter colegiado del CTAR aragonés, cuyo presidente es escogido entre sus miembros por el propio Consejo (art. 7 RCTAR). Lo mismo ocurre con la CGDAIP catalana<sup>56</sup>, el CTCV valenciano<sup>57</sup> y la CRAIPIB de las islas Baleares<sup>58</sup> o en la Comunidad de Madrid, donde la presidencia del CTM será rotatoria entre los tres miembros del Consejo, aunque la Asamblea de Madrid, además de elegir lo miembros del Consejo, determinará el orden en que accederán a la presidencia del mismo.

Las consideraciones realizadas sobre el diseño institucional, que espacia entre el “más colegiado” y el “más presidencialista”, son muy variadas. Algunos autores expresan una opinión crítica respecto del modelo en el que sobresale la figura del Presidente de la autoridad, sobre la base del argumento que dicha configuración se alejaría de la lógica propia de una autoridad independiente, al dejar una parte muy importante del funcionamiento del órgano en las manos de su presidente, y por ende, exponiéndolo a posibles presiones<sup>59</sup>. No obstante, Jiménez Asensio considera que en los supuestos en los cuales se produce una elección por las cámaras legislativas o el refrendo del nombramiento por parte de una Comisión parlamentaria (como en el caso del Presidente del CTBG), su carácter unipersonal reduce la tendencia al “sistema de cuotas” entre partidos y favorece la designación de perfiles ideológica y políticamente más neutrales e independientes<sup>60</sup>. Sin embargo, aunque se haya anotado que la colegialidad puede restar cierta eficiencia al funcionamiento y proceso de toma de decisiones de la autoridades<sup>61</sup>, nos parece que la pluralidad y colegialidad aporten, *a priori*, mayores ventajas.

<sup>56</sup> Art. 15.1 del Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CGDAIP.

<sup>57</sup> Art. 83.1 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consejo, de desarrollo de la LTCV.

<sup>58</sup> Art. 3.4 del Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador del la CRAIPIB.

<sup>59</sup> ORDUÑA PRADA, Enrique, SÁNCHEZ SAUNDINÓS, José Manuel. Comentario al artículo 37. Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.) **Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**, Madrid: Civitas, 2017, p. 939; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El Consejo de transparencia y buen gobierno. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 13-14, mai. 2014; SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 81-82, mai. 2018.

<sup>60</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 71, 2017;

<sup>61</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). **La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, p. 161

## 4.2. Composición de las autoridades de transparencia

El análisis de las leyes de transparencia, tanto la estatal como las autonómicas, pone de manifiesto que los miembros de las autoridades son elegidos, designados y/o representan colectivos, instancias o formaciones de distinta procedencia que es posible agrupar en cuatro categorías: 1) Representantes de las administraciones y/o de organismos públicos; 2) representantes de grupos parlamentarios; 3) Expertos; 4) Representantes de la sociedad civil. A continuación se identificarán algunos ejemplos concretos. Sin embargo, deben realizarse dos avisos: en primer lugar, remarcar que existe una gran heterogeneidad en la composición de cada organismo y que, dependiendo de cada caso, los representantes de estas categorías puede mezclarse y estar presentes en el consejo de las autoridades; en segundo lugar, que se prestará a continuación especial atención a aquellas autoridades de transparencia que tienen u operan en una conformación colegiada para la resolución de las reclamaciones, condición que, según hemos visto, constituye un requisito exigido por la LPAC. Así por ejemplo, en el caso estatal del CTBG, es el Presidente quién ostenta dicha competencia, mientras la Comisión con funciones de asesoramiento, evaluación e informe se compone tanto de representantes políticos (un diputado y un senador), como de la propia AGE (de la secretaría de Estado de Administraciones Públicas), además de representantes de autoridades independientes (Agencia Española de Protección de Datos y Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal) y de instituciones de control (Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo).

*Representantes de las administraciones y/o de entes públicos.* En el caso de la Región de Murcia, el CTMu se configura como una de las autoridades con una de las composiciones más plurales y diversas. Entre los miembros que proceden de administraciones y entes públicos deben señalarse aquellos que representan las consejerías y órganos competentes en materia de transparencia, hacienda y protección de datos; además se suman representantes de las universidades públicas, del Consejo Jurídico y del Consejo Económico y Social, así como de la federación de Municipios de Murcia (arts. 38.5 LTMu). Otro ejemplo de composición compleja es el CTNv en el que, además del representante del departamento competente en materia de transparencia, se añaden tres representantes de los Entes Locales, uno del Consejo de Navarra, uno de la Cámara de Cuentas, uno de la Universidad Pública de Navarra y otro del Defensor del Pueblo. En el modelo de las autoridades vinculadas a los Defensores del Pueblo, puede señalarse el ejemplo de Galicia, donde su CTGa está integrada por el Valedor del Pueblo, que la preside, su adjunto, y otros cuatro vocales procedentes, respectivamente, de la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación del Gobierno gallego, del Consejo Consultivo y del Consejo de Cuentas, a los que suma también un representante de la Federación Gallega de Municipios y Provincias (art. 33 LTGa). En el segundo caso de autoridad vinculada al Defensor del Pueblo, la CTCL es un órgano integrado por el

Procurador del Común, un secretario y un vocal procedente de la misma estructura burocrática del Procurador castellanoleonés. Nótese que se han incluido en esta categoría los representantes de las Federaciones de Municipios y Provincias, las cuales, a pesar de ser entidades privadas de base asociativa, no dejan de ser expresión de los intereses de las administraciones territoriales locales que las integran y que pueden ser objeto de reclamaciones de acceso, además de tener deberes de publicad activa.

*Representantes de los grupos parlamentarios.* Algunas autoridades de transparencia cuentan con la representación de los parlamentos. Si nos centramos en aquellas en las cuales existe un órgano colegiado competente para la resolución de las reclamaciones alternativas al régimen ordinario de los recursos administrativos, debe destacarse el caso del Comunidad Valenciana donde la Comisión Ejecutiva del CTCV, depositaria de la citada competencia, se compone de un número de miembros igual al número de grupos parlamentarios con representación en la cámara legislativa valenciana que elegirá además el presidente de la Comisión. Nótese que en el supuesto de la CTCV no hay participación directa de los parlamentarios, sino que son los grupos políticos que eligen su propio candidato entre personas que deben tener experiencia, competencia y prestigio con al menos diez años de experiencia profesional<sup>62</sup>. A pesar de ello, queda manifiesto que en este modelo si articula un sistema de repartición pro-cuota de base partidista.

Las leyes de transparencia de Aragón, Murcia y Navarra establecen que en sus respectivos consejos de transparencia, entre a varias instancias que los componen, estén los representantes de cada grupo parlamentario de sus asambleas legislativas<sup>63</sup>.

*Expertos.* En ciertas autoridades de transparencia el diseño institucional resalta el perfil técnico, la trayectoria y los conocimientos profesionales de sus miembros, a pesar de no darse, tampoco en estos casos, ni una suficientemente precisa ni uniforme regulación. Así si tomamos, por ejemplo, el caso del Presidente del CTBG estatal, veremos que debe ser elegido entre personas de “reconocido prestigio y competencia profesional” (arts. 37.1 LTBG y 9.2 del reglamento del CTBG), sin más detalles. La misma indeterminación se manifiesta la leyes autonómicas de Canarias respecto de su Comisionado (art. 59.1), así como de Murcia (art. 38.6) y de Navarra (art. 65.2 LTNv) para los presidentes de sus respectivos consejos de transparencia, siendo en estos tres casos dichos órganos elegidos por los parlamentos autonómicos. La indeterminación de la fórmula empleada en estos supuestos por la normativa ha sido criticada en la medida en que puede transformarse en un mero formulismo del cual no se derivan límites a los potenciales candidatos<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Arts. 79, 81, 82, 83 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la LTCV.

<sup>63</sup> Arts. 38.5.a) LTMu, 37.4.a) LTA, y 65.1.a) LTNv.

<sup>64</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 69-73, 2017.

En cambio, otras normativas autonómicas son más precisas e inciden con más concreción en el perfil técnico y en el requerimiento de una trayectoria profesional acreditada para los miembros de las autoridades de transparencia. Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, los miembros del Comisión Ejecutivo del CTCV deben ser expertos “con competencia y prestigio reconocidos y con más de diez años de experiencia profesional”<sup>65</sup>. En Andalucía, el Director del CTPDAn debe ser designado por el Parlamento andaluz y tratarse de “La designación deberá recaer en una persona de reconocido prestigio y competencia profesional, con una experiencia mínima de quince años en materias relacionadas con la administración pública”<sup>66</sup>. El modelo fijado en la normativa balear es de lo más adecuado al establecer que los tres miembros de la CRAIPIB deben ser juristas de reconocido prestigio con más de 5 años de experiencia profesional en el ámbito del derecho público<sup>67</sup>. En el caso catalán, la CGAIP está integrada por un mínimo de tres y un máximo de cinco miembros, los cuales deben ser “juristas especialistas en derecho público y técnicos en materia de archivos o gestión documental, elegidos entre expertos de reconocida competencia y prestigio y con más de diez años de experiencia profesional”<sup>68</sup>. El control sobre el perfil técnico de los candidatos se refuerza por la comparecencia preceptiva de los candidatos ante la comisión parlamentaria correspondiente de la cámara catalana. Desde la doctrina también se ha apuntado a que el alto nivel de requerimientos reduce las posibilidades de que los puestos sean ocupados por personas que respondan más a los intereses de los grupos parlamentarios como formaciones políticas (individualmente o por acuerdo entre ellos), que a la idoneidad en función de las labores a desempeñar<sup>69</sup>. Sin embargo parece acertada la crítica de la doctrina sobre la composición de la CGAIP, ya que dicha Comisión, al tener encomendada una función cuasi-judicial de control de legalidad sobre las reclamaciones en materia de derecho de acceso, debería contar de forma exclusiva con expertos con formación jurídica, siendo cuestionable que a las competencias reservadas a esta autoridad puedan desempeñarse de la forma técnicamente más correcta también por expertos en materia de archivos o gestión documental<sup>70</sup>. En este sentido, el legislador madrileño intenta afinar mayormente en este aspecto estableciendo que los consejeros

<sup>65</sup> Arts. 41.1 LTCV y 83.2 del decreto 105/2015 de desarrollo de la LTCV.

<sup>66</sup> Art. 11.1 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

<sup>67</sup> Art. 3.1 del Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de la Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública.

<sup>68</sup> Art. 40 LTCat.

<sup>69</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 99, mai. 2018.

<sup>70</sup> VELASCO RICO, Clara. Reconocimiento y protección del derecho de acceso a los documentos público en Quebec: especial referencia a la Comisión de Acceso a la Información. **Revista Catalana de Dret Públic**, Valladolid, n. 50, p. 137-138, mai. 2015.

del CTM serán elegidos “entre personas de reconocido prestigio con diez años de experiencia profesional acreditada en actividades relacionadas con el sector público, la transparencia y el acceso a la información pública”<sup>71</sup>. No obstante, hubiera sido más acertado hacer hincapié en la necesaria formación jurídica de los miembros del CTM.

*Representantes de la sociedad civil.* Por último, en algunas autoridades de transparencia, la normativa establece que parte de sus miembros sean representantes de la sociedad civil, del mundo laboral y productivo así como del asociacionismo. Debido a la variedad del diseño institucional de cada autoridad de transparencia<sup>72</sup> no hay un modelo uniforme, pero es posible observar que los representantes que pertenecen a esta categoría proceden de los siguientes ámbitos: intereses económicos y sociales; asociaciones de consumidores y usuarios; representantes de consejos de participación ciudadana;<sup>73</sup> representantes de organizaciones sindicales y empresariales.

### 4.3. Forma de designación de los miembros de las autoridades de transparencia

En palabras de Salvador Martínez, la “autonomía se garantiza sobre todo limitando o condicionando la participación del Gobierno en la elección y cese de los miembros de las «autoridades independientes»”<sup>74</sup>. Si asumimos como acertada esta consideración y la trasladamos a la configuración institucional de las autoridades de transparencia, llegaríamos a la conclusión de que sería deseable que la elección o designación de los miembros de dichas autoridades – o al menos de los órganos que tienen asignada

<sup>71</sup> Art. 74 LTM.

<sup>72</sup> El CTMu incorpora dos miembros del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia – en representación de los intereses económicos y sociales y de los consumidores y usuarios–, un representante del Consejo de Participación Ciudadana, dos representantes sindicales de las centrales sindicales mayoritarias, y un representante de las organizaciones empresariales (arts. 38.5.g-k) LTMu). El CTAr incorpora dos representantes de los agentes sociales, colectivos o asociaciones con mayor representatividad en la CA, y dos representantes de las organizaciones y asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios legalmente constituidas (arts. 37.4.e, h) y i) LTAr). El CTCV incorpora un representante de las organizaciones empresariales, un representante de las organizaciones sindicales, un representante de las asociaciones de consumidores y usuarios, y un representante del Consejo de Participación Ciudadana (arts. 41.2.d), g), h), i), y j) LTCV). El CTAn incorpora representantes de los entes locales, las entidades representativas de las personas consumidoras y usuarias, y las entidades representativas de los intereses económicos y sociales (arts. 49.3.c), e) y f) LTAn). El CTNv incorpora tres representantes de las entidades locales de Navarra (art. 65.1.c) LTNv). Finalmente, el CTGa –como órgano colegiado adscrito al Defensor del Pueblo, institución que tiene atribuidas las competencias del CT autonómico– tiene un representante de la Federación Gallega de Municipios y Provincias (art. 33.2.c) LTGa).

<sup>73</sup> CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

<sup>74</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, María. Partidos políticos y “autoridades independientes”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 104, p. 90, mai./ago. 2015.

la competencia de resolver las reclamaciones en materia de acceso – intervengan los parlamentos mediante fórmulas de votación con mayorías especialmente reforzadas. Desde esta perspectiva en este epígrafe se analizarán las formas de designación de los miembros de las autoridades de transparencia tal como se regulan en su correspondiente normativa.

En el modelo estatal, el presidente del CTBG es nombrado a propuesta del Ministerio de Hacienda, pero debe ser refrendado por mayoría absoluta de la comisión competente del Congreso de los Diputados<sup>75</sup>. Además, debe señalarse que será de aplicación al Presidente del CTBG el régimen jurídico previsto por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado, por explícita inclusión en su ámbito de aplicación (art. 1.2.e). Dicho régimen conlleva una serie de garantías en términos de requisitos de idoneidad, conflictos de intereses e incompatibilidades, especialmente intensos. En cualquier caso, en la doctrina se ha criticado que la facultad de proponer el candidato a ocupar la presidencia del CTBG dependa exclusivamente del gobierno<sup>76</sup>. En cambio, el Director del CTPDAn y el Presidente de CTNv son designados por sus respectivos parlamentos autonómicos por mayoría absoluta<sup>77</sup>. Parece *a priori* criticable que dicha mayoría absoluta sea suficiente para asegurar el mínimo de independencia formal para un órgano de estas características (Sierra Rodríguez, 2018, p. 84), especialmente ante los supuestos de mayorías parlamentarias de una sola formación política. Por lo tanto, deben señalarse positivamente aquellos modelos en los cuales se requieren mayorías reforzadas. En este sentido, la mayoría reforzada de las tres quintas partes del parlamento autonómico se exige en varias leyes autonómicas de transparencia. Es el caso de la Ley catalana para la elección de todos los miembros de la CGAIP<sup>78</sup>, de la Comunidad Valenciana para la elección de la Comisión Ejecutiva del CTCV<sup>79</sup>, de la Comunidad de Madrid para la elección de los tres miembros del CTM<sup>80</sup> y del Comisionado de Transparencia de Canarias<sup>81</sup>. La ley murciana exige en primera vuelta una mayoría reforzada de dos tercios de la Asamblea Regional para la designación del presidente del CTMu mientras que en segunda vuelta se rebaja a la mayoría absoluta<sup>82</sup>. En los supuestos de Galicia y Castilla y León, donde las competencias de los Comisionados de Transparencia se atribuyen a sus respectivos

<sup>75</sup> Art. 37.1 LTBG.

<sup>76</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 67, 2017.

<sup>77</sup> Arts. 47.2 LTAn y 65.2 LTNv.

<sup>78</sup> Art. 40.1 LTCat.

<sup>79</sup> Art. 41 LTCV.

<sup>80</sup> Art. 74.1 LTM.

<sup>81</sup> Art. 59.1 LTCn.

<sup>82</sup> Art. 38.6 LTMu.

Defensores del Pueblo, se prevén unas mayorías cualificadas en las cámaras legislativas; en efecto, tanto el Valedor del Pueblo gallego como el Procurador del Común castellanoleonés son escogidos por tres quintas partes de sus respectivos parlamentos<sup>83</sup>. En la forma de designación de los miembros de autoridad vasca el vínculo con el gobierno es el más intenso a pesar de proclamarse la independencia del órgano. Así, el presidente de la CVAIP recaerá en un alto cargo del gobierno autonómico, en concreto, el titular de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración, mientras los dos vocales serán funcionarios de carrera de la administración autonómica nombrados por el Consejero de Administración Pública previa convocatoria pública<sup>84</sup>. Si se añade que el desempeño de las funciones inherentes al cargo de las personas funcionarias no tiene lugar en régimen de dedicación exclusiva sino alternando con el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo, la autonomía real de órgano queda virtualmente muy en entredicho. No obstante, cabe destacar por el interés que podría suponer como instrumento de selección de candidatos, la convocatoria pública. Una convocatoria pública realmente abierta a todos los expertos en materia de transparencia, podría ser una fórmula de captación a combinar con los mecanismos parlamentarios de elección mediante mayorías reforzadas que ya hemos comentado, para lograr un mayor grado de independencia y experiencia de los integrantes de las autoridades. Se registra una influencia gubernamental significativa también en la autoridad balear: la CRAIPB está compuesta por tres miembros, con un marcado carácter técnico (juristas de reconocido prestigio con más de cinco años de experiencia en el ámbito del derecho público) pero designados por el Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero de Presidencia<sup>85</sup>, por ende sin que el Parlamento balear intervenga.

En cualquier caso, tampoco se puede confiar en que las mayorías cualificadas garanticen la independencia de los miembros de las autoridades. Es notorio que estos mecanismos, pensados para generar grandes consensos parlamentarios y evitar la elección de personas con dependencias de partido, pueden terminar en pactos tácitos para la repartición de cargos en función de cuotas partidistas<sup>86</sup>. Parece en cualquier caso poco adecuada la fórmula empleada en la Comunidad Valenciana, donde la Comisión Ejecutiva del CTCV, que reúne las competencias más relevantes entre las cuales la de resolución de las reclamación, está constituida por “un número de miembros es

<sup>83</sup> Art. 2.3 de la Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo de Galicia. Art. 6.4 de la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León.

<sup>84</sup> Art. 2.1 del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre de la CVAIP.

<sup>85</sup> Art. 3.1 del Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de la CRAIPB.

<sup>86</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, Elisa. Comentario al artículo 33. In: DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, Elisa; TARÍN QUIRÓ, Carlota (Coords.). **Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2014.

equivalente al de grupos parlamentarios con representación en Les Corts<sup>87</sup>. En efecto, aunque sea deseable asegurar la multiplicidad de sensibilidades políticas y evitar el alejamiento de las autoridades independientes de los mecanismos democráticos de exigencia de responsabilidades<sup>88</sup>, tampoco se puede caer en la institucionalización de un sistema partidocrático de cuotas. Esta circunstancia se vuelve especialmente importante en el caso de órganos que tienen encomendada una función de control de legalidad sobre las resoluciones de acceso a la información pública en las que no cabe la consideración de argumentos de oportunidad.

Finalmente, una nota característica propia de las autoridades de transparencia con representación institucional o de la sociedad civil, es que sus miembros son designados por las propias instancias a las que representan, sin elección o referendo de la cámara legislativa.

#### 4.4. La inamovilidad del cargo y la tasación de los supuestos de cese de los miembros de las autoridades de transparencia

A lo anteriormente expuesto debe añadirse otra pieza regulatoria destinada a reforzar la independencia de las autoridades de transparencia frente a los poderes públicos hacia los cuales desempeñarán su función de control: la regulación legal previa de las garantías de inamovilidad que se asegura mediante la previsión de causas claramente tasadas para el cese de los miembros de las autoridades. Dicha regulación es un factor común a las autoridades de transparencia, tal como se desprende de su normativa reguladora. La LTBG estatal determinó que los los supuestos de cese anticipado en el cargo de sus miembros son de aplicación tanto al Presidente como a los vocales del CTBG<sup>89</sup>, y se limitan a los siguientes supuestos: 1) Petición propia; 2) Separación acordada por el Gobierno bajo determinados supuestos: incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso. El estatuto de independencia del Presidente del CTBG, a la luz de sus importantes competencias – entre ellas, recordemos, la de resolver las reclamaciones en materia de acceso – es un factor esencial para alejarlo de las interferencias políticas indebidas<sup>90</sup>. En el caso de los vocales, se añaden los supuestos de pérdida de la condición que motivó su nombramiento (la condición de diputado, senador o consejero del Tribunal de Cuentas) o la propuesta de cese por parte de las

<sup>87</sup> Art 41.1 LTCV.

<sup>88</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, María. Partidos políticos y “autoridades independientes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 104, p. 90, mai./ago. 2015.

<sup>89</sup> Arts. 9.3 y 15.2 del Real Decreto 919/2014 por el que se aprueba el Estatuto del CTBG.

<sup>90</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El Consejo de transparencia y buen gobierno. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, n. 33, p. 11, mai. 2014.

instituciones a las que representan en el caso de incumplimiento sobrevenido de las condiciones que justificaron su nombramiento.

El análisis de las leyes y reglamentos autonómicos que regulan las correspondientes autoridades de transparencia pone de manifiesto que en la mayoría de los casos se han reproducido, las mismas causas tasadas de cese que hemos mencionado en relación con la normativa estatal<sup>91</sup>. Puede observarse, como elemento diferencial entre el CTBG estatal y las autoridades autonómicas en las cuales el procedimiento de designación de sus miembros intervienen sus respectivos parlamentos, que en este segundo supuesto serán las cámaras legislativas las que tendrán que apreciar las causas de cese legalmente establecidas. Es interesante señalar que en la LTM, en el caso de producirse algunas causas de cese “objetivas” (condena, muerte, incapacidad, renuncia y expiración del mandato), las vacantes en el cargo serán declaradas por la Presidencia de la Asamblea, en cambio, en los demás casos que requieren una valoración de las circunstancias que así las justifiquen (por ejemplo: el incumplimiento grave de las obligaciones propias del cargo) la decisión tendrá que ser adoptada por la cámara legislativa madrileña con una mayoría reforzada de tres quintas partes<sup>92</sup>, lo que supone ciertamente una fórmula ejemplar de protección de la independencia de los consejeros del CTM. Una excepción en sentido contrario es el director del CTAn, cuya separación es acordada por el Consejo de Gobierno autonómico teniendo que ser necesariamente oída la Comisión Consultiva del CTAn<sup>93</sup>. En los dos modelos de autoridades vinculadas a los defensores del pueblo, en cuanto a los Comisionados de transparencia, cuyas funciones están atribuidas al Valedor del Pueblo y el Procurador del Común, hay que acudir a las correspondientes leyes que regulan dichos defensores ya que ahí se prevén las causas de cese que son las que hemos comentado anteriormente en los demás casos. Debe notarse que en ambos supuestos, cuando deben apreciarse negligencia notoria o incapacidad sobrevenida (Castilla y León) y notorio incumplimiento de funciones o condena mediante sentencia firme por delito doloso (Galicia), se requiere una decisión de los parlamentos autonómicos con la mayoría reforzada de tres quintas partes<sup>94</sup>. Sin embargo, ya hemos visto que en estas dos comunidades la competencia de resolver las reclamaciones en materia de acceso se asignan a las Comisiones de Transparencia; pues

<sup>91</sup> Véase los siguientes arts: 38.6 LTMu; 10.5 del Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del CTAr; 61.1 LTCn; 47.4 LTAn, 11 y 13.2 del Decreto 434/2015 por el que regula el CTAn; 65.2 LTNv; 4.1 del Decreto 1/2019 del CRAIPIB; 76 LTM. En el caso del CTCV (arts. 84.3 y 87.2 RCTCV), su normativa excluye el incumplimiento grave de obligaciones y la condena por delito doloso. Por su parte, el CGAIP incorpora el hecho de superar los 70 años entre los supuesto de cese (art. 12.1.g del Decreto 111/2017 por el que se aprueba el reglamento de la CGAIP).

<sup>92</sup> Art. 76.2 LTM.

<sup>93</sup> Art. 47.4.c) LTAn.

<sup>94</sup> Arts. 5.1 de la Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo de Galicia y 9.1 de la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León.

ocurre que los miembros de dichas comisiones, con la exclusión de sus presidentes que son los Defensores del Pueblo, no tienen legalmente previstas unas causas tasadas de cese, ni su normativa de funcionamiento con rango reglamentario dice nada al respecto, por lo que se puede concluir que los miembros de estas comisiones de transparencia pueden ser cesados libremente por la autoridad que los designa: en un caso el propio Procurador del Común, en el otro el Valedor, la administración gallega o la federación de municipios gallegos en cuanto a sus propios representantes. Por último, en el caso vasco de la CVAIP en la que hay una estricta vinculación de sus tres miembros con la administración autonómica, la normativa reguladora de la Comisión establece que los dos vocales que son funcionarios de carrera nombrados por cuatro años, “únicamente podrán ser cesados por la expiración del mandato o previa instrucción del correspondiente procedimiento por la Presidencia, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso”<sup>95</sup>. Mientras nada se dice acerca de las causas de cese de la persona que ocupa la propia Presidencia de la CVAIP.

#### 4.5. Mandatos, dedicación e incompatibilidades de los miembros de las autoridades de transparencia

Para reforzar la independencia de las autoridades de transparencia y evitar los riesgos de posibles interferencias entre las autoridades de transparencia y los intereses de las mayorías políticas, es preferible que el mandato de los miembros de las citadas autoridades –o por lo menos, en caso de autoridades con estructura dual, de las personas que sean miembros de órganos con competencias para resolver las reclamaciones en materia de acceso – supere la duración de una legislatura para desacoplar temporalmente autoridades de control y poder ejecutivo y político en la dimensión temporal. A tal propósito, en la mayoría de las normativas de transparencia se establecen mandatos de cinco años: es el caso de la autoridad estatal, de la andaluza, de la catalana, de la canaria (no renovable)<sup>96</sup>, de la valenciana y de la asturiana (renovable por una sola vez)<sup>97</sup>. Concretamente, el mandato de los miembros de la CTBG estatal es prorrogable por cinco años más<sup>98</sup>, al contrario del mandato no renovable del Presidente del CTBG, quien, lo recordamos, tiene la competencia para resolver las reclamaciones (art. 37 LTBG). Igual previsión se aprecia en la normativa andaluza<sup>99</sup>. En cuanto a la CTCV, se establece que el mandato es renovable para la Comisión ejecutiva y no renovable para

<sup>95</sup> Art. 1.3 del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, de la CVAIP.

<sup>96</sup> Art. 59 LTCn.

<sup>97</sup> Arts. 65 y 67.5 LTAs.

<sup>98</sup> Art. 15 del Real Decreto 919/2014 por el que se aprueba el Estatuto del CTBG.

<sup>99</sup> Art. 47 LTAñ y art. 13 del Decreto 434/2015 por el que se aprueba los Estatutos del CTPDAn.

la Comisión consultiva<sup>100</sup>. Sin embargo, puesto que la Comisión ejecutiva resulta ser la competente en resolver las reclamaciones, esta solución parece algo insólita. En el caso catalán, se establece un mecanismo de renovación escalonada de la CGAIP: de acuerdo con su reglamento<sup>101</sup>, el mandato de los miembros es de cinco años, no renovable, y la Comisión se renueva parcialmente cada dos años y medio. Murcia y Castilla-La Mancha prevén un mandato de diferente duración para sus órganos: en el CTMu, el presidente el cargo del presidente es de cinco años y no es renovable, mientras que la duración del mandato de los miembros es de cuatro años<sup>102</sup>; respecto a la autoridad manchega, para la comisión ejecutiva se dispone un mandato de cinco años (renovable una vez más), que se reduce a cuatro para la comisión consultiva. La normativa de la CVAIP, del CTAr y de CTNv establecen una duración del mandato de cuatro años<sup>103</sup>. En el supuesto navarro, el mandato del Presidente no es renovable. El único caso en el que se establece una duración inferior a aquella de un mandato político es el caso de la CRAIPIB, cuyo mandato es de 3 años (art. 3.1, Decreto 1/2019). Difiere de todos los mecanismos anteriormente analizado la nueva normativa madrileña: de acuerdo con el art. 75 de la LTM, los consejeros serán elegidos por un período de seis años no renovable y la presidencia del CTPM será ejercida por un período de dos años de forma rotatoria.

En segundo lugar, los regímenes de incompatibilidades resultan esenciales para evitar que los miembros de las autoridades de transparencia incurran en conflictos de intereses o minen la imparcialidad de la autoridad. Por este motivo es importante que el régimen de incompatibilidades de los miembros de las autoridades se encuentre bien detallado en la normativa reguladora de las mismas<sup>104</sup>. Además, para fortalecer dicha imparcialidad e independencia, en algunos supuestos, las normativas de transparencia establecen para los miembros o para el presidente de la autoridad una dedicación exclusiva. En palabras de Martín Delgado, se trata de “requisitos materiales fundamentales para el ejercicio de una función cuasi-judicial como la que tienen encomendada los órganos de control en materia de transparencia”<sup>105</sup>. De hecho, la necesidad de que determinadas funciones se desvincularan del poder político fue el principal argumento que justificó, tanto en España como en otros países, la creación de lo que con el tiempo pasarían a denominarse autoridades administrativas independientes para la garantía

<sup>100</sup> Art. 41 LTCV, arts. 84 y 87 del Decreto 105/2017 de desarrollo de la LTCV.

<sup>101</sup> Art. 10 del decreto 111/2017 por el que se aprueba el Reglamento de la CGAIP.

<sup>102</sup> Art. 38 LTMu.

<sup>103</sup> Art. 2.3 del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre de la CVAIP; Art. 10 del Decreto 32/2016 por el que se aprueba el reglamento del CTAr; Art. 65 LTNv.

<sup>104</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, n. 45, p. 98, mai. 2018.

<sup>105</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y eficaz? In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). *Las vías administrativas de recurso debate*, Madrid, p. 296, jan./mai. 2016.

de ciertos sectores económicos y la protección de derechos fundamentales respecto de los intereses ejecutivos y partidistas<sup>106</sup>.

En los supuestos en los que el presidente es el órgano competente para resolver las reclamaciones contra las resoluciones en materia de acceso, su régimen de incompatibilidad resulta más estricto en comparación con los demás miembros de la autoridad. Es el caso del CTBG, en el que al presidente se reconoce dedicación exclusiva<sup>107</sup>. Aunque ni en la LTGB ni en el reglamento se concreta un régimen de incompatibilidades para su figura, al presidente se le aplican las incompatibilidades establecidas por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado. En cuanto a la Comisión, en cambio, la condición de miembro no exige dedicación exclusiva ni da derecho a remuneración<sup>108</sup>. Un régimen mucho más preciso se encuentra en la normativa reglamentaria del CTPDAn<sup>109</sup>: el director, al que se le reconoce dedicación exclusiva, tiene la consideración de Alto Cargo autonómico y estará sujeto al régimen de incompatibilidades y obligaciones de los Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, “[i]gualmente, le resulta de aplicación el régimen de buen gobierno previsto en la [LTBG estatal]”. Además se detallan una serie de estrictas incompatibilidades políticas y de desempeño de puestos directivos que se aplican al Director del CTPDAn: el ejercicio de cualquier cargo electo o de designación política; el desarrollo de cualquier cargo o puesto en las Administraciones Públicas o sus entidades públicas o privadas adscritas o dependientes; la representación de cualquier Administración en los órganos de gobierno o consejos de dirección de empresas de capital público; la afiliación o el ejercicio de funciones de dirección o ejecutivas en partidos políticos, organizaciones sindicales o empresariales; el ejercicio de cualquier cargo o puesto de dirección o ejecutivas en fundaciones o asociaciones relacionadas con las competencias del Consejo; tener directa o indirectamente intereses en empresas, entidades o sociedades cuyo objeto social o actividad estén relacionados con las competencias del Consejo. En el caso del CTAs, en cambio, el art. 65 de la LTAs establece simplemente que el Presidente tiene la condición de alto cargo, mientras que en el supuesto del CTCn, unipersonal, el régimen de incompatibilidades resulta ser particularmente reforzado. A tal propósito, el art. 60 LTCn, dispone que “[e]l cargo de comisionado o comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública es incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o sindicato, con el desempeño de

<sup>106</sup> RALLO LOMBARTE, Artemi, **La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, Madrid, p. 65-151, 2002.

<sup>107</sup> Art. 11 del Real Decreto 919/2014 por el que se aprueba el Estatuto del CTBG.

<sup>108</sup> Art. 36.3 LTGB

<sup>109</sup> Art. 9 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del CTPDAn.

funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional, mercantil o laboral". En cuanto al presidente del CTMu y del CTNv, las relativas normativas disponen la incompatibilidad con la pertenencia a un partido político, incluyendo los cuatros años anteriores a su elección<sup>110</sup>.

En tercer lugar, en los casos del CTPDAn, del CTAs, del CTMu, y del CTNv para los miembros de los consejos no se establecen remuneraciones, se prevén únicamente indemnizaciones o dietas<sup>111</sup>. La falta de retribución es característica también para los miembros de la CRAIPIB<sup>112</sup>, del CTAr<sup>113</sup>, del CTCV<sup>114</sup>; sin embargo, mientras que en estos últimos dos supuestos no se establece un régimen de incompatibilidades, ser miembros de la CRAIPIB es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo electivo o de designación política en una institución o ente público<sup>115</sup>, se establece según la normativa balear una indemnización por asistencia a cada sesión<sup>116</sup>. Esta falta de retribución, al contrario de ser vista como una virtud pública, debería considerarse como un factor de preocupación; en efecto, de acuerdo con Jiménez Asensio: "no es fácil que nadie se dedique "por afición" a controlar efectivamente al poder"<sup>117</sup>. Por tal motivo, surge un factor potencial de riesgo para el funcionamiento imparcial de la autoridad. En conclusión, sería deseable que quién ocupa ostenta la condición de miembro de un autoridad de transparencia sea un experto que lo haga en régimen de dedicación absoluta, con un estricto régimen de incompatibilidades y que por su función reciba una adecuada remuneración.

En la normativa de Castilla-La Mancha se detalla un régimen diferenciado para la Comisión Ejecutiva y la Consultiva: solo en relación con la primera se dispone una dedicación exclusiva y un régimen de incompatibilidades<sup>118</sup>. Para las autoridades con

<sup>110</sup> En el caso del CTMu, el cargo de presidente es incompatible, además con el desempeño de cualquiera de los puestos señalados en el artículo 14.2 de la LTMu. En el caso del CTNv, el cargo de presidente es incompatible con cualquiera de los cargos a los que se refiere la legislación sobre incompatibilidad de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración Foral de Navarra.

<sup>111</sup> Art. 9.2 de los Estatutos del CTPDAn; Art. 65 LTAs; Art. 38.8 LTMu; Art. 65.3 LTNv.

<sup>112</sup> Perciben solo una indemnización de 360 € por la asistencia a cada sesión formalmente convocada e indemnizaciones para los gastos de desplazamiento a estas.

<sup>113</sup> Art. 15 del Reglamento de organización y funcionamiento del CTAr.

<sup>114</sup> Arts. 80 y 87 del Decreto de desarrollo de la LTCV.

<sup>115</sup> Art. 3.2, Decreto 1/2019 regulador de la CRAIPIB.

<sup>116</sup> Disposición adicional primera del Decreto 1/2019 regulador de la CRAIPIB.

<sup>117</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 67, 2017; MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. **Dilemata**, Madrid, n. 27, p. 272, abr. 2018.

<sup>118</sup> Art. 9.2 del Reglamento 2018/8275 de organización y funcionamiento del CTCM: "El presidente y los adjuntos de la Comisión Ejecutiva quedarán sujetos al mismo régimen de incompatibilidades establecido en la ley reguladora del régimen jurídico del Consejo de Gobierno y el de sus miembros".

un perfil más técnico, como la catalana y la madrileña, las normativas disponen una dedicación exclusiva. En el caso catalán, el régimen de incompatibilidades es el propio del personal al servicio de las administraciones públicas; además los miembros quedan asimilados a la condición de alto cargo a efectos retributivos, ejercen el cargo en régimen de dedicación exclusiva, y están sujetos al régimen de incompatibilidades dispuesto en la misma LTCat<sup>119</sup>. En cuanto a la CTM, el art. 75.1 LTM establece que “El cargo de presidente y consejero será incompatible con todo cargo o empleo en la Administración pública en situación de servicio activo salvo la actividad docente, con el desempeño de cualquier cargo público o político, con todo mandato representativo, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio activo de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional, mercantil o laboral”, por lo cual se entiende que se trata de cargos con dedicación exclusiva.

Finalmente, en los casos castellanoleonés y gallego, se tiene que hacer referencia a las normativas de los respectivos Defensores del Pueblo. En cuanto al Valedor del Pueblo, su cargo es incompatible con todo mandato representativo, cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en servicio activo de cualquier administración pública; con la condición de miembro de partido político o con el desempeño de funciones directivas en un partido, sindicato, asociación o fundación, o con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal o de cualquier actividad profesional, judicial, mercantil o laboral<sup>120</sup>. Compatibilidades similares prevé la normativa del Procurador del Común de Castilla y León. Este último, sin embargo, puede optar por desempeñar sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial y, en el segundo caso, deberá pedir autorización a la Comisión Parlamentaria de Relaciones con el Procurador del Común<sup>121</sup>.

## 5. MEDIOS ECONÓMICOS, MATERIALES Y PERSONALES DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA

Las garantías formales relativas al funcionamiento de las autoridades de transparencia resultan fundamentales para dotar las mismas de autonomía. A tal propósito, consideramos oportuno analizar tanto la disponibilidad de medios económicos y materiales propios, como la autonomía financiera de la autoridad de transparencia estatal y de las autonómicas. Asimismo, se hará referencia a los medios personales.

<sup>119</sup> Arts. 40.4 LTCat y 11 del decreto 111/2017 por el que se aprueba el Reglamento de la CGAIP.

<sup>120</sup> Art. 7 LVP.

<sup>121</sup> Art. 7, Resolución de 20 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Procurador del Común de Castilla y León.

Huelga recordar que la LTGB y la mayoría de las citadas leyes autonómicas de transparencia han sido aprobadas en circunstancias de recesión económica y de post-crisis, por los que los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y del límite del gasto público<sup>122</sup> se encuentran conjugados, en diferentes formas, en las leyes de aprobación o en los estatutos de creación de sendas autoridades. Así, en cuanto al CTBG, la Disposición Adicional del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dispone expresamente la prohibición de incremento del gasto público para la creación del CTBG: “La creación y puesta en funcionamiento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no podrán suponer incremento de dotaciones, retribuciones, u otros gastos de personal ni, por otros conceptos, incremento neto de estructura o de personal al servicio del sector público estatal. El Consejo se dotará exclusivamente mediante la redistribución de efectivos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sus organismos y entidades públicas, y su funcionamiento se atenderá con los medios materiales y personales de que dispone actualmente la Administración”. De igual tenor resultan la DA 2ª de la LTCL<sup>123</sup>, la DA 5ª LTAs<sup>124</sup> y la DA 4ª del Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón<sup>125</sup>.

En la DF 1ª del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, en cambio, se hace referencia a los citados principios, pero sin establecer una negativa explícita al incremento del gasto público.

### 5.1. Medios económicos y gestión presupuestaria

Salvador Martínez remarca la importancia de autonomía financiera para garantizar autonomía a las autoridades de transparencia. De acuerdo con la autora “[e]sta autonomía suele considerarse menor, pero no lo es, porque, si la financiación depende de una decisión del Gobierno o del Parlamento, como ocurre por regla general, esto otorga una importante vía de influencia a estos órganos y puede suponer, como ha

<sup>122</sup> Vid. Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

<sup>123</sup> DA 2ª LTCL “El Procurador del Común atenderá con los medios materiales asignados y con el personal actualmente existente, sin incremento de gasto, el ejercicio de las funciones del Comisionado y de la Comisión de Transparencia”.

<sup>124</sup> “La adaptación de las estructuras orgánicas y de las relaciones de puestos de trabajo a lo dispuesto en esta Ley se hará sin incremento de plantilla, ni de los gastos de personal, en cumplimiento de lo previsto en las correspondientes Leyes del Principado de Asturias de Presupuestos Generales y de conformidad con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

<sup>125</sup> “La creación y puesta en funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón no podrá suponer incremento de dotaciones, retribuciones u otros gastos de personal ni, por otros conceptos, incremento neto de estructura o de personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

sucedido ya en algún caso, que el Parlamento o el Gobierno lleguen a paralizar la actividad de una «autoridad independiente» negándose a financiarla<sup>126</sup>.

El análisis de la normativa estatal muestra que, además de las asignaciones que se establezcan anualmente con cargos a los Presupuestos Generales del Estado, los medios económicos del CTBG se componen por otros ingresos “autónomos”. Lo mismo establecen las normativas del CTPDAn andaluz y del CTNV navarro. En cuanto a la autoridad estatal, se trata de las subvenciones y aportaciones que se puedan conceder a su favor, procedentes de fondos específicos de la Unión Europea o de otros organismos internacionales, los bienes y valores que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo y de cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos (art. 21 LTBG). En cuanto a la andaluza, además de las subvenciones, constan los rendimientos de las publicaciones, estudios y demás actuaciones del Consejo, las contraprestaciones derivadas de los convenios firmados por el Consejo, los rendimientos de los bienes o valores de su patrimonio y cualesquiera otros que pudiera recibir según lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (art. 19 Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del CTPDAn). Una previsión parecida se halla también en el art. 71 de la LTNv.

Con referencia al presupuesto, una cierta autonomía en la gestión presupuestaria se podría observar en las disposiciones relativas al CTBG (arts. 21 y 22 LTGB). El art. 22 establece, entre otras cosas, que anualmente el CTBG elaborará – y su presidente aprobará – un anteproyecto de presupuesto, con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, aunque posteriormente lo remitirá a éste para su integración en los Presupuestos Generales del Estado (de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre). Además se establece que “[e]l presupuesto tendrá carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos por categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal que, en todo caso, tendrán carácter limitativo y vinculante por su cuantía total, y de las subvenciones nominativas y las atenciones protocolarias y representativas, que tendrán carácter limitativo y vinculante cualquiera que sea el nivel de la clasificación económica al que se establezcan”. De tal manera que, excluyendo las categorías establecidas, la distribución interna del gasto tiene naturaleza de previsión (estimativa), que puede ser decidida por el CTBG (y aprobada por su presidente). Sin embargo, si bien en teoría de las disposiciones citadas emerge una vocación autónoma del presupuesto del CTBG <sup>127</sup>, la praxis suele ser diferente, puesto que la estructura de

<sup>126</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, María. Partidos políticos y “autoridades independientes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 104, p. 91, mai./ago. 2015.

<sup>127</sup> SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Valladolid, n. 45, p. 82, mai. 2018.

los presupuestos resulta decidida por el Ministerio de Hacienda, sin que el CTBG sea siquiera consultado<sup>128</sup>.

La posibilidad para la autoridad de transparencia de elaborar y aprobar su propio anteproyecto de presupuesto, que posteriormente será incorporado en el presupuesto de la Comunidad Autónoma correspondiente, se especifica en el anteriormente citado decreto andaluz (art. 20) y en la ley murciana, por la que se prevé una sección propia dentro de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma (art. 38bis LTMu). En cuanto a la Castilla-La Mancha el procedimiento resulta diferente ya que la aprobación del anteproyecto no será a cargo del CTCM sino que será aprobado, a propuesta de la Presidencia de la Comisión Ejecutiva, por la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha, que lo remitirá a la consejería con competencias en materia de hacienda para su integración en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha (art. 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, 2018/8275). Esto se justifica en cuanto el CTCM no tiene un patrimonio propio, independiente del de las Cortes de Castilla-La Mancha: sus bienes y derechos se integran dentro del inventario general de bienes y derechos de las Cortes (art. 20 del citado reglamento). Lo mismo se puede argumentar del CTAr, por el que no está prevista partida presupuestaria propia y diferenciada y cuya financiación está prevista con cargo al Departamento competente en materia de transparencia<sup>129</sup>.

Con referencia a la normativa catalana cabe mencionar que el Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CGDAIP prevé la existencia de una partida específica dentro del presupuesto del Departamento al que se adscribe (art 52). Además, dispone que la Comisión propone anualmente los recursos necesarios para desarrollar su actividad en función de las reclamaciones tramitadas y de la actividad desarrollada. Si bien es el Gobierno el que “debe dotar a la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de los medios personales y materiales necesarios para garantizar su independencia orgánica y funcional en el ejercicio de sus funciones”, esto se hará previa propuesta anual del presidente de la CGDAIP de los recursos y medios personales y materiales necesarios para el ejercicio adecuado de sus funciones (art. 51). Con este cambio, de acuerdo con Martín Delgado<sup>130</sup>, el modelo de

<sup>128</sup> Fuente: “El Consejo de Transparencia dejó sin gastar el 37% de su presupuesto por un mal reparto de Hacienda”, publicado en Eldiario.es en fecha 16 de febrero de 2019. Disponible en: <[https://www.eldiario.es/sociedad/Hacienda-Consejo-Transparencia-utilizar-presupuesto\\_0\\_865463624.html](https://www.eldiario.es/sociedad/Hacienda-Consejo-Transparencia-utilizar-presupuesto_0_865463624.html)>.

<sup>129</sup> Art. 15 Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón.

<sup>130</sup> MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de las autoridades de transparencia. In: MARTÍN DELGADO, Isaac; GUICHOT REINA, Emilio; CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. **Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora**. Barcelona-Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019, p. 59.

autorización de gastos deja el paso al modelo de existencia de presupuesto propio con capacidad y autonomía para ejecutarlo. Similar resulta la disposición valenciana relativa a la CTCV (art. 77, Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del CTCV).

En cuanto a las restantes autoridades, no se observa una concreción o un grado de detalle legal como en las anteriormente analizadas; sin embargo, la normativa navarra (art. 67 LTNv) y canaria (art. 62.2 LTCn) manifiestan una atribución de recursos materiales y personales facilitados por la institución a la que está adscrita cada autoridad de transparencia.

Finalmente, respecto a los dos casos de autoridades vinculadas a los Defensores del Pueblo – los CTVP/ CTGa gallego y el CTPC/ CTCL de Castilla y León –, ambas normativas establecen que sendas autoridades de transparencia contarán con los medios materiales y personales asignados a las defensorías.

## 5.2. Medios personales

En cuanto a los medios personales, la autoridad de transparencia estatal, así como la andaluza disponen de su propia relación de puestos de trabajo (RPT). La CTBG dispone de una relación propia de puestos de trabajo (art 26 LTBG), propuesta por el presidente a los órganos competentes de la Administración General del Estado, en la que constarán los puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por personal funcionario<sup>131</sup>, así como la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión de puestos y las retribuciones complementarias. De acuerdo con el citado artículo, el resto de puestos de trabajo serán desempeñados, con carácter general, por personal funcionario y solo excepcionalmente podrán existir puestos de personal laboral. Una previsión parecida es introducida por el art. 16 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del CTPDAn. En el caso catalán, los puestos de trabajo de la CGAIP constan en la RPT del departamento en el cual se adscribe (art. 53 del Reglamento de la CGAIP), con la naturaleza, la denominación, el número de plazas por grupos y niveles, la forma de provisión y el resto de elementos que hay que incluir, determinados de acuerdo con la normativa aplicable al personal al servicio de la Administración de la Generalitat. En cuanto a la autoridad asturiana, el art. 63.2 de la LTAs dispone que el CTAs contará con el personal funcionario del Principado de Asturias que le sea adscrito.

<sup>131</sup> “[...] por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas” Art. 26 LTBG.

Muchas normativas, en cambio, hacen limitada referencia solo a la suficiencia de medios facilitados por la institución a las que las autoridades están adscritas, es decir apoyo jurídico, técnico y administrativo y medios personales que sean necesarios: es el caso de la normativa canaria<sup>132</sup>, navarra<sup>133</sup> y madrileña<sup>134</sup>. A tal propósito, para el CTCV valenciano se establece que el soporte administrativo será prestado por una unidad administrativa de la consejería competente en materia de transparencia y acceso a la información pública (art. 39 LTCV y art. 79 del Reglamento del CTCV).

El modelo previsto en la destinación de personal por CTCM de Castilla-La Mancha, en cambio, es mixto, como se recaba por el art. 22 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno: por un lado, será el personal de las Cortes de Castilla-La Mancha a prestar apoyo jurídico, técnico y administrativo al CTCM, por el otro, el CTCM contará, además, con los medios personales necesarios conforme a la relación de puestos de trabajo que apruebe la Mesa, a propuesta de la Presidencia de la Comisión Ejecutiva, previo informe del letrado mayor. En el caso aragonés, el art. 2 del Reglamento del CTAr establece que el departamento al que se encuentra adscrito “habrá de poner a su disposición los medios personales, técnicos y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones”.

Finalmente, las autoridades de transparencia de Galicia y Castilla y León disponen del personal propio de las correspondientes defensorías del pueblo (art. 6 del Reglamento interno de la CTGa y art. 15 de la LTCL).

## 6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La adopción en toda España de normativas específicas en materia de transparencia y la creación, tanto a nivel estatal como en la mayoría de Comunidades Autónomas, de autoridades de control del cumplimiento de dicha normativa – y, muy especialmente, dotadas de competencias para resolver las reclamaciones en materia de acceso sustitutivas del régimen ordinario de los recursos administrativos – apunta al reforzamiento de la aproximación regulatoria en materia de prevención de la corrupción<sup>135</sup>. Se ha expuesto que los mandatos resultantes de las previsiones legislativas constituyen uno de los tres requisitos necesarios para poder inferir que las leyes y las autoridades de transparencia españolas se encuadran en el marco teórico de la

<sup>132</sup> Art. 62.2 LTCn.

<sup>133</sup> Art. 67 LTNv.

<sup>134</sup> Art. 73.2 LTM.

<sup>135</sup> DE BENEDETTO, Maria. La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio. In: PONCE SOLÉ, Juli; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. **Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción**. Madrid: INAP, 2017, p. 71-85; LEAL, Mónica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

*regulation-inside-government*. Sin embargo, era necesario comprobar el cumplimiento de otros dos criterios: Por una parte, la existencia de organismos públicos con capacidad de incidir en la actividad de otros (*"to shape the activities of another [bureaucracy]"*). En este sentido parece que la asignación de la mencionada función de control de las resoluciones en materia de acceso, junto con las demás competencias de evaluación, información, asesoramiento y formación, cumple el segundo requisito. Por otra parte, el tercer requisito – *"some degree of organizational separation between the 'regulating' bureaucracy and the 'regulatee'"* – atañe la garantía de la independencia de las autoridades de transparencia; ésta es cuestión en la que se ha centrado el foco analítico del presente trabajo.

La siguiente tabla contiene información sobre la naturaleza jurídica de las autoridades de transparencia, su adscripción, su composición y la duración del mandato de sus miembros, con especial atención a la duración en el cargo de los miembros del órgano colegiado o del órgano unipersonal que ostenta la competencia para resolver las reclamaciones en materia de transparencia. Estas informaciones, junto con los demás elementos que se han analizados en el texto, relativos a la forma de designación, la inmovilidad, las causas de cese, la dedicación y las incompatibilidades de los miembros de las autoridades, así como la disposición de medios necesarios para llevar a cabo las funciones atribuidas, nos permiten formular una serie de reflexiones conclusivas.

<b>TABLA 1. LEYES Y AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA</b>			
<b>Ley estatal de transparencia:</b>	Acronimo utilizado (leyes)	Autoridades de Transparencia	Acronimo utilizado (autoridades)
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	LTBG	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	CTBG
<b>Leyes autonómicas de transparencia</b> (orden cronológico):			
17) Ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y buen gobierno de las Islas Baleares	LBAIB	Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública de las Islas Baleares (creada por el Decreto 1/2019 y no por la LBAIB)	CRAIPIB
18) 2) Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura	LGAEEx	--	--

19) Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía	LTA <sub>n</sub>	Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía	CTPDAn
20) Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja	LTL	--	--
21) Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia	LTMu	Consejo de Transparencia de la Región de Murcia	CTMu
22) Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias	LTC <sub>n</sub>	Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública	CTC <sub>n</sub>
23) Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña	LTCat	Comisión de Garantía de Acceso a la Información Pública de Cataluña	CGAIP
24) Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León	LTCL	Comisionado de Transparencia; Comisión de Transparencia	CTPC CTCL
25) Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón	LTA <sub>r</sub>	Consejo de Transparencia de Aragón	CTA <sub>r</sub>
26) Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana	LTCV	Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno	CTCV
27) Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia	LTGa	Comisionado de Transparencia (CTVP); Comisión de Transparencia (CTGa)	CTVP CTGa

28) Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha	LTCM	Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno	CRTCm
29) Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria	LTCb	Consejo de Transparencia de Cantabria (previsto)	CTCb
30) Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Navarra	LTVn	Consejo de Transparencia de Navarra	CTNv
31) Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias	LTA <sub>s</sub>	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (previsto)	CTA <sub>s</sub>
32) Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid	LTM	Consejo de Transparencia y Participación	CTM
		Comisión Vasca de Acceso a la información Pública (Creada por el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre)	CVAIP

Este estudio se ha centrado en la importancia del diseño institucional resultante de configuración normativa, en la medida en que puede favorecer (o dificultar) la independencia real de las autoridades de transparencia. La heterogeneidad de las fórmulas empleadas por los legisladores pone de manifiesto que no hay un modelo único a seguir para lograr la independencia de estas autoridades respecto del poder político y de los ejecutivos, así como el no sometimiento a instrucciones jerárquicas y la imparcialidad de sus decisiones. Sin embargo, el análisis llevado a cabo ha permitido identificar elementos y factores cuya existencia permite responder con mayor adecuación a las finalidades expuestas.

En cuanto a la cuestión de la naturaleza jurídica de las autoridades de transparencia se puede afirmar que la personalidad jurídica propia resulta la condición formal más adecuada pero no necesariamente suficiente para garantizar su independencia. No obstante, no deja de ser una característica conveniente, en la medida en que se puede asociar a otros factores que incrementan el nivel de independencia de la autoridad, como la existencia de una dotación de recursos adecuada.

El sistema de designación parlamentaria de los miembros de las autoridades de transparencia mediante mayorías reforzadas, además de otorgar mayor legitimidad a

las propias autoridades, refuerza la independencia de sus miembros introduciendo *ab initio* una garantía de separación respecto del poder ejecutivo, cuyas actuaciones serán mayoritariamente objeto de control. En este mismo sentido, también la competencia y el sistema para proponer candidatos para las autoridades debería alinearse con un modelo plural y abrirse a fórmulas inusuales en nuestro ordenamiento, como la convocatoria pública de expertos.

La especialización es un requisito legal derivado del art. 112 LPAC, a causa de la sustitución del régimen ordinarios de los recursos administrativos por el sistema de reclamación ante las autoridades de transparencia. Como consecuencia, debe insistirse en el necesario perfil técnico-jurídico de los miembros del órgano llamado a conocer de la legalidad de las reclamaciones contra las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública.

La garantía de independencia requiere también evitar que los mandatos de los miembros de las autoridades de transparencia coincidan con el período de cada legislatura, al fin de reducir cualquier riesgo de sumisión política.

El ejercicio de una importante función de control, que puede calificarse de cuasi judicial para aquellas autoridades de transparencia que asumen las competencias para resolver las reclamaciones en materia de acceso a la información pública, aconseja claramente que se adopte un régimen de dedicación exclusiva y un severo régimen de incompatibilidades para los miembros de tales autoridades. Dicho régimen debe prevenir riesgos de conflicto de intereses profesionales, personales, ideológicos y económicos que puedan afectar a la imparcialidad de las decisiones. Además, es importante establecer incompatibilidades tanto durante el ejercicio del cargo como con posterioridad a su cese.

Es preciso que los miembros de las autoridades de transparencia dispongan de un estatuto de inamovilidad y que exista una estricta tipificación de los supuestos de cese, al fin de proteger el ejercicio del cargo de cualquier interferencia o posible amenaza de interrupción de su mandato.

En materia de diseño institucional de las autoridades de transparencia, a pesar de que la LTBG no establezca un modelo definido y que se otorgue un amplio margen de configuración a los legisladores, la lectura sistemática de la legislación administrativa conlleva a la necesidad de que el órgano de control competente para la resolución de las reclamaciones sustitutivas del régimen ordinario de recursos debe tener carácter colegiado, según lo establecido por el art. 112 LPAC. Algunas autoridades de transparencia incumplen este requisito ya que la normativa reguladora asigna la citada competencia a un órgano unipersonal. La pluralidad de opiniones y la necesaria deliberación del modelo colegiado resulta en cualquier caso preferible, aunque sea necesario adoptar las precauciones necesarias para evitar que el órgano colegiado pueda ser "capturado" por la lógica del sistema partidocrático de cuotas.

Por último, cabe avisar que aún existiendo el reconocimiento de la independencia y el blindaje de los miembros de las autoridades de transparencia contra las interferencias e intereses ajenos a la legalidad y el interés general, sin la disposición de los medios materiales y personales necesarios no es posible hacer efectiva dicha independencia ni realizar las funciones encomendadas. Por lo tanto, en aquellos casos en los cuales las autoridades no disponen de la posibilidad de decidir su presupuesto y definir su plantilla, queda debilitada su autonomía y la posibilidad efectiva de poder realizar su misión institucional. Asimismo las referencias indeterminadas a la redistribución interna de medios económicos y humanos en contextos de no incremento del gasto suponen un claro riesgo de infradotación de recursos.

## 7. REFERENCIAS

ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso; MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Dirs.). **El régimen jurídico de los sectores de actividad de la Comunidad de Madrid**. Madrid: Dykinson, 2017.

BALLBÉ, Manuel, MARTÍNEZ, Roser. Law and Globalization: Between the United States and Europe. ROBALINO-ORELLANA, Javier, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Eds.) **Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa**. Cameron: Cameron May, 2010.

BARTLE, Ian, VASS, Peter. "Self-Regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?" **Public Administration**, v. 85, n. 4, pp. 885-905, oct./dez. 2007.

BELARRA GORROCHATAGUI, Javier. Los consejos de transparencia autonómicos en España: ¿Marketing político o vectores de buen gobierno?. **Revista Internacional de Transparencia e Integridad**, Barcelona, n. 6, p. 1-13, ene./abr. 2018.

BERMEJO LATRE, José Luis, CASTEL GAYÁN, Sergio (Eds.) **Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI**. Zaragoza: Gobierno de Aragón, Departamento de Hacienda y Administración Pública, 2013.

BERNARDÍ GIL, Xavier. Una visió general de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. **Activitat Parlamentària**. Barcelona, n.28, p. 53-71, mai. 2015.

BLANES CLIMENT, Miguel Ángel. **La Transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016.

CAPDEVILA PONCE, Gemma; SOLERNOU VIÑOLAS, Àgata. El sistema de garantías previst en la Llei de transparència, accés a la informació i bon govern. **Activitat Parlamentària**, Barcelona, n. 28, p. 86-104, 2015.

COTINO HUESO, Lorenzo. El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental. **UNED. Teoría y Realidad Constitucional**, Barcelona, n. 40, p. 279-316, jan./mai. 2017.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo (Coord.). **Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, Elisa. Comentario al artículo 33. In: DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO; Elisa, TARÍN QUIRÓ, Carlota (Coords.). **Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2014.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, Madrid, n. 4, p. 9-39, jul./ dic. 2015.

GIMENO FELIU, José Maria. Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia. **Revista Internacional de Transparencia e Integridad**, Madrid, n. 9, p. 1-17, ene./abr. 2019.

GUICHOT, Emilio (Coord.). **Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre**. Madrid: Tecnos, 2014.

HARDEN, Ian. Regulating Government. **The Political Quarterly**, London, v. 66, issue 4, p. 299-306, oct./dez. 1995.

HOOD, Christopher; JAMES, Oliver; JONES, George; SCOTT, Colien; TRAVERS, Tony. **Regulation Inside Government. Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-busters**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). **La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Instituciones de garantía de la transparencia. **El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 68, p. 60-75, 2017.

KAYE, Robert. Regulating Parliament: the regulatory state within Westminster. **Discussion Paper 13, Centre for Analysis of risk and regulation**, LSE, p. 1, Jun. 2003. Disponible en: <<http://eprints.lse.ac.uk/35999/1/Disspaper13.pdf>>.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.). **Las vías administrativas de recurso a debate**. Madrid: INAP, 2016.

MARTÍN DELGADO, Isaac; GUICHOT REINA, Emilio; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. **Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora**. Barcelona-Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019.

MARTÍN DELGADO, Isaac. La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control. **Dilemata**, Madrid, n. 27, p. 288-289, abr. 2018.

MAYONE, Giandomenico. **Regulating Europe**. London-New York: Routledge, 1996.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. **La Transparencia en las administraciones públicas: el procedimiento de acceso a la información pública**. Barcelona: Bosch, 2013.

MULGAN, Richard. **Holding power to account: accountability in modern democracies**, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

ORTEGA, David. **Retos de la libertad de información**. Madrid: Dykinson, 2017.

OTERO PARGA, Milagros María. El compromiso con la transparencia: Especial referencia a la realidad gallega. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, n. 39, p. 308-309, jun. 2018.

OTERO PARGA, Milagros María. Transparencia e información pública. **Revista Española de la Transparencia**, Madrid, n. 4, p. 66-86, sep. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

PIÑAR MAÑAS. Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, n. 49, p. 1-19, oct./dic. 2014.

PONCE SOLÉ, Juli; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. **Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción**. Madrid: INAP, 2017.

RALLO LOMBARTE, Artemi, **La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, Madrid, 2002.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet*: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 1-19, mai 2014.

RIDAO, Joan. La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica: Un estudio comparado. **Revista General de Derecho Constitucional**. n. 19, p. 1-31, 2014.

RIDAO, Joan. La transparència i el dret d'accés a la informació pública en la llei catalana 19/2014: reflexions entorn al seu abast i al marc competencial en què s'insereix. **Indret**. n. 4, p. 1-37, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. **Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Granada: Comares, 2014.

SALVADOR MARTÍNEZ, María. Partidos políticos y "autoridades independientes". **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 104, p. 90, mai./ago. 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

SCOTT, Colin. Accountability in the Regulatory State. **Journal of Law and Society**, London, v. 27, Issue 1, p. 38-60, jan./jul. 2000.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El Consejo de transparencia y buen gobierno. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 8-25, mai. 2014.

SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Modelos de Organismos de Garantía de la Transparencia en las Comunidades Autónomas. **Revista Española de Transparencia**. n. 4, p. 87-97, 2017.

SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las comunidades autónomas. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 45, p. 73-112, mai. 2018.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.) **Comentario a la ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**, Madrid: Civitas, 2017.

VALERO TORRIJOS, Julián; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords). **Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información**. Navarra : Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016.

VELASCO RICO, Clara. La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? **Revista jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 33, p. 1-34, mai. 2014.

VELASCO RICO, Clara. Reconocimiento y protección del derecho de acceso a los documentos público en Quebec: especial referencia a la Comisión de Acceso a la Información. **Revista Catalana de Dret Públic**, Valladolid, n. 50, p. 121-140, mai. 2015.

VILALTA REIXACH, Marc, El sistema de garantías de la transparencia y el buen gobierno en Cataluña. **Revista Gobernanza**, Barcelona, n. 37, p. 1-21, 2015.





## Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture

### *Brexit, direitos humanos e o papel da cultura constitucional*

JAVIER GARCÍA OLIVA <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> University of Manchester (Manchester, United Kingdom)

javier.oliva@manchester.ac.uk

<https://orcid.org/0000-0003-3565-4445>

**Recebido/Received:** 29.11.2019 / November 29<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 25.12.2019 / December 25<sup>th</sup>, 2019

#### Abstract

In order to fully explore this territory, it is essential to appreciate how both Brexit and Human Rights fit within the wider “Constitutional Culture” of the State. The article starts this discussion with an examination of what the concept of Constitutional Culture signifies, both generally, and also within the specific and idiosyncratic context of the United Kingdom. Then, it explores how human rights fit within British Constitutional Culture and assesses how the Brexit saga relates to both British Constitutional Culture and human rights as they exist within this paradigm. Having addressed the nature of British Constitutional Culture, the place of human rights within it and the impact of the Brexit process, the role of referenda in our democratic processes will be discussed, alongside the function of human rights, in sense of identifiable freedoms which can be named and asserted, within whatever form of new Constitutional Culture and settlement ultimately emerges.

**Keywords:** Brexit; human rights; Constitutional Culture; United Kingdom; referenda.

#### Resumo

*Para explorar completamente esse território, é essencial apreciar como o Brexit e os Direitos Humanos se encaixam na “Cultura Constitucional” mais ampla do Estado. O artigo inicia esta discussão examinando o que significa o conceito de cultura constitucional, tanto em geral como também dentro do contexto específico e idiossincrático do Reino Unido. Em seguida, explora como os direitos humanos se encaixam na Cultura Constitucional Britânica e avalia como a saga do Brexit se relaciona à Cultura Constitucional Britânica e aos direitos humanos conforme a sua existência nesse paradigma. Tendo abordado a natureza da cultura constitucional britânica, o lugar dos direitos humanos nela e o impacto do processo Brexit, o papel dos referendos em nossos processos democráticos será discutido, juntamente com a função dos direitos humanos, no sentido de liberdades identificáveis que podem ser nomeadas e afirmadas, sob qualquer forma de nova cultura e assentamento constitucional que surja.*

**Palavras-chave:** Brexit; direitos humanos; Cultura Constitucional; Reino Unido; referendo.

Como citar esse artigo/How to cite this article: GARCÍA OLIVA, Javier. Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 573-594, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.70441.

\* Senior Lecturer in Law at The University of Manchester (Manchester, United Kingdom). LLM and PhD (cum laude and European distinction) at the University of Cádiz. Research Fellowship at the Centre for Law and Religion, Cardiff University. Lecturer in Spanish Law, University of Oxford. Teaching Fellow at University College London. Research Associate at the Centre for Law and Religion (Cardiff University), Profesor Visitante del Centro de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, and Visiting Professor at Schulich School of Law, Dalhousie University (Canada). Membership Secretary of the UK Constitutional Law Association and Book Review Editor of ‘Law and Justice’. E-mail: javier.oliva@manchester.ac.uk. I am indebted to Dr Helen Hall, Senior Lecturer at Nottingham Trent University and my co-author in a wide range of publications, for her insightful and helpful comments on the first draft of this article.

## CONTENTS

1. Introduction; 2. Constitutional Culture; 2.1. Constitutional Culture as a Concept; 2.2. Constitutional Culture and the United Kingdom; 3. Human Rights and British Constitutional Culture; 4. Brexit, Constitutional Culture and Human Rights; 4.1. Referenda and the British Constitution; 4.2. Parliament and the People; 5. Conclusions; 6. References.

### 1. INTRODUCTION

At the time of writing, both the United Kingdom and the European Union are standing with their toes over the edge of the Brexit cliff, uncertain what awaits when they leap from the precipice.<sup>1</sup> Whilst there are innumerable unanswered questions, this article focuses on one particular aspect of the situation: namely the future of human rights in a post-Brexit United Kingdom. In order to fully explore this territory, it is essential to appreciate how both Brexit and Human Rights fit within the wider “Constitutional Culture” of the State. As we shall in due course argue, the notion of Constitutional Culture has not been in the forefront of either juridical or political thought, in the stumbling and contested journey towards a break with the European Union, and this oversight has been extremely damaging.

In light of this, we are going to begin our discussion with an examination of what the concept of Constitutional Culture signifies, both generally, and also within the specific and idiosyncratic context of the United Kingdom. Once this groundwork is established, we shall be in a position to build upwards in layers: firstly, exploring how human rights fit within British Constitutional Culture; and secondly, assessing how the Brexit saga relates to both British Constitutional Culture and human rights as they exist within this paradigm. Having thus constructed our analytical tower, we shall have a good vantage point of the territory we are surveying, and shall be able to draw some general conclusions.

---

<sup>1</sup> ROS, Taylor. Is Boris Johnson's Brexit posturing just a power play? **LSE Brexit**, London, 31 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/31/is-boris-johnsons-brexit-posturing-just-a-power-play/>>. Last accessed: 9 dec. 2019; SZUCKO, Angélica. The EU's institutional response to the Brexit vote. **LSE Brexit**, London, 22 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/22/eus-institutional-response-to-the-brexit-vote/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

## 2. CONSTITUTIONAL CULTURE

### 2.1. Constitutional Culture as a Concept

It should surprise nobody that the concept of Constitutional Culture has been widely discussed by academic commentators within the United States,<sup>2</sup> given the place which the Constitution has in the popular imagination and discourse, and indeed, in forging the collective sense of national identity.<sup>3</sup> Nevertheless, it is by no means confined to that setting, it is a concept of universal applicability, and authors from various jurisdictions have fruitfully applied it to their work.<sup>4</sup> There is no single authoritative definition of the term, however Llewellyn's observation from the first half of the twentieth century goes a long way towards capturing its essence.<sup>5</sup> He described the Constitution as "an institution" which provided a "*set of ways of living and doing*".

For current purposes, my own proposed definition would be as follows: "the collective set of norms which are *freely and widely embraced* to govern common life and decision making within the State".

Crucially, it must be understood that for a precept to be truly part of Constitutional Culture, it does not suffice to be able to point to an official instrument or declaration in which exists, nor some awareness of it in theory. For instance, although the 1936 Constitution of the USSR guaranteed freedom of religion,<sup>6</sup> speech and assembly,<sup>7</sup> these did not form part of the Constitutional Culture of the USSR, as they were not present in the "living and doing" of that society. There was no widespread expectation that such rights were guaranteed, nor even a consensus that in practical terms they should have been. Conversely, it could justly be said that the social and medical provision for the sick and elderly, also assured in the Constitution,<sup>8</sup> did truly form part of the Constitutional Culture, given that this was both implemented and widely accepted as a correct and legitimate principle.<sup>9</sup> It should be stressed that Constitutional Culture is compri-

<sup>2</sup> See for example GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles*. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.

<sup>3</sup> KASPER, Eric T.; VIeregge, Quentin D. **The United States Constitution in Film: Part of Our National Culture**. New York: Lexington Books, 2018.

<sup>4</sup> UTIZ, Renáta. The Constitutional Text in the Light of History. In: UITZ, Renáta. **Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication**. Budapest: Central European University Press, 2005.

<sup>5</sup> LLEWELLYN, K. N. The Constitution as an Institution. **Columbia Law Review**. New York, v. 34, n. 1, p. 1-40, jan. 1934.

<sup>6</sup> UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. **Constitution of 1936**, article 124.

<sup>7</sup> UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. **Constitution of 1936**, article 125.

<sup>8</sup> UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. **Constitution of 1936**, article 120.

<sup>9</sup> MILLAR, James R. **Politics, Work, and Daily Life in the USSR: A Survey of Former Soviet Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 49.

sed of both legal and extra-legal sources, it is made up of both legal instruments and principles, as well as social and cultural expectations which exist in society, outside of the confines of the juridical framework.

It must also be understood that Constitutional Culture entails more than the passive approval of a critical mass of citizens, even if this support is enthusiastic. As Mazzone argued in relation to the emergence of the United States as a nation State, the successful establishment of constitutional Government was only possible because the majority of ordinary Americans were prepared to accept that their collective life would be ordered by the constitutional document.<sup>10</sup> His highly persuasive thesis is that there could have been no USA as we currently know it, with the Constitutional Culture which we now take for granted, had countless men and women whose lives did not make the history books, not chosen to come on board with the vision of the Founding Fathers.

Constitutional Culture does not describe abstract norms, but ones which lawyers, politicians and citizens in general accept and expect to be implemented. Giving them form and substance, assuring their continuity whilst imagining them afresh in each new generation is a project which can only really function at a societal level. As Heller expressed it, Constitutional Culture is formed: “not just by text, judges or legislators, but by the citizens who are its addressees and observe its norms”<sup>11</sup>

Having established this though, we are left with some interesting questions about contexts in which there is no codified constitutional document for citizens to affirm or reject, no bounded body of words to “address” the nation in Heller’s terminology. Clearly, we need to resolve this riddle when looking at the United Kingdom

## 2.2. Constitutional Culture and the United Kingdom

A provocative way of beginning this section would be to demand how a State can have a Constitutional Culture without having a Constitution, as many citizens, due to the idiosyncratic nature of our legal arrangements, consider that the United Kingdom does not have a Constitution as such. Nevertheless, the United Kingdom has a Constitution, which is uncodified, and in part unwritten, and as a result it is especially well placed to absorb some of the implications of Constitutional Culture.<sup>12</sup> Significantly, even States with a codified Constitution tend to have important streams of Constitutional Culture which spring from sources outside of their textual canon.

<sup>10</sup> MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 40, n. 4, p. 961-683, oct./dec. 2004.

<sup>11</sup> HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, n. 3, p. 1139-1216, dec. 1996.

<sup>12</sup> ALLAN, Trevor. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 17-54.

For instance, as Waldman<sup>13</sup> has demonstrated, the place which the right to bear arms has within the American legal framework is one forged by judicial decisions, albeit in cases related to the Second Amendment. The evolution of this right and its place within modern law, and just as significantly, in contemporary American society well beyond courtrooms and universities, does not come from the codified corpus of the Constitution. Indeed Cornell observes, there is a respected body of academic opinion arguing that what is now often trumpeted as an individual liberty, was in reality originally intended to guarantee only a collective freedom to bear arms in organised military groups.<sup>14</sup> Yet the Second Amendment has become bound up with numerous narratives and identities aside from that revolutionaries resisting the oppression of the British Crown: inter alia, the rugged, hardworking and self-reliant pioneer, as well as honest citizens defending their life and property against lawlessness, and a whole spectrum of cultural tropes around race and gender.<sup>15</sup>

Undoubtedly, American debates on gun-control raise extremely complex and thought-provoking debates, and I have no desire to allow our current ship of discussion to get sucked in by weighing up the validity of such contentions. Nonetheless, I would like to simply observe that even in a paradigm with the archetypal codified constitutional document, there are key elements of Constitutional Culture formed by factors independent of the text. In other words, the Constitution as an *institution* for living and doing, and the expectations built upon it, are partially unwritten, even in the USA.

Therefore, given that Constitutional Culture does not flow from the gravitation pull of a single, sacred text, it is in no way problematic to suggest that it is also present in contexts without such a document. All States will indeed have some form of Constitutional Culture, because in all contexts there will be a set of collective expectations about the operation of the legal and political framework. In Britain, part and parcel of this is the expectation that the Constitution is not a sacrosanct entity which should be self-contained or walled off, whilst constitutional principles are woven into the fabric of the juridical system as a whole. The lack of any rigid divide means that in both academia and practice, public lawyers must be familiar with private law principles and vice versa, and also the absence of any designated Constitutional Court means that there is no perception of the judiciary as the primary guardians of the constitutional order. In this framework, the judges are simply one of the bodies with a role to play in this.<sup>16</sup> Conse-

<sup>13</sup> WALDMAN, Michael. **The Second Amendment: A Biography**. New York: Simon and Schuster, 2014. p. 161.

<sup>14</sup> CORNELL, Saul. **A Well Regulated Militia: The Founding Fathers and the Origins of Gun Control in America**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 167-210.

<sup>15</sup> For a variety of perspectives see YUILL, Kevin; STREET, Joe (Eds.). **The Second Amendment and Gun Control: Freedom, Fear and the American Constitution**. Abingdon: Routledge, 2017.

<sup>16</sup> MASTERMAN, Roger. **The Separation of Powers in the Contemporary Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

quently, it is natural that there is a sense of collective responsibility for the Constitution, as it is embodied in, not merely carried out, by political processes in which everybody has a stake.

Perhaps ironically, the American Revolution provides us with one of the most convincing proofs of this aspect of the British Constitution, and its Constitutional Culture. John Adams, one of the intellectual powerhouses behind the revolt, repeatedly stressed that the behaviour of the Parliament in Westminster was in flagrant breach of the British Constitution.<sup>17</sup> Given that Britain did not provide for the colonies to send any representatives to that assembly, Adams and others regarded its demands for revenue as unconstitutional, and said so in those terms. Their basis for doing so was rooted in collective expectations which had gradually coalesced over time, as the concept of no taxation without representation was at the very least foreshadowed by the Magna Carta.<sup>18</sup> Without a doubt the great XVII century Sir Edward Coke found within the then already ancient text a justification for asserting English liberties, much to the ire of Stuart Monarchs and the ultimate benefit of the parliamentary cause.<sup>19</sup> One of the greatest sparks which set alight the conflagration of the Civil Wars, and eventually a period of Republican government, was Charles I's effort to use ship money as a backdoor means of levying tax without recalling Parliament.<sup>20</sup> This point was certainly not lost on the American Colonies when they found themselves subjected to the payment of duty without their consent, and as far as the rebels/patriots were concerned, long held liberties were being infringed.

Yet it is true that, as Baker demonstrates with great erudition, the Magna Carta had been interpreted for centuries in ways which would have astounded its original signatories,<sup>21</sup> and the vindication for Adams' position did not really come from the words on the medieval parchment. Nevertheless, the notion that the Crown could not levy taxation without obtaining the agreement of its subjects, had smashed its way into British Constitutional Culture with the legitimating power of the Great Charter, and

<sup>17</sup> ADAMS, John. **Instructions Adopted by the Braintree Town Meeting**. Available at: <<http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA01d073>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>18</sup> ENGLAND. **Magna Carta of 1215**, clause 14: "To obtain the general consent of the realm for the assessment of an 'aid' - except in the three cases specified above - or a 'scutage', we will cause the archbishops, bishops, abbots, earls, and greater barons to be summoned individually by letter. To those who hold lands directly of us we will cause a general summons to be issued, through the sheriffs and other officials, to come together on a fixed day (of which at least forty days notice shall be given) and at a fixed place. In all letters of summons, the cause of the summons will be stated. When a summons has been issued, the business appointed for the day shall go forward in accordance with the resolution of those present, even if not all those who were summoned have appeared." Available at: <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>19</sup> BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. chapter 9.

<sup>20</sup> PURKISS, Diane. **The English Civil War**. London: Harper Perennial, 2006. p. 22-23.

<sup>21</sup> BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

regardless of what the document said or was intended to say, it spawned a collective understanding that taxation without consent was not part of the English, and later British, mode of conducting civil affairs.

As we have already stressed, extra-textual sources of Constitutional Culture are by no means a unique feature of non-codified Constitutions. Notwithstanding this, it would be disingenuous to pretend that the lack of codification is not a complicating factor in some contexts. Obviously, there is a link between Constitutional Culture and the content of the State Constitution, and as we shall see in relation to Brexit, there is scope for confusion and anger when the legal content of the Constitution itself is not clear, and therefore the assumptions and expectations around it are not clear either.

Generally speaking, there is a risk of differing groups believing that their understanding of the rules is the correct one, and feeling aggrieved when these are not applied, especially by those wielding judicial or political power. It is not that different from the situation in which a classic board game, such as Monopoly or Scrabble, is being played by a group of friends. It is indeed common for families to develop their own slight variations on the rules, yet for everyone to assume that their way of playing is the normative one. Despite the fact that trouble ensues when there is a clash of expectations, at least in that instance there is the possibility of reading the rule-book (or codified Constitution) provided in the box.

Of course, in the case of an uncoded Constitution, there is no safety valve of an agreed “rule-book” to which participants in disputes may have recourse, and rather than arguing about the meaning of certain rules, the discussion actually relates to their very existence. Passionate disagreements are likely to take place as a result. A recent example of this arose in relation to parliamentary procedure, when the Speaker applied a principle from the Erskine May handbook to prevent the then Prime Minister Theresa May from bringing forward a further vote on the proposed Brexit deal.<sup>22</sup> The move was controversial, because he was known to personally oppose the agreement presented, and arguably he had not chosen to invoke the rule in relation to debates towards which he was personally sympathetic. In the United Kingdom, although a member of one of the political parties, there is an uncompromising expectation that the Speaker remains a neutral figure, and it is rare for the holder of the office to even arouse suspicion of failing in this commitment, and controversy over the currency, and therefore validity, of a rule dating from the English Civil War did nothing to quell the political storm which blew up. Nevertheless, it is also important to observe that even had the rule been included within a codified Constitution, there would still have been ample scope for accusations of the Speaker having applied it in a partisan manner. It would be

<sup>22</sup> CHAPLAIN, Chloe. What is Erskine May? The £400 handbook that guides Parliament and John Bercow's decisions? *Inews Briefing*, [s.l.], 19 mar. 2019. Available at: <<https://inews.co.uk/news/politics/what-is-erskine-may-parliamentary-rulebook/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

helpful to stress that the wording in dispute was as follows: *“a question being once made, and carried in the affirmative or negative, cannot be questioned again, but must stand as a judgement of the House”*.<sup>23</sup> And thus gives plenty of scope for debate as to whether a question may be put before the House of Commons in the same session of Parliament, because if circumstances in the outside world change, then the “question” being raised is no longer the same, even if the wording of a Bill is unchanged. How different must the wording of the issue, or the external context be, in order to provide a “fresh” question and avoid infringing the precept? Obviously, there is no hard and fast answer, as human judgement must always be applied, giving rise to potential controversy. In light of this, codification is not a panacea against uncertainty, nor will alter the reality that constitutional matters occupy the borderland between law and politics.

Furthermore, it is fair to highlight that not all aspects of the British Constitution are fluid or debatable, and a number of its fundamental characteristics are beyond doubt. It is a monarchical, representative parliamentary democracy, with established/quasi-established national Churches, and is supported by the key principles of the Rule of Law, Checks and Balances (sometimes designated a weak form of Separation of Powers) and Parliamentary Sovereignty.<sup>24</sup> Many modern commentators would also treat human rights as a constitutional pillar, a discussion to which we shall shortly return.<sup>25</sup>

Nevertheless, the vast swathes of grey around the edges Constitution are perhaps another feature of British Constitutional Culture. Opinion polls continue to show widespread support for an “unwritten” Constitution, and many are proud of this national distinctiveness and regard the adaptability which it lends as an asset.<sup>26</sup> Although Tomkins is correct in noting the danger of binary distinctions between written and unwritten Constitutions, including the casual assumption that the latter are more rigid than the former;<sup>27</sup> from the point of Constitutional Culture, this is a secondary issue. The key consideration is that people believe it to be flexible and actively embrace this dimension, and whether they are intellectually misguided to do so is a secondary point. In other words, the lack of codification does not leech away at legitimacy or willingness to participate.

<sup>23</sup> GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. Parliament, the Executive and the Speaker. **Balancing Beliefs Blog**. 20 mar. 2019. Available at: <<http://www.projects.law.manchester.ac.uk/religion-law-and-the-constitution/parliament-and-executive-brexite-and-the-speaker/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>24</sup> GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution**: Balancing Beliefs in Britain. Abingdon: Routledge, 2017. chapters 1 and 2.

<sup>25</sup> ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 759-815.

<sup>26</sup> UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **UK Parliament, A New Magna Carta?** Political and Constitutional Reform. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/463/46308.htm>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>27</sup> TOMKINS, Adam. **Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 7-10.

Drawing these threads together, we can see that the United Kingdom not only has a rich and interesting constitutional framework, it also has a lively Constitutional Culture, a consideration which naturally brings us to our next question: how do human rights fit into this culture?

### 3. HUMAN RIGHTS AND BRITISH CONSTITUTIONAL CULTURE

Anyone familiar with the present British context will be aware that to investigate this topic is to open a can, or possible several cans, of rather aggrieved worms. Taking a step backwards to begin with, it is important to appreciate some of the political build up to the Brexit vote and ensuing crisis. For decades there has been a simmering resentment in some quarters over what was perceived as “European interference” in British affairs and a humiliating loss of autonomy,<sup>28</sup> and this discontent extended to the jurisdiction of European Court of Human Rights in Strasbourg, as well as membership of the European Union. David Cameron promised repeal of the Human Rights Act as a manifesto pledge at the 2016 election, and replace it with a “British Bill of Rights”, a policy of which his successor Theresa May was also supportive.<sup>29</sup> In the event, Cameron’s premiership ended with resignation after the Brexit referendum, and Theresa May put dealing with the Human Rights Act “on ice” until Brexit was resolved.<sup>30</sup>

In contrast, the position of the present Prime Minister Boris Johnson is more difficult to tease out, making it rather tricky to read the runes. He has spoken favourably about the Human Rights Act and even the Strasbourg Court, but at the same time stressed British sovereignty in deciding how to apply its rulings.<sup>31</sup> Without doubt, it seems unlikely that there could be any attempt to tackle another political leviathan whilst battling Brexit, so it appears probable that the Human Rights Act is secure in the short term at least. Furthermore, the indication that even if it was repealed, the statute would be replaced by another guarantee of rights, affirms the proposition that human rights are now part of British Constitutional Culture. Even those most hostile towards

<sup>28</sup> FARRELL, Michelle; DRYWOOD, Eleanor; REYNOLDS, Stephanie; GREY, Harriet. Brexit and the Conservative Party Plans for the Human Rights Act. **Liverpool University Law Blog**, Liverpool, 1 feb. 2019. Available at: <<https://www.liverpool.ac.uk/law/news/articles/brexit-and-the-conservatives-plans-for-the-human-rights-act>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>29</sup> WILDING, Jo. The Business of Asylum Justice and the Future of Human Rights. In: SMYTH, Claire-Michelle; LANG, Richard (Eds.). **The Future of Human Rights in the UK**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2017. p. 111-130, 102.

<sup>30</sup> MERRICK, Rob. Theresa May to Consider Axeing Human Rights Act After Brexit. **The Independent**, [s.l.], 18 jan. 2019. Available at: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-human-rights-act-repeal-brexit-echr-commons-parliament-conservatives-a8734886.html>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>31</sup> WALAWALKAR, Aaron. Boris Johnson: What is the next Prime Minister’s Human Rights Record? **Each Other blog**, 23 jul. 2019. Available at: <<https://rightsinfo.org/boris-johnsons-human-rights-record/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

the Human Rights Act are not rejecting the concept or desirability of human rights per se, which suggests that this approach no longer has political traction.

In order to understand the significance of this, it is important to appreciate what the Human Rights Act did and did not do. The legislation in the late twentieth century brought the European Convention on Human Rights into domestic law for the first time (the United Kingdom is a dualist State, and therefore ratifying the treaty had not had this effect in the first place).<sup>32</sup> This meant that for the first time, citizens had identifiable human rights which they could actively draw out and positively assert, but it is crucial to stress that this did *not* mean that prior to its passage, fundamental freedoms did not form part of the British Constitutional framework. As Feldman explained it, before the new legislation came into force, citizens enjoyed an “*undifferentiated mass of liberty*”,<sup>33</sup> or in other words, individuals and groups had a right to express religious beliefs or exercise free speech etc, unless prevented by lawful means. After the passage of the statute, this general concept of liberty was augmented by specific guarantees of particular freedoms, and it was possible to demand that the legal framework protected a positive and concrete right to freedom of religion, for example, by wearing a cross or a hijab at work.<sup>34</sup>

There can be no denying that the Human Rights Act 1998 was a watershed moment in the United Kingdom’s legal history, and one which has gradually had a profound effect on British Constitutional Culture, at both a popular and practitioner level. Whilst judges are not permitted to “strike down” primary legislation, they are empowered to issue declarations of incompatibility, which are usually followed by the other branches of government.<sup>35</sup> Furthermore, the task of interpreting even primary legislation must be carried out through with cognisance of human rights, according to established principles. It is also true that although Parliament is free to ignore the Human Rights Act should it so chooses,<sup>36</sup> there are express mechanisms to ensure that the legislature must at least take into account of the implications of proposed new law on Convention rights, and if it brushes them aside must be doing so publically and consciously.<sup>37</sup>

Profound as this step change has been, the shift in thought-processes has not been confined to those who are tasked with crafting and interpreting laws. The implications of the cultural revolution can be observed at a popular level, in the reluctance

<sup>32</sup> AUST, Anthony. **Handbook on International Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 25.

<sup>33</sup> FELDMAN, David. **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 68.

<sup>34</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Eweida vs. United Kingdom*, 2013.

<sup>35</sup> UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, s4.

<sup>36</sup> UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, ss3-4.

<sup>37</sup> UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, s19.

of those who oppose the Human Rights Act to be seen to attack human rights per se, as this stance is unlikely to lead to gains at the ballot-box with the contemporary electorate. Anti-European rhetoric may be employed to attack a “non-British” embodiment of rights, and more subtly, to oppose external intervention in questions of balancing rights,<sup>38</sup> but it is now extremely difficult for politicians who wish to present themselves as caring, moderate and socially responsible, to reject the human rights project altogether, because this has become a position of fringe and extremist parties.

Although the importance of the societal move to embrace the language and ideology of human rights should not be underestimated, the seismic shift in judicial thinking is perhaps the biggest of the three developments so far outlined (cultural change for judges, Parliament and citizens in general). In addition to applying the statutory principles of the Human Rights Act, this can be seen plainly and dramatically observed in the resurgence of the concept of “Common Law Rights”. The theoretical underpinning of this lies in the notion that within the bundle of liberty described by Feldman, there have *always* been identifiable elements, which at times have been highlighted as the values which the legal system recognises and protects. For example, in the seminal XVIII century judgment in *Somerset v Stewart* Lord Mansfield had found that:

*The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law, which preserves its force long after the reasons, occasions, and time itself from whence it was created, is erased from memory. It is so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from the decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged.*<sup>39</sup>

In other words, chattel slavery was fundamentally incompatible with Common Law, and consequently, there was a right to freedom from slavery long before Article 4 of the ECHR was incorporated into the British juridical framework.<sup>40</sup> If slavery had ever been approved by “positive law” or statute, the courts would have had no choice, but to yield. However, given that this was not the case, it would not support an institution which was contrary to core legal rights and principles.

<sup>38</sup> GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Britain must hold fast to the European Convention on Human Rights as it leaves the EU. **LSE Brexit Blog**, London, 24 nov. 2016. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2016/11/24/britain-must-hold-fast-to-the-european-convention-on-human-rights-as-it-leaves-the-eu/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>39</sup> UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Somerset vs. Stewart*, 1772.

<sup>40</sup> The nature of the dispute in *Somerset v Stewart*, and the way in which it was argued, make it appropriate to speak of “English law”.

It must be acknowledged that *Somerset's Case* was special and very well-known in its day,<sup>41</sup> and the clarity with which rights and overarching principles were discussed is not necessarily typical. The truth is that retracing the evolution of legal thinking on fundamental rights is ordinarily more complicated, taking into consideration that in reading pre-Human Rights Act case law it is often difficult to discern when the *underlying* values woven into the legal framework were being applied, as there was no need to articulate them, nor strong tradition of doing so.

Significantly, almost by definition, common assumptions about moral principles and liberty operated below the surface of judicial reasoning. For example, the "right" to corporal integrity is unquestionably at the heart of the ancient law of trespass, which encompasses a civil wrong as well as a crime, but in allowing an action in tort for trespass, historically speaking, courts would not announce that they were vindicating such a right.<sup>42</sup> Nevertheless, when lawyers stepped back to write books, discuss matters extra-judicially or to engage in legal education, they were likely to spell out matters more clearly, and for instance, William Blackstone described trespass in the following terms: "Trespass, in its largest and most extensive sense, signifies any transgression or offense against the law of nature, of society, or of the country in which we live; whether it relates to a man's person, or his property"<sup>43</sup>

Therefore, there is no question that these rights were present in the tradition of Common Law, although they were not always part of the everyday, bread and butter arguments which appeared in law reports. Yet after the passage of the Human Rights Act, when judges naturally became more conscious of rights, there was a much greater tendency to overtly state that human rights considerations were shaping their development of Common Law.<sup>44</sup> It must be remembered, of course, that Common Law evolves incrementally, and human rights arguments could never provide a bridge where there was an obvious chasm in legal principles,<sup>45</sup> but as commentators like Hunt<sup>46</sup> and Phillipson<sup>47</sup> have argued, there is the possibility for what they have termed "*weak*

<sup>41</sup> HORNE, Gerald; HERRON, Larry. **The Counter Revolution of 1776: Slave Resistance and the Origins of the United States of America**. New York: New York University Press, 2014, p. 209.

<sup>42</sup> UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Scott vs. Shepherd*, 1773.

<sup>43</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book 3. Clarendon Press at Oxford, 1765-1770. chapter 12.

<sup>44</sup> UNITED KINGDOM. England and Wales Court of Appeal. *Parkinson vs. St. James NHS Trust*, 2001; HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 76, n. 3, p. 566-588, nov. 2017.

<sup>45</sup> HARTSHORNE, John. The Need for an Intrusion upon Seclusion Privacy Tort within English Law. **Common Law World Review**, [s.l.], v. 46, n. 4, p. 287-305, nov. 2017.

<sup>46</sup> HUNT, Murray. The Horizontal Effect of the Human Rights Act. **Public Law**, London, n. 3, p. 423-443, sept./nov. 1998.

<sup>47</sup> PHILLIPSON, Gavin. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? **The Modern Law Review**, London, v. 62, n. 6, p. 824-849, nov. 1999.

*horizontal direct effect*” of the Convention, which meant that the ECHR might provide Common Law with the impetus needed to jump from one stepping stone to another.

In an era when the Human Right Act appeared secure, there was no need to pay too much attention to this phenomenon. As Moreham has observed, Common Law rights frequently march in step with those of the Convention: where both would take the court to the same conclusion, it was of little consequence which one was placed in the foreground.<sup>48</sup> For example, as we have seen, both Article 4 ECHR and Common Law prohibit slavery and forced labour, and the underlying principles of both support the long established rule that a court will never grant the equitable remedy of “specific performance” in the case of an employment contract.<sup>49</sup> It has long been axiomatic this form of relief was not available, and it was no surprise that neither Common Law nor the ECHR would countenance compelling an individual to do a particular job on pain of punitive sanction. It goes without saying, ink is not spilt by lawyers where there is no debate to be had, and there was no need to labour trite points.

Yet this position has changed once the Human Rights Act appeared to be in real jeopardy, and significantly, when faced with its possible demise, British courts are rediscovering the language of Common Law rights. A clear and dramatic example of this is provided by the *UNISON* case,<sup>50</sup> which concerned a dispute over policy on legal aid, making the concept of a right to a fair trial central to the arguments. Remarkably, the Supreme Court chose to make its ruling entirely on the basis of the ancient and unquestioned Common Law right to a fair trial, and observed almost as a footnote that they could have reached the same conclusion via the application of Article 6.

In opting to apply Common Law rather than the Convention right here, the court was marking its territory with the determination (and indeed subtlety) of a dog at a lamppost, and whether or not Parliament might choose to repeal the Human Right Act, the application of human rights-based principles is now an established and non-negotiable mode of judicial interpretation. In other words, it has become part of British Constitutional culture.

Having made that statement, however, it must be emphasised that I am not implying that the Supreme Court adopted any artifice, nor invented a non-existent Common Law right. Quite the contrary, such a right does indeed have ancient pedigree and recognition, once again being rooted in the Magna Carta. It was also another concept cherished by John Adams, to whom I have already referred, who despite being

<sup>48</sup> MOREHAM, Nicole. Douglas and Others v Hello—the Protection of Privacy in English Private Law. **Modern Law Review**, London, v. 64, n. 5, p. 767-774, nov. 2001.

<sup>49</sup> De Francesco v Barnum [1886-90]. In: **All England Law Reports Reprint**. London: Butterworths Law, 1996. p. 414, 418 per Fry LJ “I think that courts are bound to be jealous in case they should turn contracts of service into contracts of slavery”.

<sup>50</sup> UNITED KINGDOM. Supreme Court of the United Kingdom. R (UNISON) vs. Lord Chancellor, 2017.

a leading light of the patriot cause, bravely (and successfully) acted as a defence counsel for British soldiers accused of American murdering civilians in the “Boston massacre”.<sup>51</sup> Even in the XVIII century and the midst of a gathering political storm, the idea of denying individuals a fair trial was repugnant to lawyers steeped in the British Common Law tradition, and therefore, I am certainly not presenting the Supreme Court as having somehow stealthily introduced the concept by sleight of hand in 2017.

My point really does not relate to *what* was done, but the chosen mode of doing it. In preferring to base their analysis on Common Law, rather than the obvious Convention right, which would have served equally well and without disadvantage, the court was trumpeting a loud message that independently of the Human Rights Act, *identifiable and enumerated* human rights are part of British Constitutional Culture, and will withstand the repeal of that statute. This is a very powerful statement.

Nevertheless, reassuring as this might be, the abolition of the Human Rights Act is not what is immediately on the cards. Rather we are staring down the barrel of Brexit, so we shall now address what this might mean for both British Constitutional culture and human rights.

## 4. BREXIT, CONSTITUTIONAL CULTURE AND HUMAN RIGHTS

The impact of Brexit on British Constitutional Culture is worthy of many books and articles, and I do not pretend to have the capacity to cover it in detail here. Some commentators like Gearty are even suggesting that the whole debacle has killed the Constitution as we know it.<sup>52</sup> Not only do I lack the space within the current discourse, it is also without doubt too early to fully assess the influence of Brexit in this regard, as cultural change is a slow process and the story is still unfolding. Only when the dust settles, and a new form or normality is established, either post-Brexit, or (now far less likely) in the aftermath of a firm decision to recant and remain, we shall be able to start examining the new position. Consequently, I will confine myself to the two ways in which the Brexit saga has interacted with the pre-existing Constitutional Culture, in so far as both are directly pertinent to human rights: referenda and Parliament and the People.

### 4.1. Referenda and the British Constitution

This is good illustration of the difference between Constitutional Law and Constitutional Culture. There is no legal obstacle to the use of referenda within the British

<sup>51</sup> HINDERAKER, Eric. **Boston’s Massacre**. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 201.

<sup>52</sup> GEARTY, Conor. She’s dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

framework, and they have taken place before, the most significant being the 1975 vote on continuing membership of the (then) European Community, the 2011 vote on electoral reform and the 2014 vote on Scottish Independence.<sup>53</sup> However, the United Kingdom has no strong tradition of referenda, meaning that they do not have a clear and settled place within Constitutional Culture. Moreover, the lack of codification meant that there was scope for confused expectations around the implications of the outcome, and the fact that the previous referenda which would have been highest in the public consciousness had all affirmed the status quo did not assist matters. When a referendum came back with a victory for change, pandemonium was inevitably unleashed.

As a matter of strict Constitutional Law, there is no doubt that the result of a referendum could only ever be advisory. Parliament is sovereign, those outside Parliament can express their opinions by referenda, petitioning, swamping social media, changing themselves to railings or however else they like, but its members are not legally obliged to listen.<sup>54</sup> In many countries which operate referenda as a regular part of their constitutional system, there are fixed rules which require more than a simple majority to change constitutional norms,<sup>55</sup> and also frequent attempts to ensure that questions are clearly phrased (although it must be acknowledged that the experience of jurisdictions like Canada suggests that this can be a fount of dispute in its own right).<sup>56</sup>

The United Kingdom was faced with a narrow majority in favour of leaving the European Union, and ample room for debate about what “leaving” meant. Some Remain supporters have argued, for instance,<sup>57</sup> that people did not believe that in voting for Leave they were voting for a “no deal” Brexit, and were only consenting to a negotiated departure. On the other side of the boxing-ring, many Leavers are protesting that to refuse or to stall Brexit is anti-democratic, and that whatever the technical legal position might be, an expectation was generated that the result of the referendum would be respected. Clearly, there is some truth in this assertion, and it would be laughable to suggest that the Government of David Cameron arranged a referendum out of curiosity to test the waters.

Gearty expresses a bewilderment, which many people share, in wondering what the thought-processes truly were behind the decision to hold a vote in the first place.

<sup>53</sup> UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **Referendums held in the UK**. Available at: <<https://www.parliament.uk/get-involved/elections/referendums-held-in-the-uk/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

<sup>54</sup> GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017. chapter 5.

<sup>55</sup> SVENSSON, Pale. Denmark: The Referendum as Minority Protection. In: ULERI, Pier Vincenzo; GALLAGHER, Michael (Eds.). **The Referendum Experience in Europe**. London: Macmillan, 1996. p. 33-51.

<sup>56</sup> RUSSEL, Peter. Constitution. COURTNEY, John C.; SMITH, David E. (Eds.). **The Oxford Handbook of Canadian Politics**. Oxford University Press: Oxford, 2010, p. 21-38.

<sup>57</sup> BARNES, Peter. Brexit: What Happens Now? **BBC News**, [s.l.], 31 oct. 2019. Available at: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-46393399>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

This commentator is undoubtedly correct in pointing out that referenda are not an established part of British Constitutional Culture, and that many of our current woes stem from disregarding our own norms and practices. We have a long-established representative democracy, and referenda are simply not really how we “do” collective decision-making. Yet at the same time, there is a discomfort in some of the words with which he expresses his ire about a vote having been presented to the people:

*It is not possible to detect any underlying rationale behind the ‘people’s vote’ – it is of the essence of populism of this sort – and as we all know Britain is not unique in its exposure to this kind of political engagement – that it knows what it does not like but has no clue as to what it wants. Depending on where you are, the vacuum gets filled by appeals to emotion that are rooted in any or all of nationalism, xenophobia and/or a personality cult. In the UK, I’d say this is mainly a geographically limited version of the first – English nationalist daydreaming rooted in fantasy history – but also a fair bit of cult (Farage, with Johnson jostling him for space) and among a few a particular subset of xenophobia, the deeply unpleasant one that is rooted in traditional racism.<sup>58</sup>*

The implication of this highly articulate passage, is that “the people” should not have been given the opportunity to make a direct decision, as they were incapable of sifting the arguments and voting on the basis of something other than emotion and a heady cocktail of xenophobia and nationalism, laced with celebrity. This raises two questions: firstly, is that a just assessment of the British population and its capacities? and secondly, if it is, does it actually negate their “right” to democratically determine their own destiny? Which brings us to our second and closely related question of the relationship between Parliament and the People.

## 4.2. Parliament and the People

This is another aspect of British Constitutional Culture raised by Brexit. Unlike the use of referenda, we are not concerned here with a decision which has gone against the grain of prevailing Constitutional Culture, but rather a saga which has revealed a long-standing, dysfunctional aspect to it. The conflicts of the XVII century resolved the balance of power between Parliament and the Crown, or the Legislature and the Executive, squarely in favour of Parliament. This position was robustly affirmed in the Brexit process, with the Supreme Court’s confirmation that the Executive could not

<sup>58</sup> GEARTY, Conor. She’s dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

trigger Britain's withdrawal without parliamentary empowerment.<sup>59</sup> In short, the *Miller* case turned on the principle that the Government could not unilaterally take action which would remove legal rights conferred by an Act of Parliament. It should be noted that even the dissenting judgment given by Lord Reed, was predicated on the basis that a proper interpretation of the European Communities Act 1972 meant that in withdrawing from the EU, the Government would *not* be removing statutory rights (as they were conferred to subsist only during EU membership), and not a single judge in the Supreme Court doubted Parliament's sovereignty. In fact, its dominance over the Executive was affirmed time and again during the troubled premiership of Theresa May.

However, this leaves open the matter of the relationship between Parliament and the People. One of the reasons why the debates around the meaning of the Brexit vote, and indeed the *Miller* case, have been so vituperative, is that both sides have been convinced that they are the ones truly advocating for "the People". There is a long-standing school of British political thought, put forward by the Enlightenment politician and philosopher Edmund Burke, that MPs owe their constituents their judgement and integrity. In other words, they are *not* representatives in the sense of voting according to the wishes of their electors, rather they are delegated to make such decisions as they see fit to further the common good. On this basis, an MP should never vote against his or her own conscience, and endorse decisions which they believe to be wrong or damaging, purely because their constituents are clamouring for it.<sup>60</sup>

Applying this approach, there is nothing problematic about suggesting that Parliamentarians should resist either Brexit or a "no-deal" Brexit, if they truly believe it to be destructive to the common good, but the complicating factor is that Edmund Burke was a Tory politician and has become associated with right-wing political thought, whereas the Remain/Brexit divide is not a fissure along Left/Right lines. Remarkably, many of the individuals championing the supremacy of Parliament are not from parts of the political spectrum which would ordinarily look favourably on a paternalistic approach towards governance.

The truth is that this is an aspect which British Constitutional Culture never truly came to terms with, from the Early Modern period onwards. The Civil Wars of the XVII century ended in a political meltdown and a military take-over, when the gentry in the House of Commons and the aristocracy in the House of Lords were dismissive of the views of the soldiers who had fought an ideological war.<sup>61</sup> The English Republic,

<sup>59</sup> UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

<sup>60</sup> UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

<sup>61</sup> HILL, Christopher. **The World Turned Upside Down: Radical ideas during the English Revolution**. London: Penguin, 2019.

however, ended with the Restoration of Charles II in 1660, and from this time onwards Parliament was firmly in control once more, as the “Glorious Revolution” demonstrated (a bloodless coup orchestrated by Parliament in which James II was deposed and his son-in-law/nephew William of Orange and daughter Mary came to the throne).<sup>62</sup>

Yet as is well known, unlike most other European nations, Britain did not see revolution in the XVIII, XIX or XX centuries. It slowly and incrementally transitioned from government by a propertied male elite, to a liberal, representative democracy in which all adult members had the expectation of participation. This meant that there was never a decisive moment when the relationship between the Legislature and the people of the State was ever hammered out, either through political conflict, or debate following a crisis, and this also goes a long way towards explaining the somewhat alien nature of referenda in the British context, there was never a moment when circumstances necessitated identifying fundamental constitutional values which *required* a popular, democratic decision to overturn, and therefore, also set out the parameters and mechanisms within which they could be set.

Nevertheless, the issue is wider than referenda alone (discussed in the previous section), and it may be that Brexit is the crisis which finally forces the United Kingdom to think through how our sovereign Parliament should relate to the electorate as a whole in the modern era. In confronting this aspect of our Constitutional Culture, which has often been swept under the carpet, we would be not only strengthening the realisation of the fundamental right to participate in democratic government, but we would also be embracing all other rights guaranteed by a liberal democratic State. In light of this finding, we have arrived at an apt point to take stock of journey.

## 5. CONCLUSIONS

Having addressed the nature of British Constitutional Culture, the place of human rights within it and the impact which the Brexit process is starting to have, what conclusions can we draw? It is very much a tale of two halves, although the future of both are, of course, entwined.

On the one hand, it is impossible to deny the fault lines which have opened up in terms of our democratic processes. It is difficult to see how anyone, from any side of the political spectrum or Brexit debate, could assert that chaos caused by a referendum has been satisfactory, and that we need to collectively make an overall assessment of how we do democracy and why. Should referenda play a part in our democratic processes, and if so, when and how? This is not a question simply about Constitutional Law

<sup>62</sup> GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017. chapter 1.

and procedure, it goes directly to the heart of human rights, because such rights need a functional, liberal democratic context in which to live and flourish.

More optimistically, perhaps, we have seen how robust the concept of human rights has become in British Constitutional Culture, and there is now no suggestion that they are a recent, destructive import. Their place within the legal framework is secure, and the judiciary have indicated their commitment to applying them in their adjudication, regardless of the repeal of the Human Rights Act or the ultimate trajectory of the Brexit process. It is also reassuring that human rights are now embedded in popular Constitutional Culture, and that politicians of all stripes (save for the extreme fringes) accept that conceptually they must remain part of our common values.

Whatever form of new Constitutional Culture and settlement we ultimately emerge with, it is at least clear that human rights, in sense of identifiable freedoms which can be named and asserted, will have a prized place within its framework.

## 6. REFERENCES

ADAMS, John. **Instructions Adopted by the Braintree Town Meeting**. Available at: <<http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA01d073>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

ALLAN, Trevor. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

AUST, Anthony. **Handbook on International Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BARNES, Peter. Brexit: What Happens Now? **BBC News**, [s.l.], 31 oct. 2019. Available at: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-46393399>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book 3. Clarendon Press at Oxford, 1765-1770.

BURKE, Edmund. **Writings and Speeches of Edmund Burke**. New York: Cosimo Classics, 2008.

CHAPLAIN, Chloe. What is Erskine May? The £400 handbook that guides Parliament and John Bercow's decisions? **Inews Briefing**, [s.l.], 19 mar. 2019. Available at: <<https://inews.co.uk/news/politics/what-is-erskine-may-parliamentary-rulebook/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

CORNELL, Saul. **A Well Regulated Militia: The Founding Fathers and the Origins of Gun Control in America**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

De Francesco v Barnum [1886-90]. In: **All England Law Reports Reprint**. London: Butterworths Law, 1996. p. 414, 418 per Fry LJ "I think that courts are bound to be jealous in case they should turn contracts of service into contracts of slavery".

ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Eweida vs. United Kingdom*, 2013.

FARRELL, Michelle; DRYWOOD, Eleanor; REYNOLDS, Stephanie; GREY, Harriet. Brexit and the Conservative Party Plans for the Human Rights Act. **Liverpool University Law Blog**, Liverpool, 1 feb. 2019. Available at: <<https://www.liverpool.ac.uk/law/news/articles/brexit-and-the-conservatives-plans-for-the-human-rights-act>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

FELDMAN, David. **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. Parliament, the Executive and the Speaker. **Balancing Beliefs Blog**. 20 mar. 2019. Available at: <<http://www.projects.law.manchester.ac.uk/religion-law-and-the-constitution/parliament-and-executive-brexit-and-the-speaker/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017.

GEARTY, Conor. She's dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GEARTY, Conor. She's dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Britain must hold fast to the European Convention on Human Rights as it leaves the EU. **LSE Brexit**, London, 24 nov. 2016. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2016/11/24/britain-must-hold-fast-to-the-european-convention-on-human-rights-as-it-leaves-the-eu/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.

HARTSHORNE, John. The Need for an Intrusion upon Seclusion Privacy Tort within English Law. **Common Law World Review**, [s.l.], v. 46, n. 4, p. 287-305, nov. 2017.

HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. **Cardozo Law Review**, New York, v. 18, n. 3, p. 1139-1216, dec. 1996.

HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 76, n. 3, p. 566-588, nov. 2017.

- HILL, Christopher. **The World Turned Upside Down**: Radical ideas during the English Revolution. London: Penguin, 2019.
- HINDERAKER, Eric. **Boston's Massacre**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- HORNE, Gerald; HERRON, Larry. **The Counter Revolution of 1776**: Slave Resistance and the Origins of the United States of America. New York: New York University Press, 2014.
- HUNT, Murray. The Horizontal Effect of the Human Rights Act. **Public Law**, London, n. 3, p. 423-443, sept./nov. 1998.
- KASPER, Eric T.; VIEREGGE, Quentin D. **The United States Constitution in Film**: Part of Our National Culture. New York: Lexington Books, 2018.
- LLEWELLYN, K. N. The Constitution as an Institution. **Columbia Law Review**. New York, v. 34, n. 1, p. 1-40, jan. 1934.
- MASTERMAN, Roger. **The Separation of Powers in the Contemporary Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 40, n. 4, p. 961-683, oct./dec. 2004.
- MERRICK, Rob. Theresa May to Consider Axeing Human Rights Act After Brexit. **The Independent**, [s.l.], 18 jan. 2019. Available at: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-human-rights-act-repeal-brexit-echr-commons-parliament-conservatives-a8734886.html>>. Last accessed: 9 dec. 2019.
- MILLAR, James R. **Politics, Work, and Daily Life in the USSR**: A Survey of Former Soviet Citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- MOREHAM, Nicole. Douglas and Others v Hello-the Protection of Privacy in English Private Law. **Modern Law Review**, London, v. 64, n. 5, p. 767-774, nov. 2001.
- PHILLIPSON, Gavin. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? **The Modern Law Review**, London, v. 62, n. 6, p. 824-849, nov. 1999.
- PURKISS, Diane. **The English Civil War**. London: Harper Perennial, 2006.
- ROS, Taylor. Is Boris Johnson's Brexit posturing just a power play? **LSE Brexit**, London, 31 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/31/is-boris-johnsons-brexit-posturing-just-a-power-play/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.
- RUSSEL, Peter. Constitution. COURTNEY, John C.; SMITH, David E. (Eds.). **The Oxford Handbook of Canadian Politics**. Oxford University Press: Oxford, 2010.
- SVENSSON, Pale. Denmark: The Referendum as Minority Protection. In: ULERI, Pier Vincenzo; GALLAGHER, Michael (Eds.). **The Referendum Experience in Europe**. London: Macmillan, 1996. p. 33-51.

SZUCKO, Angélica. The EU's institutional response to the Brexit vote. **LSE Brexit**, London, 22 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/22/eus-institutional-response-to-the-brexit-vote/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

TOMKINS, Adam. **Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Scott vs. Shepherd*, 1773.

UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Somerset vs. Stewart*, 1772.

UNITED KINGDOM. England and Wales Court of Appeal. *Parkinson vs. St. James NHS Trust*, 2001.

UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **Referendums held in the UK**. Available at: <<https://www.parliament.uk/get-involved/elections/referendums-held-in-the-uk/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **UK Parliament, A New Magna Carta?** Political and Constitutional Reform. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/463/46308.htm>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court of the United Kingdom. *R (UNISON) vs. Lord Chancellor*, 2017.

UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

UTIZ, Renáta. The Constitutional Text in the Light of History. In: UITZ, Renáta. **Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication**. Budapest: Central European University Press, 2005.

WALAWALKAR, Aaron. Boris Johnson: What is the next Prime Minister's Human Rights Record? **Each Other blog**, 23 jul. 2019. Available at: <<https://rightsinfo.org/boris-johnsons-human-rights-record/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

WALDMAN, Michael. **The Second Amendment: A Biography**. New York: Simon and Schuster, 2014.

WILDING, Jo. The Business of Asylum Justice and the Future of Human Rights. In: SMYTH, Claire-Michelle; LANG, Richard (Eds.). **The Future of Human Rights in the UK**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2017.

YUILL, Kevin; STREET, Joe (Eds.). **The Second Amendment and Gun Control: Freedom, Fear and the American Constitution**. Abingdon: Routledge, 2017.



## Popular demands related to sports in the National Constituent Assembly of Brazil\*

### *As demandas populares relativas ao esporte na Assembléia Nacional Constituinte do Brasil*

FELIPE CANAN <sup>I, \*\*</sup>

<sup>I</sup>Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE (Cascavel-PR, Brasil)

felipe.canan@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9450-778X>

FERNANDO AUGUSTO STAREPRAVO <sup>II, \*\*\*</sup>

<sup>II</sup>Universidade Estadual de Maringá (Maringá-PR, Brasil)

fernando.starepravo@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1655-998X>

**Recebido/Received:** 15.03.2019/ March 15<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 25.11.2019/ November 25<sup>th</sup>, 2019

#### Abstract

The objective was to analyze the popular suggestions related to sports and sports democratization made to the last Brazilian National Constituent Assembly, registered in the Computer Support System to the Constituent, electronic platform created to subsidize the construction of the Constitution of 1988. These suggestions represented the only form of true direct democracy in the constituent process. This is a descriptive article, with data collected in the year 2017. The sum of 415 (32%) from a total of 1,289 popular suggestions related to the theme

#### Resumo

*Objetivou-se analisar as sugestões populares relativas ao esporte e à democratização esportiva feitas à última Assembleia Nacional Constituinte brasileira, cadastradas no Sistema de Apoio Informático à Constituinte, plataforma eletrônica governamental criada para a construção da Constituição de 1988. Tais sugestões representaram a única forma de democracia direta plena no processo constituinte. Trata-se de um artigo de caráter descritivo, sendo os dados coletados no ano de 2017. Foram analisadas 415 (32%) do total de 1.289 sugestões populares relacionadas ao tema*

Como citar esse artigo/How to cite this article: CANAN, Felipe; STAREPRAVO, Fernando Augusto. Popular demands related to sports in the National Constituent Assembly of Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 595-620, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65472.

\* The present article counted with financial support of CAPES-DS Scholarship, doctorate level, for its accomplishment.

\*\* Professor do curso de Educação Física da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE (Cascavel-PR, Brasil). Doutor em Educação Física pela UEM. Mestre em Educação Física pela UFPR. Especialização em Administração Esportiva pela UFPR. Especialização em Fisiologia do Exercício pela UGF. Graduação em Licenciatura Plena em Educação Física pela PUC-PR. Graduação em Direito pela UNIPAR. É Secretário Estadual do CBCE-PR (gestão 2018-2019) e membro do Comitê Científico do GTT de Políticas Públicas do CBCE. E-mail: felipe.canan@gmail.com.

\*\*\* Professor do Departamento de Educação Física da Universidade Estadual de Maringá (Maringá-PR, Brasil). Doutor em Educação Física pela UFPR. Mestre em Educação Física pela UFPR. Graduação em Educação Física pela UFPR. E-mail: fernando.starepravo@hotmail.com.

“sport” were analyzed. In general, the majority of the suggestions requested more state support for sports, while many suggestions were not appropriate for a national constitution, and approximately 24% of the suggestions more objectively called for sports democratization. Although these suggestions could inform constituents about popular demands regarding sports, there was prioritization of the demands raised by entities representing the organized sports sector.

**Keywords:** Federal Constitution; public policy; democracy; right to sport; popular participation..

*“esporte”. A maioria das sugestões pleiteava genericamente mais apoio estatal ao esporte, muitas sugestões apresentaram-se pouco apropriadas para serem inseridas em uma constituição nacional e aproximadamente 24% das sugestões reivindicava mais objetivamente uma democratização esportiva. Embora tais sugestões pudessem informar os constituintes sobre demandas populares frente ao esporte, houve priorização das demandas suscitadas por entidades representativas do setor esportivo organizado.*

**Palavras-chave:** Constituição Federal; políticas públicas; democracia; direito ao esporte; participação popular..

## CONTENTS

1. Introduction; 2. Popular participation in politics - direct democracy and representative democracy; 3. Methodology; 4. Results and discussion; 4.1. The three forms of direct popular participation provided in the ANC Internal Regulations; 4.2. The draft constitution and sociological value of the SAIC; 4.3. Sports and the right to sport from the suggestions registered in the SAIC; 5. Final considerations; 6. References.

### 1. INTRODUCTION

The most recent Brazilian constitutional process, which resulted in the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CF)<sup>1</sup>, formally began on June 28, 1985, with the official proposal for a National Constituent Assembly (ANC) by the Republic at that time, approved by Congress on November 28th, 1985.

The ANC began its work on February 1st, 1987, and the exercise of representative democracy was carried out by federal deputies and senators elected through their respective mandates and not exclusively constituent power. For this reason, the ANC was a congressional rather than exclusive assembly. According to Santos<sup>2</sup>, the fact that the constituents were political agents elected to exercise a legislative function, rather than a constituent function, would have been contradictory, leading to divergences in public opinion and weakening the legitimacy of the constitution that would be built.

However, despite doubts about the character of the ANC, the CF was known as a Citizen Constitution, both in reference to its construction process, in which broad popular participation was proposed and observed, and its formal/material content,

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 05 de outubro de 1988. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

<sup>2</sup> SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer na constituinte**: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988. Campinas, 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas. p. 39-41.

which encompasses a wide range of issues, including the establishment of the Democratic Rule of Law and the consequent broad expectation of guaranteeing fundamental rights.

In relation to the construction process, which is of particular interest in this article, it is important to understand how popular participation took place within the ANC, with respect to the exercise of direct democracy. For this analysis it is necessary, initially, to be familiar with the functioning of the ANC, presented in general lines in Table 1, with the forms of direct popular participation highlighted in bold.

<b>TABLE 1: GENERAL LINES OF THE FUNCTIONING OF THE NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY.</b>	
<b>Stage</b>	<b>Operation</b>
Preliminary	<b>Proposition of suggestions on the part of the citizens</b> , from initiative of the Federal Senate prior to the creation of the Internal Regulation of the ANC; creation of the Internal Regulation; <b>proposition of suggestions by the constituents themselves and representative entities of social segments.</b>
Themed Subcommittees	<b>Meetings with entities representing social segments</b> ; presentation of the Rapporteur's Preliminary Draft; amendments thereto; presentation of the Preliminary Draft of the Subcommittee.
Themed Commissions	Amendments to the Preliminary Draft of the Subcommittee; presentation of the First Substitute of the Rapporteur; amendments thereto; presentation of the Second Substitute of the Rapporteur; amendments thereto; presentation of the Preliminary Draft Commission.
Commission in systematization	Presentation of Draft Bill for the Constitution of the Rapporteur; amendments thereto; presentation of the Draft Constitution of the Rapporteur and Draft Constitution (identical to the draft Constitution of the Rapporteur); <b>amendments thereto (possibility of popular amendments)</b> ; presentation of the First Substitute of the Rapporteur; amendments thereto; presentation of the Second Substitute of the Rapporteur; amendments thereto; presentation of the Draft Constitution (A).
Plenary	Amendments to the Draft Constitution (A); presentation of the Draft Constitution (B); amendments thereto; presentation of the Draft Constitution (C).
Editorial Commission	Presentation of proposals for exclusively editorial changes to the Draft Constitution (C); presentation of the Draft Constitution (D) - Final Writing; promulgation.

As a very general explanation, the logic of the functioning of the ANC was through the discussion, deliberation, and construction of Constitution projects related to specific topics within each subcommittee and, subsequently, each thematic commission. From the suggestions sent by institutions and the constituents themselves to the President of the ANC and also from meetings with entities representing social segments, it was up to the rapporteur of each subcommittee to suggest the first project related to the respective themes. This project was peer-reviewed and a substitute constructed. This was also evaluated, reaching the draft Constitution of the subcommittee. The commission performed a similar procedure, covering the themes from a series of subcommittees. The draft Constitution of each commission arrived at the commission of systematization and then the plenary, both of which, through procedures similar to those previously mentioned, arrived at the draft Constitution sent to the Editorial Committee, for final textual adjustments.

Regarding direct popular participation, as can be seen from the highlighted phrases in Table 1, four possibilities were foreseen. Three of these were laid down by the ANC Internal Regulations<sup>3</sup>, requiring the intermediation of institutions between citizens and constituents, and will be discussed briefly at the beginning of the discussion of the article. The other possibility, initially called “Tell People” and subsequently “Draft Constitution”, was laid down by the Internal Rules, created by the Constitution and Justice Commission of the Federal Senate in 1985 and put into practice in 1986.

The Constitution Project, which was the only form of full direct citizen participation, allowed anyone, regardless of their relationship with an institution, to freely send their demands and propositions to the ANC. This procedure was carried out by completing one or more of the fifty million standard forms that could be withdrawn from government and political party agencies<sup>4</sup>. “In total, 72,719 suggestions were collected throughout the country and the result of the compilation of the suggestions was the creation of the SAIC – Computer Support System to the Constituent database”<sup>5</sup>, containing, in addition to the suggestion itself, the identification of the proponent and the consignee (one or more constituents).

Sport is among the subjects indexed in the SAIC. Until the enactment of the CF in 1988, due to the dictatorial regimes present in Brazil since 1937, the national sports organization at the federal level was centralized by state dirigisme and directed to the

<sup>3</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ano I – n° 33 – Resolução nº 2, de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte.** Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987a. The forms of popular participation set forth in the ANC Internal regulations will be presented forward.

<sup>4</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte.** Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 34.

<sup>5</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestão dos Cidadãos.** 2017. Available at <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidadao-o-processo-constituente/sugestao-dos-cidadao](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadao-o-processo-constituente/sugestao-dos-cidadao)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

sports elite, especially professional football. There was little freedom of decision and action for private sports institutions and actions regarding sports for all were still incipient; sporting practice was not treated as a right of the people<sup>6</sup>. However, despite the undemocratic nature of the sporting organization up to that time, sports and the right to sport ended up being constitutionalized by the CF, which in the caput of Article 217 states: "It is the duty of the State to promote formal and non-formal sporting practices, such as the right for everyone"<sup>7</sup>.

Considering that the Constitution Project was the only form of true direct democracy in the constituent process of the CF and that both in the Subcommittee on Education, Culture and Sports and in the Commission on Family, Education, Culture and Sports, Science and Technology and the Communication of ANC, the thematic right to sport was of little incident<sup>8</sup>, the objective of this article is to analyze the popular suggestions related to sports registered in the SAIC and to identify if there was any demand for the democratization of sports and its condition in law.

No precedents were found in the literature studying these suggestions. The analysis may fill a gap in the history of popular participation in Brazilian sports, providing important subsidies into insights on the possibility of the constitutional text regarding sports and the right to sport being representative or not of popular expectations. At the same time, the analysis contributes by removing from oblivion an important database on popular demands regarding sports. The other forms of direct democracy carried out in the ANC, since they require intermediaries and have already been in some way explored in the literature<sup>9</sup> will only be contextualized in this article.

<sup>6</sup> CANAN, Felipe; SANTOS, Luciana Letícia Sperini Rufino dos; STAREPRAVO, Fernando Augusto. Panorama geral sobre políticas de esporte no Brasil. **Caderno de Educação Física e Esporte**, Marechal Cândido Rondon, v. 15, n. 1, jan./jun. 2017. p. 17-20.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1998. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

<sup>8</sup> CANAN, Felipe. **Compreendendo o direito ao esporte no Brasil** – constitucionalização, teleologia e dogmática. Maringá, 2018. 503 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá. About the constitutionalisation of the right to sport, see chapter 3.

<sup>9</sup> Examples in: CANAN, Felipe. **Compreendendo o direito ao esporte no Brasil** – constitucionalização, teleologia e dogmática. Maringá, 2018. 503 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá; SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer na constituinte: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988**. Campinas, 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas; and LINHALES, Meily Assbú. **A trajetória política do esporte no Brasil: interesses envolvidos, setores excluídos**. Belo Horizonte, 1996. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais.

## 2. POPULAR PARTICIPATION IN POLITICS - DIRECT DEMOCRACY AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY

According to the precepts of Bobbio<sup>10</sup>, the democratic regime is summarized by a set of rules and procedures for forming collective decisions, with foresight and facilitation of the broadest possible participation of stakeholders. The author argues that there are two systems of democracy, both resulting from popular sovereignty, but different regarding their form of assignment and criteria for collective decision-making; the first being representative democracy and the second direct democracy.

Representative democracy is derived eminently from the fact that, considering the extensive and populous territory of modern states, it would be impracticable to organize a system that could guarantee the equal participation of all individuals in collective decisions<sup>11</sup>. Given this situation, the idea of political representativeness arises, which is broadly based on the choice of representatives of the community to make political decisions on behalf of voters.

“Collective deliberations, that is, deliberations concerning the whole collectivity, are not taken directly by those who form part of it but by persons elected for this purpose”<sup>12</sup>. According to the author there are general representations and representations that act on behalf of specific groups, so that often a real bond is not established between the elect and those who elected them. By being affiliated with and/or defending the interests of specific groups, elected representatives often fail to defend collective interests, so that political decisions do not always represent social needs/demands.

This does not mean that elected political agents necessarily act in defense of their own or particular interests, but may also offer political and public actions in order to meet demands that they consider to be priorities<sup>13</sup>. That is, within a political agenda, the elected agents themselves decide on the demands that they believe are the main ones, even if they are often only understood in the light of the influences of specific social groups that, for whatever reason, acquire the potential/power to exercise these influences. This distance and/or disharmony between the performance of the elected agents and the needs of the collectivity can make the political environment restricted

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>11</sup> PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. A concepção democrática de Bobbio: uma defesa das regras do Jogo. **Revista Estudos de Política**, Campina Grande, v. 1, n.1, p. 53-67, 2012. p. 56-58.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 56.

<sup>13</sup> STAREPRAVO, Fernando Augusto. Políticas públicas para o esporte e lazer: conselhos municipais de esporte e lazer e outras formas de participação direta. In: **Anais do XV Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte e II Congresso Internacional de Ciências do Esporte**. Recife: CBCE, 2007. p. 5-7.

and inaccessible to other agents, generating a collective subsumption of the decisions of the representatives.

As a result of this possibility of distance opened by representative democracy between decisions and social needs, certain difficulties arise for the consolidation of a broad democracy, which refers to the idea of direct democracy. For Bobbio<sup>14</sup>, in direct democracy there is an expansion of mechanisms of participation and decision, in which the individual themselves participates in the deliberations of their interest without the need for an intermediary/mediator.

It is in this sense that, for Araujo, Jara and Magalhães<sup>15</sup>, “[...] popular participation in public management is necessary to guarantee the democratic process and awaken the feeling of co-authoring on objective actions of public policies”. The participation of citizens in political decisions characterizes the decentralization of state power, transferring jurisdictions or powers from the center to the periphery<sup>16</sup>.

Alternative means are created for closer participation of agents or social segments in political decisions, equating or diminishing the power of elected political agents<sup>17</sup>. A sectoral municipal council with deliberative power is an example because “Councils institutionalize the participation of civil society in the processes of policy formulation, implementation, and political evaluation”<sup>18</sup>. They form a collegiate agency composed of leaders of institutions, groups, or social sectors related to the theme for which the council was created. This is a form of public control of government actions and decisions, besides discussing and often deliberating on issues of their competence, establishing popular leaderships and seeking to resolve conflicts<sup>19</sup>. At the municipal level they act towards the local demands and in cases where they have deliberative power they can impose on the elected political agent the decisions to be taken regarding certain themes.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>15</sup> ARAUJO, Silvana Martins de; JARA, Iaci de Costa; MAGALHÃES, Ywcy Crystiano da Silva. O processo de participação democrática e controle social nas políticas públicas de esporte e lazer. In: ARAUJO, Silvana Martins (Org.). **Conselhos estaduais de esporte e lazer no Nordeste brasileiro: participação popular e controle social em questão**. São Luís: Edufma, 2011. p. 71.

<sup>16</sup> ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: maior democracia e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996. p. 52; GUINMARÃES, Maria do Carmo Lessa. O debate sobre a descentralização de políticas públicas: um balanço bibliográfico. **Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 9, n. 23, p. 1-17, jan./abr. 2002. p. 2.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>18</sup> BRUST, Cristina; BAGGIO, Isabel Cristina; SALDANHA FILHO, Matheus Francisco. Repensar a gestão das políticas públicas de esporte e lazer: o caso de Santa Maria/RS. **Motrivivência**, Florianópolis, a. XVIII, n. 27, p. 179-185, dez. 2006. p. 183.

<sup>19</sup> BRUST, Cristina; BAGGIO, Isabel Cristina; SALDANHA FILHO, Matheus Francisco. Repensar a gestão das políticas públicas de esporte e lazer: o caso de Santa Maria/RS. **Motrivivência**, Florianópolis, a. XVIII, n. 27, p. 179-185, dez. 2006. p. 182-183.

This does not mean that in direct democracy all citizens participate in all decisions, as this would be materially impossible due to the complexity of societies<sup>20</sup>. Even in the case of direct democracy, a representation of content can exist, as in the example of the city council, not all citizens participate in this, but representatives of certain social segments. Although these representatives are more diverse and closer to the community sectors than commonly occurs in relation to the elected political agents, they are nevertheless representatives.

At the same time, direct democracy does not necessarily mean the substitution of representative democracy, and there may be concomitance and even complementarity between the two, thus, coming as close as possible to a true democracy, considering population size and the consequent complexity of contemporary societies<sup>21</sup>.

### 3. METHODOLOGY

The article adopts descriptive objectives and a qualitative-quantitative approach. Descriptive research aims to describe populations or phenomena and/or establish relations between variables. The phenomenon investigated in this article is direct democracy in the ANC<sup>22</sup>.

The documentary *corpus* consists of the suggestions of the population for the ANC registered in the SAIC and available on the Federal Senate of Brazil *website*<sup>23</sup>. There are a total of 72,719 registered suggestions, of which 1,289 are identified by the descriptor “sport” and its derivatives searched in the Portuguese language. The search on the *website* allows all suggestions that contain the descriptor used to be found, if the descriptor is present in any of the fields on the form completed by the citizen (name, address, location, personal data - sex, area resident, school graduation, marital status, age range, income range, activity - and suggestion) or in the terms catalogued and/or indexed by system operators. Of the total, 415 (32% of 1,289) randomly selected suggestions were analyzed. Regarding the analysis of the suggestions, a qualitative approach was chosen, based on the content analysis technique of Bardin<sup>24</sup>. The popular suggestions were categorized respecting the three steps presented by the author: pre-analysis, material exploration, and treatment of results. Although, due to the objectives

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>22</sup> GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

<sup>23</sup> SENADO FEDERAL. **Atividade legislativa** – bases históricas. 2017. Available at: <[http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#/>](http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#/)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

<sup>24</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

of the article, there is special interest in the theme of the right to sport, no category of analysis was created *a priori*, all emerging from the material exploration itself, with consequent inferences and interpretations. Throughout the article, the explanation of each category is given initially by a brief presentation of the respective characteristics and coding criteria and later by the presentation of six examples of suggestions that illustrate both the homogeneity and scope of the category.

A quantitative analysis was performed, in addition to presentation in terms of frequency and percentage of suggestions related to each category. When a suggestion covered more than one category, it was placed in what appeared to be the main demand of the applicant. The sociological data of the proponents and the consignees of the suggestions that, according to Monclaire<sup>25</sup>, are problematic due to misunderstandings in the form completion by the citizens or registration by the SAIC, are at the moment not the specific object of analysis. The theoretical framework adopted for discussion was the match formed between direct and representative democracy, especially under the assumptions of Bobbio<sup>26</sup>.

## 4. RESULTS AND DISCUSSION

### 4.1. The three forms of direct popular participation provided in the ANC Internal Regulations

The three forms of direct democracy provided in the ANC Internal Regulation concern the possibility of popular participation through institutions, called representatives of social segments, during the constituent process of entities. The Internal Regulation<sup>27</sup> provided:

- in § 11 of Article 13, that such entities could send suggestions of propositions addressed to the ANC President, later sent to the responsible committees and subcommittees;
- in Article 14, that each subcommittee should allocate 5 to 8 meetings for the hearing of entities, including the possibility of making suggestions;
- In Article 24, popular amendments would be possible in the first draft constitution presented by the Commission of Systematization, provided that they were signed

<sup>25</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada**: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 47-51.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>27</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ano I – nº 33 – Resolução nº 2, de 1987**. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987a.

by 30,000 or more voters, organized by at least three legally constituted representative entities.

In the case of sports, few entities sent specific propositions to sports and none suggested amendments to the first draft Constitution of the Commission of Systematization. It can be verified that in these stages of the ANC, direct democracy was little exercised by the institutions related to sports. It was not possible to identify if the limited popular participation in these phases was due to lack of interest or lack of competence for collective mobilization due to the institutional organization required by the Internal Regulations.

In the case of hearings, in addition to the National Sports Council and the Secretariat of Physical Education and Sports of the Ministry of Education and Culture, federal government bodies responsible for sports issues in the period, some private institutions exclusively representing the formal or organized sports system<sup>28</sup>, composed of the Brazilian Olympic Committee, sports confederations and federations, leagues, clubs and sports association or representatives of different groups of sports agents (athletes, referees, chroniclers, etc.) were invited. Representative entities of other social segments, such as the academic area of Physical Education, physical education at school, clubs and associations aimed at amateur competitive sports, municipality or residents associations were not invited to discuss sports issues. In this constituent stage, in relation to sports, it is perceived that there was only partial direct popular participation as it is exercised only by entities selected by the constituents themselves and only institutions were permitted, not individuals.

If analyzed under the assumptions of Bobbio<sup>29</sup>, it is possible to perceive that the way in which this mixed democratic exercise was performed, with direct participation through institutional representation, actually demonstrated a representation of interests of a certain social segment and not necessarily of collectivity. Since only the constituent entities of the organized sports system were selected to participate in the court hearings, it seems natural that only their interests dealt with in the ANC, as legitimate interests of the so-called "national sports community", were defended.

Considering that during the constituent period, ideas about sports for all and the right to sport and physical education were already known and that this was already a compulsory school discipline, it is understood that not all entities that formed part of the national sports community had the opportunity for representation and direct participation in the ANC hearings stage. This fact could have been minimized

<sup>28</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação**; VIII-a – Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; Anteprojeto. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987b. p. 22.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

by the participation of the National Council of Sports and the Department of Physical Education and Sports of the Ministry of Education and Culture, public agencies that to some extent defended greater sports democratization, besides the organized sports system. However, as pointed out by Canan<sup>30</sup>, throughout the ANC, discussions and deliberations prevailed related to the liberalization of sports institutions deprived of state-owned centralization present until then and also respect for the need and forms of public financing and/or tax incentives to these institutions. There was little concern for school physical education, sport for all, or the right to sport.

## 4.2. The Draft Constitution and sociological value of the SAIC

From the previous discussion, it follows that the only stage of true direct democracy for the construction of the CF was the one held before the formal constitutional process, through the Draft Constitution, which resulted in the popular suggestions registered in the SAIC. However, this Draft and its unfolding presented their own problems and contradictions. For example, only 1.4% of the distributed forms were sent to the ANC; there was not necessarily any representativeness of the Brazilian population among the proponents, since not all citizens would have the socio-cultural conditions to participate in the constituent process, and/or not all would believe that their suggestions would be taken into account; filling in the identification and recipients data was optional and often omitted; the fact that it is a written document could omit the truth behind the form, which could be influenced or manipulated by a particular social organization (school, church, political party, etc.); the space for completing the suggestions was small considering the total space of the form; and the indexing of the data was performed in an unprofessional and unscientific way, so that information was often supplemented or suppressed at random by those responsible; among others<sup>31</sup>.

Another problem regarding the SAIC lies not in the system itself, but in its use by the ANC, since the Internal Regulations did not establish protocols in this regard.

<sup>30</sup> CANAN, Felipe. **Compreendendo o direito ao esporte no Brasil** – constitucionalização, teleologia e dogmática. Maringá, 2018. 503 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá. Chapter 3.

<sup>31</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada**: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 47-82.

Canan<sup>32</sup> studying sports, Santos<sup>33</sup> studying leisure, and Monclaire<sup>34</sup> studying the constituent process as a whole identified that the SAIC suggestions were underutilized throughout the ANC. For example, the Rapporteur of the Subcommittee on Education, Culture, and Sports, in presenting the first draft of the Constitution on sport, stated that the SAIC had registered only 25 suggestions for sports<sup>35</sup>, contradicting the 1,289 suggestions identified by this article.

According to Monclaire<sup>36</sup> it is also possible to make an analogy of the SAIC with a book published with suggestions given by the population of the state of São Paulo. The constituents treated the book with disdain, claiming it to be a sample of the disinformation and ignorance of the people regarding the ANC. For the author, the constituents assumed absolute knowledge and decision-making, little considering the exercise of direct democracy provided by the SAIC or the aforementioned book. On the basis of Bobbio<sup>37</sup>, one can see an overlap between representative democracy and direct democracy, which is aggravated by the ANC being congressional and not exclusive.

Analysis of the popular suggestions registered in the SAIC, besides allowing knowledge of the popular demands related to sports, could contribute to verifying the veracity or not of the mentioned unpreparedness of the population in relation to knowledge about the function of the originating constituent power. Moreover, the problems and contradictions identified in relation to the SAIC do not mean that it has been invalidated. On the contrary, as Monclaire<sup>38</sup> puts it, this is a unique database in the world and with precious information about popular demands for the constitution that would be created and, more importantly, about several issues considered important by the population. The author only notes that specific studies on SAIC data should take into account the existence of such problems, taking necessary care in the analysis.

<sup>32</sup> CANAN, Felipe. **Compreendendo o direito ao esporte no Brasil** – constitucionalização, teleologia e dogmática. Maringá, 2018. 503 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá.

<sup>33</sup> SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer na constituinte: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988**. Campinas, 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas.

<sup>34</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991.

<sup>35</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; VIII-a – Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; Anteprojeto**. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987b. p. 22.

<sup>36</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 189-190.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 40-63.

<sup>38</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 19.

Although there are contradictions regarding the representativeness of popular suggestions and their use within the ANC, the SAIC presents itself as a database of precious sociological value, as the ANC Vice-President, Senator Mauro Benevides mentioned<sup>39</sup>. Thus, the SAIC not only represents a database of suggestions to the ANC, but one of the most complete sources of data on popular demands regarding sports identified in Brazilian history.

At the same time, reinforcing the importance of the SAIC, there are also no precedents of inventories (at least of similar magnitude) that registered popular demands towards sports and their relation with the State. Although large inventories developed in the national scenario by the State or private initiative, such as the "Diagnosis of Physical Education/Sports of Brazil"<sup>40</sup>, the "Conclusive Report of the Commission for the Reformulation of Sports"<sup>41</sup>, the "Sports Atlas in Brazil"<sup>42</sup>, or the "National Sports Diagnosis"<sup>43</sup> sought to identify different aspects of the Brazilian sports scene, such as legislation, number of participants in each competitive sporting modality, and number of sportspeople by region of the country, etc., none consulted people about their demands in an in-depth manner. The SAIC can thus be considered the most important instrument of direct democracy in the history of Brazilian sports.

### 4.3. Sports and the right to sport from the suggestions registered in the SAIC

Without losing sight of the objectives of the article and the historical and social importance of this database for the area of sports, we reached eight thematic categories of analysis, presented in Table 1, listed in alphabetical order.

<sup>39</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada**: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 5-6.

<sup>40</sup> COSTA, Lamartine Pereira da. **Diagnóstico de Educação Física/Desportos no Brasil**. Brasília: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral; Ministério da Educação e Cultura, 1971.

<sup>41</sup> MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA, **Uma nova política para o desporto brasileiro** – esporte brasileiro, questão de Estado (Comissão de Reformulação do Desporto – Relatório Conclusivo). Brasília: Secretaria de Educação Física e Desportos do Ministério da Educação e Cultura, 1985.

<sup>42</sup> DACOSTA, Lamartine (Org.). **Atlas do Esporte no Brasil**. Rio de Janeiro: CONFEF, 2006. Consórcio: Conselho Federal de Educação Física; Serviço Social da Indústria; Serviço Social do Comércio; Federação Nacional das Associações Atléticas Banco do Brasil Associação Cristã de Moços; Confederação Brasileira de Clubes; Comitê Olímpico Brasileiro; Comitê Paraolímpico Brasileiro; Fundação Getúlio Vargas / Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas; Fórum Nacional dos Secretários e Gestores Estaduais de Esporte e Lazer; Ministério dos Esportes, 2004.

<sup>43</sup> MINISTÉRIO DO ESPORTE. **Diagnóstico nacional do Esporte** – Diesporte - Caderno 1. Brasília: Ministério do Esporte, 2015

**TABLE 1: CATEGORIES RELATED TO SPORTS AND FREQUENCY AND PERCENTAGE OF SUGGESTIONS IN EACH CATEGORY.**

Category	Frequency	Percentage
Generic support for sports	128	30.84%
Local or personal demands	31	7.47%
Right to sport	49	11.81%
Amateur sports	51	12.29%
Professional Football	57	13.73%
Sports Lottery	25	6.02%
Other references to the term "sports"	22	5.30%
Others	52	12.53%
Total	415	100%

It can be seen from Table 1 that there was a certain balance between the categories of popular suggestions presented to the ANC. The greatest incidence of suggestions in the category "generic support to sports" can be explained by the fact that this category demonstrates the greatest possibility for comprehensive suggestions, due to its generic nature. In this category, the rule was that the suggestions only mentioned some form of support to sports or demanded it among a range of other activities, especially in schools, as can be seen in the examples in Table 2.

**TABLE 2: EXAMPLES OF SUGGESTIONS FOR THE CATEGORY "GENERIC SUPPORT FOR SPORTS".**

"Pay more attention to 'sports'".
"That the federal government be responsible for creating public schools so that young people can learn and improve themselves in theater, music, dance, sports, etc."
"Improvements in agriculture, livestock, health, communication, sports, etc."
"Full time in all public schools in the country, containing food, education, physical development, etc."
"Improvement in technical schools, such as new appliances, sports facilities, medical and dental care for students, and related matters."
"The government should give more economic aid [sic] to public schools and also additional help, providing economic conditions for sports to be better developed."

The category "Local or personal demands", in its turn, included suggestions that demanded reparation or encouragement of a specific demand from the community or the citizens themselves, demonstrating a particularistic view of them in relation to the ANC, as if the request were being directed to a local councilor. The examples are given in Table 3.

**TABLE 3: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY “LOCAL OR PERSONAL DEMANDS”**

“I come through this, to ask your honor for resources for the leisure of the residents of this municipality who, for the most part, find themselves without the economic conditions to attend [sic] any sports or social institution existing in this municipality”.
“We ask delegate Agnaldo Timoteo to build a sport center in Vila Edna.”
“I hereby inquire to Mr. President of the Republic. Could you fulfill my wish? I would like the next world cup to be in Brazil.”
“I ask that the Minister of Social Security hurry the INPS of Prudente, state of São Paulo, with my special retirement as I was a professional football player ...”
“- I play sports and would like a firm to sponsor me [...]”.
“I hope that funds come to our school, which it is very poor, and also to build sport facilities as it does not have them”.

The last example presented in Table 3 shows a very common feature of the suggestions sent to the ANC, and even mentioned by Monclaire<sup>44</sup>, in which in many schools, teachers encouraged the students to submit suggestions. At the same time, this category seems to be the one that provides the greatest opportunity for some constituents to understand that the Brazilian people would be unprepared to contribute to the ANC. This point also deserves attention in relation to direct democracy, suggesting that, while it is advisable to conquer a broad democracy, this requires some degree of education and preparation of the citizens for its exercise. In cases where there is education and preparation, direct democracy may be an element pertinent not only of efficiency, but also of the effectiveness of the public machine, reaching the objectives of representing the collectivity and meeting the standards recommended by the literature<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada**: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 55-56.

<sup>45</sup> Exemplos in: ARAUJO, Silvana Martins de; JARA, Iaci de Costa; MAGALHÃES, Ywcy Crystiano da Silva. O processo de participação democrática e controle social nas políticas públicas de esporte e lazer. In: ARAUJO, Silvana Martins (Org.). **Conselhos estaduais de esporte e lazer no Nordeste brasileiro: participação popular e controle social em questão**. São Luís: Edufma, 2011, p. 17-80; ARRETICHE, Marta. Mitos da descentralização: maior democracia e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996; BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009; GUINMARÃES, Maria do Carmo Lessa. O debate sobre a descentralização de políticas públicas: um balanço bibliográfico. **Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 09, n. 23, p. 1-17, jan./abr. 2002; PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. A concepção democrática de Bobbio: uma defesa das regras do Jogo. **Revista Estudos de Política**, Campina Grande, v. 1, n.1, p. 53-67, 2012; and STAREPRAVO, Fernando Augusto. Políticas públicas para o esporte e lazer: conselhos municipais de esporte e lazer e outras formas de participação direta. In: **Anais do XV Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte e II Congresso Internacional de Ciências do Esporte**. Recife: CBCE, 2007. p. 1-9.

However, although many suggestions, particularly concerning the categories “Local and personal demands”, “Professional football” (Table 6), and “Others” (Table 9), demonstrate that many citizens do not seem to have much sense of what the constitutional process was about, the generalization made by the delegates also represents a presumptuous and disrespectful stance. As representatives of the people it seems sensible that they at least take an interest in the content of the SAIC, absorbing what is pertinent for inclusion in a constitution and/or presenting more incidents among the suggestions. At the same time, precisely because several suggestions were not restricted to issues that would normally be expected to be included in a constitution, the SAIC gains importance as a sociological tool, as it extrapolates the constituent scope and ends up portraying popular demands in general.

The “Right to sport” category, for example, unlike “Local and personal demands” and “Professional football” presents some more elaborate demands that seem to belong to people more directly related to the sports universe and the physical culture in general, showing itself to be important for the exercise of direct democracy in sports. In this category, suggestions are mentioned that, although not necessarily expressly claiming the right to sport, end up somehow referring to it and to questions of sports democratization in general, as shown in the examples in Table 4.

**TABLE 4: EXAMPLES OF SUGGESTIONS FOR THE CATEGORY “RIGHT TO SPORT”.**

<p>“I am a physical education teacher and have already written, when asked, suggestions on Brazilian sport. 1 – it is necessary that physical education be implemented from the 1st Grade and administered by physical education teachers. 2 - the culture and civility of a population is directly proportional to the number of Olympic medals the country has won. 3 - sports must be seen and supported with better eyes - since its initiation in the 1st Grade of Primary School and (as a natural activity geared to physical education-sport), in Secondary School, with great care through Higher Education, the graveyard of potentialities and talents.”</p>
<p>“That the state seeks to give greater support and encouragement to the student from Primary School in sports, enacting to that end, laws that aim to assure them this right, since it is the source of discoveries of new athletes.”</p>
<p>“1- suggestion: creation of federal, state, and municipal networks of sports initiation schools, (similar to the Primary School network). 2- suggestion: - to organize and discipline school sports with a new law. 3- suggestion: - regulate the profession of the physical education teacher. Physics. - to regulate [sic] the installations of the implantations of gymnasiums.”</p>

"That the new constitution refine the state's lines of action within sports, focusing more on the massification of sports through programs of initiation and leisure orientation of people who cannot develop high-level sport. That high level sports be sponsored and promoted by the private initiative, having the state as the organizer and moderator in various federations and confederations, providing better conditions and fiscal incentives for companies that invest in sports, showing them the way and, mainly, the publicity return that sports brings. Physical education, along with food, are fundamental factors in healthy development, the new constitution should adopt a well-defined policy on birth control and the equal distribution of food in schools, encouraging physical education and sports at all levels of society, especially among the least favored classes, who are currently the biggest victims and target of crime and illegal drugs ."

"- it is the obligation of the state to offer, promote, and guarantee the practice of sports in any form, to any person or team that wishes to make use of it".

"... that the right to sport, leisure, and recreation at all levels of education and all social segments shall be guaranteed to the citizen".

An interesting fact about these suggestions is that a large number of them were subscribed by Physical Education teachers. Their more elaborate character in relation to the other categories and the fact that they are only the fifth of the eight categories in terms of frequency of suggestions (Table 1) implies that the understanding of sports law and sports democratization was not necessarily a concrete popular demand of the period, but the result of technical/academic knowledge that is still poorly socialized. In addition, in this category, the search for quality assurance in providing services related to Physical Education and sports to the population, including through professional regulation, was quite evident.

In summary, it was possible to notice an understanding of the association of school physical education with initiation and sports massification, with strong traits of the pyramidal model that had been stimulated by the government until then, by which the offer of sports practice in all contexts serves to feed the elite sport, following its functioning logic<sup>46</sup>. This shows that no matter how strongly an idea of sports democratization was outlined, it was still very tied to a vision of sports as a competitive and institutionalized practice, in the form of "sports modality" (athletics, football, swimming, etc.). There was not necessarily thought towards a democratization of physical activities or "sport for all", as described in the European Charter of Sports for All<sup>47</sup>, but mainly towards a greater incentive to the practice of "amateur" competitive sport,

<sup>46</sup> CASTELLANI FILHO, Lino. O Estado brasileiro e os direitos sociais: o esporte. In: GARCIA, Carla Cristina; HÜNGARO, Edson Marcelo; DAMASCENO, Luciano Galvão (Org.). **Estado, política e emancipação humana** – lazer, educação, esporte, saúde como direitos sociais. Santo André: Alpharrabio, 2008. p. 134.

<sup>47</sup> MINISTROS EUROPEOS RESPONSABLES DEL DEPORTE. **Carta Europea del Deporte para Todos**. 1975. Universidad de Córdoba. Available at <<https://www.uco.es/deportes/media/documentacion/Carta%20Europea%20del%20Deporte%20para%20todos.pdf>>. Last accessed: 15 mar. 2019.

embracing both the child-juvenile public (sports initiation/training) and non-professional adult athletes.

The requests in the “amateur sport” category confirm this view of competition sport as a hegemonic practice in that period in Brazil, to the detriment of general physical culture. Based on the content of the suggestions, amateur sport was not understood as an informal practice or as synonymous with physical activity in general, but as a competitive and institutionalized practice carried out in a non-professional way, that is, without remuneration defined by an employment contract. Essentially it referred to sports modalities different from football, the only sport in which athletes managed to reach the condition of professionals. The suggestions range from a general request for support, to criticizing the salaries paid to some professional football players, and propositions of operational or pedagogical ways to develop amateur sports. The generic suggestions, such as the fourth example in Table 05, were inserted in the category “amateur sport” and not in the category “generic support for sport” because it expressly states the term “amateur”.

<b>TABLE 05: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY “AMATEUR SPORT”</b>
“- incentive established by law through scholarships and reduction in working hours allowing athletes to fund their studies and develop skills. - plans for better use of sport venues in all cities and not just in larger ones”.
“As a sportsperson I request greater attention in the legislative changes differentiating the paid professional from the unpaid amateur. Considering that the paid professional is obliged to comply with sporting [sic] laws. Considering the amateur as a leisure sport. Considering professional with 2 substitutions, amateur 5. Considering that of the 5 substitutes 2 come into play and 3 do not, in this case there are 3 more marginalized athletes who do not go back anymore, this is the cause of amateur sport bankruptcy. Considering greater commitment to school grades for participation in the lower categories”.
“Incentive for amateur sport and disincentive to scandalously remunerate professional sports, such as Brazilian football (painful contrast between poverty and national sacrifice to pay such a salutary and fraternal way of living, such as sports).”
“Give more support to amateur sports”.
“Professional football does not survive by itself. Benefits to football are an affront to the reigning misery. Unrestricted incentives to general amateur sports”.
“- encouraging sports competitions as a cultural factor”.

The category “Amateur sport” is directly related to the category “Right to sport” as it aims at more democratic development of sports practices, not limited to elite athletes. However, Article 217 of the CF, in addition to including formal and non-formal

sporting practices as a right for each person, establishes that there must be “allocation of public resources as a priority for the promotion of educational sports and, in specific cases, for high-performance sports” and that there should be “differentiated treatment for professional and non-professional sports”, but does not expressly address amateur sports.

At the same time, it is possible that these demands related to amateur sports have been to some extent treated as secondary due to the growing professionalization that was taking place within classist sports, composed of associations created by private companies for sports practice by employees and/or employers<sup>48</sup>. This form of sports organization, which was originally intended as sports aimed at all members of a company as a way of leisure and health, ended up being largely integrated in the organized sports system. This is because companies, finding in elite sports a way of advertising/marketing, started to invest and prioritize representative athletes/teams in official competitions, in a kind of semi-professionalism<sup>49</sup>.

An important context of sports for all, thus, began to turn to elite sport, weakening sports offers for citizens in general. The conflict between elite sports and amateur sports, although tacit, was little discussed throughout the ANC, and the greater attention given to the component entities of the organized sports system to the detriment of the SAIC popular suggestions reinforces the perception that only part of the national sports community was privileged, this part being treated as the whole.

The category “Professional football” complements the previous one in the sense of including criticism on the professionalism and salaries of players, but goes further, addressing issues such as the management of the governing bodies and State support to them and to clubs, and complaints in general regarding the national men’s football, among others. In this category there seems to be preponderance of sports spectators and not of practitioners, physical education teachers or practice enthusiasts. Some examples that illustrate the category “Professional football” are presented in Table 6.

**TABLE 6: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY “PROFESSIONAL FOOTBALL”.**

“There should be, when the Brazilian national team qualifies for the World Cup, a law that all clubs of the state federations participate in the summoning of players to the national team [sic] in the world cup.

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei nº 6.251, de 8 de outubro de 1975**. Institui normas gerais sobre desportos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 de outubro de 1975. Available at: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6251.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6251.htm)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

<sup>49</sup> LINHALES, Meily Assbú. **A trajetória política do esporte no Brasil**: interesses envolvidos, setores excluídos. Belo Horizonte, 1996. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 165.

<p>“Our football is an embarrassment [sic], after so many glories. To begin with the CBF should move to Brasília, have more authority, be a registered government agency so there will be no complaints in the common justice. The sports court must have authority to end abuses, athletes are being paid unfairly. Some earn too much, others earn too little. There should be a salary table according to the category of the athlete or club with which he has a contract. Instead of abusive wages the athlete should have insurance and retirement plans proportional to the length of service. The salary of the football player is an outrage compared to the Brazilian worker in general in any sector. I believe this should be studied. The CBF president should be appointed by the President of the Republic.”</p>
<p>“- every football player should know how to sing the Brazilian national anthem, otherwise they should not participate in the games”.</p>
<p>“A project limiting salaries of professional athletes. National Shame”.</p>
<p>“That sports in Brazil, especially football, be only amateur and not professional, due to the high wages that players receive and do not deserve.”</p>
<p>“Every football club should adopt a kindergarten or a hospital to sponsor.”</p>

The category “Professional football”, in general lines, also contradicts the constitutional text. While the main objective was to guarantee autonomy to private sports institutions, institutionally detaching them from the interventionism and state centralization in vogue until then<sup>50</sup>, the popular suggestions in this field were more that the State should interfere in the private sphere, especially in the regulation of matters related to professional football and the Brazilian (male) squad of this modality.

However, due to the passionate nature of the suggestions, the category “Professional football” ends up following the categories “Local and personal demands” (Table 3) and “Others” (Table 9) regarding contents that are not pertinent to a national constitution. Much of the popular outrage over players’ high salaries was due to the existence of a sports lottery that helped large clubs. These claims, however, are presented within the “Sports Lottery” category, which consists of a mixture of suggestions regarding the allocation of prizes and suggestions in which the term “sports lottery” were mentioned, but which had little or no scope for sports itself, as in the first two examples shown in Table 7.

<p><b>TABLE 7: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY “SPORTS LOTTERY”</b></p>
<p>“Draw by the lottery – why is there no identification of the player on the cards like the model used on the sports lottery cards?”.</p>

<sup>50</sup> CAMARGOS, Wladimir Vinycius de Moraes. **A constitucionalização do esporte no Brasil** - autonomia tutelada: ruptura e continuidade. Brasília, 2017. 188 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

<p>"Remembering that there are a federal lottery, sports lottery, <i>loto</i>, and state lottery, so why not a <i>jogo do bicho</i> [the animal game - a common and illegal gambling practice]?"</p>
<p>"Allocate to social welfare the funds [sic] of the sports lottery, lotto, federal lottery".</p>
<p>"Extinction of all types of lottery in the country - federal - loto and sports. Reason: the "popular" game, in a poor country like ours - removes all (popular) flowing capital. Example: a citizen who would buy [sic] a pair of shoes does not because he bets the money; would buy [sic] a pack of oatmeal for his child does not because he bets the money. And so on with a shirt, food, and even personal hygiene, home, and health. Worst of all is that we are creating a country of addicts. A country is made of people, not addicts".</p>
<p>"I suggest changing the legal instrument that allows the transfer of funds from the sports lottery to football clubs. I suggest that these funds be passed on to public colleges to be applied to sports in general, naturally attending the regional nuances of sports practice. This action, I believe, would bring great advantages in terms of recovering the good habits of youth as well as training athletes for the future."</p>
<p>"Why don't they take half of the lottery prizes to help pay off our international debt?"</p>

The first two examples of the "Sports Lottery" category and the suggestions with a similar content, could also be included in the category "Other references to the term 'sport'", but we decided to maintain them in the first one as they dealt with the theme of lotteries in general. The second category, in turn, deals with suggestions that, for whatever reason, present the term "sport" or related terms, but contain nothing of relevance to it. The examples given in Table 8 illustrate the reasons for creating this category.

<p><b>TABLE 8: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY "OTHER REFERENCES TO THE TERM 'SPORT'"</b></p>
<p>"There should be a law to punish, without the minimum right of monetary bail, any corrupt authority, from the highest rank to the football judge, those scoundrels who have been distorting the most beloved sport in Brazil, provoking catastrophes in sports courts, from Amazonas to Chuí".</p>
<p>"In my opinion, I think the college entrance examination should end, because in my view it is just a sports lottery."</p>
<p>"Your Honor, you do not know me, but I've known you for a few years, since 68, in the sports program from the BS Cultura radio, at noon."</p>
<p>"Because many work for sport, and others work so they do not starve."</p>
<p>"Taking the example of national sports, while it was administered publicly, we lived in the dark".</p>
<p>"I am in favor of the death penalty in cases of people who kill for sport and not for self-defense."</p>

Although this category does not deal with sports demands, it encompasses suggestions related to the search for the descriptors used and, for this reason, in methodological terms, although these suggestions contribute little to the theme of the article, they cannot be discarded. The “Others” category, on the other hand, deals with sport demands, but not previously addressed, as identified in the examples in Table 9.

<b>TABLE 9: EXAMPLES OF SUGGESTIONS CONCERNING THE CATEGORY “OTHERS”.</b>
“- create a ministry that specifically takes care of sports”.
“That boxing, wrestling, karate and all other violent fights be forbidden”.
“Physical education: end the compulsory physical education practice for those who take, in parallel with the last years of the second grade, an industrial apprenticeship course at SENAI!”
“That teaching in schools be teaching to read and write and not be confused with teaching sport competition, which is leading our young people to choose the ball and not the book, leave sports to the Sec. of Sport, back to old times”.
“Before we think about leisure and sports, we should pay attention to the feeding of these children, through school, that is, the improvement in school food, and that this be constant in the period of these children’s classes. Having these conditions, then we could think of intelligent children, with good academic performance, and athletes with prominence among various modalities.”
“10% of the revenue of sports stadiums for the education department of the State itself”.

Although Table 9 presents several examples in some ways contrary to sporting practice, the most prevalent suggestion in the “Others” category was the creation of a sports ministry. As the contrary suggestions varied in their content and the suggestions regarding the ministry were similar, we chose to transcribe only one example of the former and several of the latter. This category also reinforces the illustration of certain unpreparedness by the citizens in relation to the themes pertinent to a Constitution, as discussed by Monclaire<sup>51</sup>.

## 5. FINAL CONSIDERATIONS

Although many suggestions identified in the SAIC do not specifically address sports, while others even dealt with topics that are notoriously inconsistent with insertion in a national constitution, several suggestions, especially in the categories “Amateur sports” and “Right to sport”, the fourth and fifth being the most numerous (Table 1), addressed issues of relevance for inclusion in a constitution known as “citizen.” Although the minority in relation to the total sum of suggestions, the two categories, due to

<sup>51</sup> MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC**: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991. p. 189-193.

both their material content and the more elaborated content of their texts as well as to the apparently deeper relationship of the proponents with the sports universe, could have been adopted as a way of supplying the absence of participation of entities representing social segments that could claim greater sports democratization.

However, even among the appropriate suggestions in a constitutional text, the general suggestions were very preponderant, with little information about the constituent. The generic tone of the sum of popular suggestions ended up indicating to the constituents that they sought more specific subsidies for the construction of the constitutional text in the entities that are part of the formal sports system, historically involved with sports. In addition, it cannot be disregarded that Article 217 of the CF in a certain way provides general support to sports, contemplating, albeit to a small extent, the most elaborated claims for the right to sport and encouragement of amateur sports.

Given specifically the case of sports in the ANC in relation to Bobbio's direct democracy assumptions<sup>52</sup>, one realizes that such a democracy in its true form does not necessarily offer the best responses in terms of producing a Constitution. However, the lack of more elaborate suggestions cannot silence the importance that the Draft Constitution and the consequent exercise of true direct participation have had for the maturing of democracy, especially after a period of dictatorial rule in Brazil.

Moreover, such a shortage suggests that, in order to have a greater quality of direct participation, it may be necessary to invest in citizen education, clarifying the possible meanings and limits. Offering the concrete means for direct democracy to operate with quality becomes more difficult as constituents and political agents generally demonstrate disdain for popular participation.

Extrapolating the scope of knowledge about how many popular suggestions would have been sufficient to influence the content of sports prediction in the CF, it remains important to point out that, even though the SAIC is a database for the years 1986 and 1987, the reality identified regarding sports seems not to be very outdated in relation to the general framework identified in 2019. Sports were provided for in the CF, but the fields of popular interest and the expected participation of the state seem not to have changed much, as can be observed in relation to the still present demands for courts and sports materials in schools, policies for formation of athletes, state support for sports contexts other than those of elite sports, and state-owned regulation in terms of moralizing professional football, among others.

It is clear that the SAIC is only one of the ways to identify the popular demands in relation to sports in the ANC; in-depth analysis of other forms of direct democracy

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

and also of the representative being a possibility for future studies. At the same time, the reality identified in relation to the sports theme cannot be generalized in all the construction of the constitutional text, the general analysis of direct and representative democracy in the ANC representing another possibility for future studies.

## 6. REFERENCES

- ARAUJO, Silvana Martins de; JARA, Iaci de Costa; MAGALHÃES, Ywcy Crystiano da Silva. O processo de participação democrática e controle social nas políticas públicas de esporte e lazer. In: ARAUJO, Silvana Martins (Org.). **Conselhos estaduais de esporte e lazer no Nordeste brasileiro: participação popular e controle social em questão**. São Luís: Edufma, 2011.
- ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: maior democracia e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ano I – nº 33 – Resolução nº 2, de 1987**. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987a.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação**; VIII-a – Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; Anteprojeto. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987b.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- BRUST, Cristina; BAGGIO, Isabel Cristina; SALDANHA FILHO, Matheus Francisco. Repensar a gestão das políticas públicas de esporte e lazer: o caso de Santa Maria/RS. **Motrivivência**, Florianópolis, a. XVIII, n. 27, p. 179-185, dez. 2006.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestão dos Cidadãos**. 2017. Available at <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestao-dos-cidadaos](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestao-dos-cidadaos)>. Last accessed: 15 mar. 2019.
- CAMARGOS, Wladimir Vynicius de Moraes. **A constitucionalização do esporte no Brasil** - autonomia tutelada: ruptura e continuidade. Brasília, 2017. 188 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
- CANAN, Felipe. **Compreendendo o direito ao esporte no Brasil** – constitucionalização, teleologia e dogmática. Maringá, 2018. 503 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá.

CASTELLANI FILHO, Lino. O Estado brasileiro e os direitos sociais: o esporte. In: GARCIA, Carla Cristina; HÚNGARO, Edson Marcelo; DAMASCENO, Luciano Galvão (Org.). **Estado, política e emancipação humana** – lazer, educação, esporte, saúde como direitos sociais. Santo André: Alpharrabio, 2008.

COSTA, Lamartine Pereira da. **Diagnóstico de Educação Física/Desportos no Brasil**. Brasília: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral; Ministério da Educação e Cultura, 1971.

DACOSTA, Lamartine (Org.). **Atlas do Esporte no Brasil**. Rio de Janeiro: CONFEF, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUINMARÃES, Maria do Carmo Lessa. O debate sobre a descentralização de políticas públicas: um balanço bibliográfico. **Organizações & Sociedade**, Salvador, v. 9, n. 23, p. 1-17, jan./abr. 2002.

LINHALES, Meily Assbú. **A trajetória política do esporte no Brasil: interesses envolvidos, setores excluídos**. Belo Horizonte, 1996. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA, **Uma nova política para o desporto brasileiro** – esporte brasileiro, questão de Estado (Comissão de Reformulação do Desporto – Relatório Conclusivo). Brasília: Secretaria de Educação Física e Desportos do Ministério da Educação e Cultura, 1985.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. **Diagnóstico nacional do Esporte** – Diesporte - Caderno 1. Brasília: Ministério do Esporte, 2015.

MINISTROS EUROPEOS RESPONSABLES DEL DEPORTE. **Carta Europea del Deporte para Todos**. 1975. Universidad de Córdoba. Available at <<https://www.uco.es/deportes/media/documentacion/Carta%20Europea%20del%20Deporte%20para%20todos.pdf>>. Last accessed: 15 mar. 2019.

MONCLAIRE, Stéphane (Org.). **A constituição desejada: SAIC**: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 1. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1991.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. A concepção democrática de Bobbio: uma defesa das regras do Jogo. **Revista Estudos de Política**, Campina Grande, v. 1, n.1, p. 53-67, 2012.

SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer na constituinte: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988**. Campinas, 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas.

SENADO FEDERAL. **Atividade legislativa** – bases históricas. 2017. Available at: <[http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#](http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#/)>. Last accessed: 15 mar. 2019.

STAREPRAVO, Fernando Augusto. Políticas públicas para o esporte e lazer: conselhos municipais de esporte e lazer e outras formas de participação direta. In: **Anais do XV Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte e II Congresso Internacional de Ciências do Esporte**. Recife: CBCE, 2007.



## Legal pluralism: an approach from the new Latin American constitutionalism and the jury of the indigenous court

### *Pluralismo jurídico: Uma abordagem a partir do novo constitucionalismo latino-americano e do tribunal do júri indígena*

GIULIA PAROLA <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)  
gjuliaparola.law@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-8107-5765>

THAIANA CONRADO NOGUEIRA <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil)  
thaiananogueira@yahoo.com.br  
<https://orcid.org/0000-0003-1781-5612>

THOMAZ MUylaERT DE CARVALHO BRITTO <sup>II,\*\*\*</sup>

<sup>II</sup> Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)  
thomazbritto@hotmail.com  
<https://orcid.org/0000-0002-8217-7947>

**Recebido/Received:** 07.10.2019/ October 7<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 18.11.2019/ November 18<sup>th</sup>, 2019

#### Abstract

Through the presented article we seek to analyze the way Indigenous Peoples insert themselves in the context of the new Latin American constitutionalism, with a special

#### Resumo

*Por meio do presente artigo, busca-se fazer uma análise, ainda que sucinta, da forma como os indígenas se inserem no contexto do novo constitucionalismo latino-americano,*

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: PAROLA, Giulia; NOGUEIRA, Thaiana Conrado; BRITTO, Thomaz Muylaert de Carvalho. Legal pluralism: an approach from the new Latin American constitutionalism and the jury of the indigenous court. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 621-645, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.69579.

\* Professor in Environmental Law and Post-doc Researcher Scholar, Master in Constitutional Law in South America, Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil). PhD in Environmental Law in the University of Paris V (France). LLM in the University of Iceland in International Environmental Law. Bachelor of Law, Università degli Studi di Torino (Italy). E-mail: gjuliaparola.law@gmail.com.

\*\* Masters student in Constitutional Law at the Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil). Graduated student in Constitutional Law, Universidade Cândido Mendes (Niterói, Rio de Janeiro, Brazil). Bachelor of Law, Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro, Brazil). Assistant Editor of the Journal "Culturas Jurídicas", Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro, Brazil). E-mail: thaiananogueira@yahoo.com.br.

\*\*\* Professor of Constitutional Law at Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brazil). Masters in Constitutional Law at the Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brazil). Postgraduate lato sensu in Constitutional Law from Universidade Cândido Mendes (Brazil). Bachelor of Law at Universidade Federal Fluminense. E-mail: thomazbritto@hotmail.com.

focus on the aspect of the legal pluralism and on the way the Indigenous Peoples act towards the Judiciary. For that, the paradigmatic cases of the Ecuadorian, Bolivian and also the Brazilian constitutions are analyzed. From there, we go to the concrete cases, where factual situations are verified, at least in theory, where the natives had an active participation in the judiciary criminal process in Brazil. The main goal of this article is to scrutinize how those cases configure what denominates as legal pluralism and in what standards the Brazil differentiates from the other Latin American countries on the legal custody of the indigenous rights and the recognition and respect of «the other», here understood as a native.

**Keywords:** legal pluralism; new latin american constitutionalism; indigenous rights; indigenous jury; Brazil.

*com enfoque especial no aspecto do pluralismo jurídico e na forma como os indígenas atuam perante o Poder Judiciário. Para tanto, são analisados os casos paradigmáticos das Constituições equatoriana e boliviana, e também da Constituição brasileira. A partir do estudo desses diplomas, passa-se aos casos concretos, em que são verificadas situações fáticas onde, ao menos em tese, os indígenas tiveram uma participação ativa em processos judiciais criminais no Brasil. O objetivo primordial do artigo é justamente verificar em que medida esses casos configuram o que se denomina pluralismo jurídico e em que medida o Brasil se diferencia dos demais países latino-americanos no que tange à tutela judicial dos direitos indígenas e ao reconhecimento e respeito do “outro”, aqui compreendido como o indígena.*

**Palavras-chave:** pluralismo jurídico; novo constitucionalismo latino-americano; direitos indígenas; juri indígena; Brasil.

## CONTENTS

1. Introduction; 2. New Latin American Constitutionalism; 2.1. Brazilian Federal Constitution from 1988; 2.2. Equatorial Constitution from 2008; 2.3. Bolivian Constitution from 2009; 2.4. The Problem of (In) Effectiveness of the Constitutional Commandment; 3. Legal Pluralism; 3.1. The Indigenous Jury in Brazil; 4. Conclusion; 5. References.

## 1. INTRODUCTION

The indigenous school was historically decimated and subdued. Seen by settlers as inferior, they were expelled from their lands, separated from their families, violated and even subjected to forced labor. This was a reality that marked the emergence of what is now called Latin America. There are various countries, mainly colonized by Spaniards, with the exception of Brazil, whose histories have been tainted by indigenous blood.<sup>1</sup>

Today, years after the arrival of the first European vessels at the American continent, the natives remain marginalized from mainstream society. Indeed, there have been many efforts to recognize rights to Indigenous Peoples and what is termed as the new Latin American constitutionalism was the main reason for this. At the end of the 1990s, a process of amendments of the Latin American Constitutions began, triggered especially by the end of authoritarian regimes in those countries, like Brazil and Bolivia, for instance. One of the main consequences of this process was the introduction of the indigenous in the constitutional texts, as subject and not as object of rights. In

<sup>1</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 74.

this context, the Ecuadorian Constitution of 2008 and the Bolivian Constitution of 2009 were highlighted.<sup>2</sup>

However, despite these efforts, indigenous communities are not protected by the State in the way they should. This is because there is a profound practical difficulty in conferring effectiveness on the constitutional commandments, especially because the power's structure.

The natives are able to physically speak, but, at the same time, they are seen as subaltern, who cannot express themselves without the intervention of others, which reproduces structures of oppression and keeps them in silence.<sup>3</sup> It is, basically, the silencing of the other by recognizing their inability to express his own opinions, that is, by the – mistaken – realization of the intellectual incapacity of the native to recognize what is right and wrong within society.

In this context, the legal space was characterized as a mechanism of oppression and silencing. The Law can be used - and often is - as an instrument of colonial domination, imposition of standards, marginalization of the "other one", the different, that does not fit into the European social standards of behavior. In the case of indigenous communities, these have been removed from the legal spectrum. Although the new Latin American constitutionalism recognized rights to them, this was not enough.

For all that is stated above, it is essential that there is a transformation in the political-judicial structure in Latin America, so as to concretely insert native people, respecting their traditions and cultures and allowing the system to adapt to their specificities and concrete needs.

It is under this bias that this article is inserted, whose primary objective is to analyse, without pretending to be exhaustive, the Brazilian, Ecuadorian and Bolivian Constitutions, verifying how their commandments are executed in practical reality, so that it is then possible to glimpse forms of legal pluralism<sup>4</sup> which allow Indigenous peoples' consultation without the need of intermediaries.

Thus, the first chapter objective is to contextualize what is called the new Latin American constitutionalism and to study the Brazilian Constitution of 1988, in order to elucidate how the native is treated in the country, and the more recent Ecuadorian and Bolivian Constitutions, which are highlighted by the extensive list of rights granted to indigenous communities. Subsequently, it discusses how effectively these rights are conferred. Finally, the focus becomes the legal pluralism as a way of respecting and

<sup>2</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 91.

<sup>3</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 63.

<sup>4</sup> The legal pluralism is, roughly speaking, a possibility of coexistence of more than one legal system at the space and at the same time. For the purposes of this article, it can be understood as a coexistence of the common legal system and the indigenous legal system. It opposes the legal monism, based on the idea of oneness.

adapting the system to the natives. At that moment an actual case is analysed in which there was participation of tribes in a criminal process in Brazil.

To this end, a legal-normative research part will be adopted, through a documentary and bibliographical research source. The method of research employed is logical-deductive reasoning.

## 2. NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

The new Latin American constitutionalism was inaugurated with the promulgation of several new Constitutions in the countries of the region, such as Brazil (1988), Mexico (1992) and Paraguay (1992), which brought many advances, especially in social aspects and inclusion of minorities. The cultural diversity influenced several Constitutions promulgated in the Latin American continent. According to Araujo “The debate on multiculturalism and the strengthening of new social movements, (...) were incorporated into constitutional texts through the constitutional recognition of pluralism in their respective societies and the establishment of guidelines related to the fight against inequalities and the appreciation of different forms of life”<sup>5</sup>. The texts that emerged from this process included new pluralistic and intercultural approach.

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo,<sup>6</sup> exponent on the subject, subdivides the process of Latin American constitutional transformation into three different cycles, namely:

Multicultural (1982 - 1988): at that moment there was the initial recognition of multiculturalism, with the attendance of some basic indigenous demands. It includes the Brazilian Constitution of 1988, for example;

Pluricultural (1989-2005): it was marked by the replacement of the multicultural perspective by the pluricultural one,<sup>7</sup> in which the recognition of indigenous rights deepened. Rights arose, such as identity, languages, bilingual education, etc. The main innovation, however, came from the recognition of legal pluralism, although incipient.

<sup>5</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 91.

<sup>6</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, Cesar Augusto (Coord.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35.

<sup>7</sup> About the subject, it is worth noting the lessons of ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 118: “The doctrines of multiculturalism - especially its more official aspects - do not meet the demands of the subaltern peoples who live the coloniality of the power, especially from ethnic groups (...) It is common for multiculturalism to think of difference as a data to be accommodated, recognized and isolated ... The danger of essentialisms lies in the requirement of a distinct and pure act (language, clothing, practices, religion), whose absence entails the questioning of identity (...) The multiculturalism also fails to give due the correct value to the historicity and depth of the colonial wound (...) In the legal system, the first step is to remove the hierarchy of knowledge and reject an interpretation based on a single world view. The respect for legal pluralism is an important task, and the projects of the new Latin American constitutionalism will emphasize it.”

Included in this cycle, for example, are the Mexican (1992), Paraguayan (1992), and Peruvian (1993) Constitutions;

Plurinational (2006 - 2009): This is the most radical phase of the three, in which there were very significant structural changes. Countries that adopted Constitutions at that time recognized that Indigenous Peoples are original nations, collective subjects of rights, with autonomy and self-government. In this context came ideas such as the good life *ousumak kawsay* and *pachamama*. Classical examples of constitutions promulgated in this period are Ecuadorian (2008) and Bolivian (2009). It is noteworthy that in these two countries a large part of the population declares themselves to be native, which certainly had relevance in determining these new policies.

As far as indigenous communities are concerned, these three cycles have brought about very significant transformations, especially with regard to the recognition of Indigenous Law, so that it is possible to say that the new Latin American constitutionalism inaugurated a new moment for these peoples, progressively removing them from obscurity and making them subjects of constitutionally assured rights.

## 2.1. Brazilian Federal Constitution from 1988

As seen earlier, the 1988 Constitution<sup>8</sup> is part of the first cycle of constitutional changes and ruptures that Latin America has undergone in recent years. Of all the phases, this was the most “timid”, most probably because it was the first step towards the insertion of Indigenous Peoples in the constitutional text.<sup>9</sup>

Although not as grandiose as the later Constitutions, enacted in neighboring countries, the 1988 Constitution brought with it great victories for indigenous communities. This meant that, at that moment, the small advances that had taken place meant a break with the previous policy, which for years had silenced and subjugated the natives.

A factor that contributed decisively to the recognition of indigenous rights in the constitutional text was the intense participation of indigenous communities and leaders in the process of creating the Constitution. The presence and effective participation of the natives in the National Constituent Assembly meant for them the recognition of their existence and their autonomy, as well as overcoming the idea that they were irrational, wild animals incapable of determining their own future.<sup>10</sup> To then were

<sup>8</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Last access: 22 Aug. 2018.

<sup>9</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 182-184, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018, p. 35.

<sup>10</sup> LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte: 1987 – 1988**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2008, p. 141.

given the word and the power to decide jointly with others on the directions of public policies that concerned their communities and ethnicities.

Chapter VIII of Title VIII of the Major Charter specifically covers indigenous communities and, essentially, deals with the recognition of certain rights. This represents a very great transformation, since no other national constitution had dealt with the subject in this way, dedicating a whole chapter to it. The caput of article 231 of the Constitution, for example, advocates that “Indigenous Peoples are recognized for their social organization, behaviours, languages, beliefs and traditions, and the original rights to the lands they traditionally occupy, and it is up to the Union to demarcate, protect and enforce all their property”.

The referenced article “is acclaimed by all for the constitutional innovation of considering indigenous lands accrue from an original right, which means that it precedes the arrival of the Portuguese”.<sup>11</sup>

Despite all this, there is still a long way to go in Brazil. As stated earlier, the 1988 Constitution brought transformations, but not so deep. In this sense, the new Constitution has advanced on the indigenous issue but the text “has not yet exorcised the specter of marginalization that sometimes serves by the euphemism of “emancipation”<sup>12</sup>. According to Alcida Rita Ramos “for the first time in the country’s history, (Brazil) assumes that being a native is a legitimate state and not a temporary condition. But (...) The natives are still protected, they still have their rights limited, even if they give all the demonstrations of civic knowledge and resourcefulness in the national life.”<sup>13</sup>.

It apprehends, from this, a problematization referent to the full citizenship of the natives. There were, indeed, advances with the advent of the 1988 Constitution, but there are still many rights to be recognized and, above all, made effective. In addition, the territorial rights approach in the Constitution of 1988, is interpreted as the dictatorial period were still in force. The Raposa Serra do Sol Case is the most famous example where the Federal Supreme Court (STF) adopted the so-called “time frame” by requiring the physical presence of the natives on their lands in 5 of October 1988. The STF in this manner “naturalized the relations of domination to which the natives were subject in the previous constitutional order”<sup>14</sup>. The impacts of this interpretation “on the ethnic assertion and territorial claims of the present, (...) received distrustful treatment, which regards the growth of the indigenous population as a fraudulent practice. Additionally,

<sup>11</sup> GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012, p. 111.

<sup>12</sup> RAMOS, A. Os direitos do índio no Brasil: na encruzilhada da cidadania. **Série Antropologia**. vol. 116, Brasília: DAN/UnB, 1992. Available at: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie116empdf.pdf>>, p. 5-6.

<sup>13</sup> RAMOS, A. Os direitos do índio no Brasil: na encruzilhada da cidadania. **Série Antropologia**. vol. 116, Brasília: DAN/UnB, 1992. Available at: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie116empdf.pdf>>, p. 5-6.

<sup>14</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 5.

the law remains very attached to a uniform treatment of these groups, paying little attention to their specificities, their knowledge and legal pluralism”<sup>15</sup>. The advance made by the Constitution is rapidly stopped by using, according to Araujo, “pre-established hegemonic models. The internal and external conflicts involving these groups are usually analyzed from the viewpoint of the surrounding society, which abstractly selects the priority legal assets (such as national security and private property), relegating territorial rights to a lesser extent”<sup>16</sup>.

In this way, the constant distrust of the Federal Supreme Court has affected the very recognition of indigenous rights after the enactment of the Constitution. There are still many steps to be taken in Brazil, with the purpose of consolidating the rights guaranteed by the Constitution to the natives. Their territorial rights, as has been observed, continue on the verge of being violated.

It is known that there was, in fact, a constitutional provision regarding the fundamental rights of indigenous groups. However, the consolidation of these rights is a deficiency of the State, which has not subsidized efforts to effectively protect the rights of these groups. Thus, indigenous justice can be a measure to be adopted in Brazil, just as occurred in Ecuador.<sup>17</sup>

## 2.2. Equatorial Constitution from 2008

At this moment, the specific analysis of the Ecuadorian Constitution<sup>18</sup> is important because, together with Bolivian, it represents the greatest advance in relation to indigenous rights in Latin America.

Already in 1998 the Ecuador Constitution that recognized the State as plural-national had been promulgated. However, considering that the country is composed mostly of natives, there was a great deal of pressure to make the transformations even deeper. Thus, after years of debate, a new Constitution was approved, in 2008, whose norms were more protective and radical, not only in relation to Indigenous Peoples, but also in relation to the environment, originating what is called a “biocentric turn”.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 5.

<sup>16</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 5.

<sup>17</sup> HOGEMANN, Edna Rachel Rodrigues Santos. Constituição, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico: a possibilidade de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a Constituição equatoriana. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Salvador, v. 4, n. 1, jan/jun. 2018. Available at: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4408>>. Last access: 5 Jan. 2019, p. 115.

<sup>18</sup> EQUADOR. **Constitución del Ecuador**. Available at: <[www.acnur.org](http://www.acnur.org)>.

<sup>19</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 92.

The Nature or Mother Earth, free translation of the term *umacma*, in the old *umac* language, was recognized like subject of rights. In the same sense, the idea of *buen vivir* or *umac kawsay*, which means, basically, that people have the right to exercise their rights in harmonious coexistence with Nature.<sup>20</sup>

The Ecuadorian Constitutional Charter followed the line of the Brazilian, and dealt with indigenous affairs in several articles, besides having a specific chapter to do so. As in Brazil, there was intense participation of indigenous communities in their elaboration.

It recognized indigenous languages as an official language (Article 2),<sup>21</sup> and determined the recognition by the State of the social, political and economic organization of these ethnic groups (Article 57). However, its main innovation was to recognize the existence of an indigenous jurisdiction, based on ancestral traditions and on its own law, whose decisions must be respected by the institutions and public authorities (article 171).

The existence of an indigenous jurisdiction ensures that these ethnic groups are represented and have their rights guaranteed in a more effectively manner. In other words, it gives them a voice, allows them to decide on their own course, according to their convictions and traditions.

According to Hogemann, there are limits, in the Ecuadorian Constitution, regarding indigenous justice, the new text provides “material limits (at the constituted precepts and recognized human rights in international instruments) and territorial (limiting the manifestations of the extension of the indigenous communities) and those manifestations, allowing, if necessary, the possibility to verify the decisions coming from the this jurisdiction in the process of constitutionality control”<sup>22</sup>

The occurrence of limits to be followed by the indigenous communities is one of the reasons why Hogemann supports the approximation between the Ecuadorian Constitution and the Brazilian, and it should be allowed, in Brazil, the existence of a justice that is not state-owned. The control of constitutionality, for the theoreticians opposed to the recognition of a jurisdiction distinct from the state-owned, may be an alternative.

<sup>20</sup> Both terms - *buen vivir* and *pachamama* are difficult to conceptualize, precisely because they originate in indigenous worldviews, which the non-natives have difficulty understanding. However, they can be understood, in general terms, as living well, in harmony with nature, which is not an object but a subject, and must be respected.

<sup>21</sup> Spanish is the official language of Ecuador; Castilian, Kichwa and Shuar are official languages of intercultural relationship. The other ancestral languages are of official use for the Indigenous Peoples in the areas where they live and, in the terms, established by law. The State will respect and encourage its conservation and use.

<sup>22</sup> HOGEMANN, Edna Rachel Rodrigues Santos. Constituição, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico: a possibilidade de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a Constituição equatoriana. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Salvador, v. 4, n. 1, jan/jun. 2018. Available at: <<http://www.indelexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4408>>. Last access: 5 Jan. 2019, p. 120.

### 2.3. Bolivian Constitution from 2009

The Constitution of Bolivia was the one that advanced the most, since it established a true Plurinational State. This can be seen from the preamble to the Constitution, which states that “el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial (...) construimos un nuevo Estado”.<sup>23</sup>

Its promulgation counted of ample indigenous participation and had close relation with the election of a President also indigenous. Like the Ecuadorian Constitution, it declared the indigenous languages as official and increased the list of constitutionally guaranteed rights.<sup>24</sup>

However, as far as legal pluralism is concerned, it went further. Indigenous jurisdiction was created, with the same legal authority and hierarchical structure as the Brazilian nation-state (article 179), with indigenous authorities and their own procedures based on cultural precepts (article 190). A Plurinational Constitutional Court was also created, composed of elected magistrates, with representation of the ordinary and indigenous system (article 197). This is another step towards the representativeness and effective participation of the indigenous population.

The new text, when recognizes “the authenticity of indigenous justice by admitting legal pluralism, in an equal coexistence between state and indigenous justice”, it makes a step forwards to break with capitalism and colonialism in Latin America. According with Wolkmer and Ronchi, “It can not be said that there has been a definitive break with colonialism and capitalism, but it is on the way. It is important that there are no setbacks, only advances”<sup>25</sup>

The equality between state justice and indigenous justice, within the constitutional framework, provided a great advance in the context of legal pluralism. The explanation of this movement is based on the emancipation to which the new Latin American constitutionalism aims. As Wolkmer and Ronchi warned, the recognition in the Constitution of pluralism does not completely end the cycle of domination. There is a process of disruption in the gears that are affected by colonialism, gradually seeking measures to meet the essence of Latin America, in the figure of the roots, for example, of indigenous culture.

<sup>23</sup> “The Bolivian people, of plural composition, from the depth of history, inspired by the struggles of the past, in the anticolonial indigenous uprising (...) we built a new State”. BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado** (CPE) – Bolivia. Available at: <www.oas.org>.

<sup>24</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 95.

<sup>25</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; RONCHI, Maria Laura. Processos constituintes latino-americanos e a presença dos movimentos sociais no Brasil e na Bolívia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, n. 6, 2016, p. 167.

## 2.4. The Problem of (In)Effectiveness of the Constitutional Commandment

The main problem that we can point out in relation to this scenario is that despite the fact that several indigenous rights have been affirmed, these Constitutions maintained the same legal-political system based on hyper-presidentialism and the hypertrophy of the Executive Power, which prevented their implementation.

It's what Gargarella calls the "machinery house of the Constitution";<sup>26</sup> that is, an organic part of the Constitutions that remains intact despite the great transformations that occur in the dogmatic part. This mismatch between the organic and the dogmatic generates conflicts between them and the those who suffers the consequences of this are those that see their rights only in the paper. On the subject, Araújo Jr. elucidates that: "The implementation of the Andean constitutional projects is a complex process, since certain guidelines conflict with private economic interests and divergent understandings about the role of the State in the promotion of citizenship and in the fight against inequalities."<sup>27</sup>

The impediments imposed are of various natures. As an example, the Jurisdictional Discipline Law, approved in 2010 in Bolivia, imposes restrictions without numbers on the exercise of indigenous jurisdiction in the country.<sup>28</sup>

Thus, in order to ensure that constitutional predictions are put into effect, bringing about a transformation in social reality, it takes much more than simply giving rights or creating institutions. A radical change is required in the state model and in the legal-political form adopted, which has not occurred in any of the Latin American countries. Perhaps that is why today there is a conservative wave so strong that it spreads across the continent and threatens the indigenous conquests that theoretically are already consolidated.

Despite this, it is necessary to give due importance to the transformations brought by the new Latin American constitutionalism. From the recognition of indigenous rights in the Constitutions, these peoples came to be understood as subjects of rights, as part of the community, even if only on paper. This provide them access to the heart of the political community to be progressively opened for the indigenous.

<sup>26</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Consituición**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014. p. 247.

<sup>27</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 99.

<sup>28</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 98.

### 3. LEGAL PLURALISM

In Latin America, the new constitutionalism is associated with the yearnings of groups, until then, completely outside the egalitarian principle. The legitimacy of the representatives of the sovereign states in this path was questioned and, with this, the society began a process of analysis on the structure conveyed by the government. The indigenous, in the context under examination, have consolidated the need to recognize their rights at the state level.<sup>29</sup>

It's noted thus "The continuous struggle of indigenous groups, characterized by a set of demands and political practices that call for a deepening of democracy and participation, with the disruption of clientelism".<sup>30</sup> The State justice, therefore, in the reality of some sovereign States of Latin America, is no longer unified, giving a portion of its space to indigenous justice, theoretically fomenting legal pluralism embodied in the Constitution. However, the true scope of indigenous justice and its observance is problematic, since the confirmation of the existence of this justice by the State can generate the dissatisfaction of several power holders in the society.

Legal pluralism comprises several legal systems in a specific territory. The plurality of cultures, it is worth mentioning, is reverberated in the manifold manifestations tangent to the legal systems. As explained in the other section, referring to the new Latin American constitutionalism, sovereign states such as Venezuela,<sup>31</sup> Ecuador and Bolivia, at least theoretically, allowed a manifestation of the indigenous legal system in constitutional seat. There was the consubstantiation of an elementary measure for the even broader recognition of indigenous rights. Legal pluralism in this sense can be defined as follows: "By Legal Pluralism one must understand the possibility that, in the same territory (space-time context), different normative statements and with them, a plurality of legal systems coexist; in other words, appropriate legal statements or corresponding to a real-factual world".<sup>32</sup>

<sup>29</sup> ALMEIDA, Mariana Corrêa de. A cultura legal emergente latinoamericana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. **Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos**, v.1, n.1, p. 38-50, jun. 2011. Available at: <<https://rebela.emnuvens.com.br/pc/article/view/21>>. Last access: 10 Dec. 2018.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Mariana Corrêa de. A cultura legal emergente latinoamericana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. **Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos**, v.1, n.1, p. 38-50, jun. 2011. Available at: <<https://rebela.emnuvens.com.br/pc/article/view/21>>. Last access: 10 Dec. 2018.

<sup>31</sup> The Constitution of Venezuela was enacted in 1999 and, as early as its preamble, recognized the importance of the struggles perpetrated by Venezuelan ancestors. The rights of Indigenous Peoples are reflected in the Charter of the Venezuelan Republic. There is a chapter destined, therefore, to the prediction of the mentioned rights, being assured the participation of the natives in the formation of the collective will of the Venezuelan State. VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. 1999 Available at: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>. Last access: 8 Jan. 2019.

<sup>32</sup> CASTAÑEDA, Carlos Adolfo Rengifo; JARAMILLO, Eduard Mauricio Wong; POSADA, Jorge Gregorio. Pluralismo Jurídico: implicaciones epistemológicas. **Inciso**. Vol. 15, 2013, p. 33. Available at: <<http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/71>>. Last access: 2 Jan. 2019.

From the concept brought up, there remains the understanding according to which pluralism is based on differences. Thus, the plural perspective is one that recognizes, among the particulars of each grouping, sufficient reasons for a distinct regency in the legal fields. Pluralism thus opposes legal monism. While the former contemplates the essence of each group, especially in the theoretical aspect, the latter derives from a look limited to generalization, mirrored in the colonizing interference before the colonized.

Legal pluralism, in addition to its comparison with monism, requires a rupture concerning the prospect of domination exercised by laws rooted in colonizing precepts. The occurrence of pluralism is based on the constitutional commitment to an equitable valuation of ordinary and indigenous justice. Indigenous justice, in the meantime, must have the same importance attributed to the ordinary one. In addition, the hierarchy between the aforementioned subdivisions of justice must be the same.<sup>33</sup>

When investigating legal pluralism, exemplified by indigenous practices, plural understandings need to be embraced by recognition. It's denied, in this sense, a higher hierarchy of one view over another. The new Latin American constitutionalism has, as one of its pretensions, the development of a more pluralistic view in the context of Latin America. The central figure of the State, in Law, tends to rule out any other consolidation of legal pluralism. Indigenous justice, as a source, can help in the deconfiguration of a system that is generically put and accepted by society.<sup>34</sup>

Still related to the debate regarding the hierarchy between state and indigenous jurisdiction, Curi explains that the Indigenous Peoples have their own legal system and norms "are not restricted to a simplicity determined by tradition and servile obedience, by means of a mental inertia (...) but with particular characteristics, which should not be placed in a value judgment if they are better or worse". Their system has "their own way of expressing their right, which is through behaviours, orally, passing from generation to generation, in a movement alive and continuous."<sup>35</sup>

Curi's thesis, thus, removes a vision directed to the merit of the cultural expression of the natives. Their Law is based on the protection on habits, which derive from accumulated knowledge over the years. Its form of organization and the decisions handed down by its authorities are based on the culture of these peoples. The vision of reality changes according to the culture and the main aspect of interculturalism is the protection of the forms of expression in society.

<sup>33</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 166.

<sup>34</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 88.

<sup>35</sup> CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul./dez. 2012, p. 232. Available at: <<https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216>>. Last access: 22 Dec. 2018.

In addition, it is concerned with possible divergences in the coexistence of different legal regimes. This is because it is possible to see the occurrence of conflicts between members of groups in which there is a different application of legal regimes. The search for congruence and, therefore, for the solution on these occasions, needs to be analyzed.<sup>36</sup>

The subject of indigenous law provides doctrinal reflections regarding its characterization as customary law or, if its classification is not admitted in this category, it would need to be observed in a different way, as if it were an autonomous category.<sup>37</sup>

In Wolkmer's words, "It is imperative to open up to an anthropological, sociological and historical perspective if one accepts the legal nature of the normative systems of the indigenous populations. Contemporarily in-laws of Indigenous Peoples (peasant communities)". For the author there are two phases in the treatment of Indigenous Law: "a) firstly, the adequacy or otherwise of qualifying Indigenous Law with the adjectival of being customary or not. To what extent is the term Indigenous Law confused or not with Common Law?". The second phase is linked to the following questions: "b) In the Latin American tradition, how have the relations between Indigenous Law and State Law been presented? A relationship of subordination, autonomy or interaction? For many theorists, Indigenous Law is a customary law, for others, it deals with distinct manifestations with their own specialties"<sup>38</sup>.

Melissa Curi,<sup>39</sup> guides indigenous law from her customary practices. Thus, it establishes the behaviours as nodal for the identification of customary law in the indigenous field. From the point of view of positive law, behaviours are not forgotten as sources of lesser relevance. The indigenous Law, thus, backed by behaviours, is linked to the structure of the indigenous group and its manifestations.

As it has been underlined by Fajardo the indigenous justice has the substantive competence "to know all the matters it deems appropriate, within its own territorial scope (...) and, even extraterritorially, with respect to its members, provided that certain conditions are respected. Neither the constitutional texts of the Andean countries nor

<sup>36</sup> ARAUJO JR., Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 74.

<sup>37</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235-236.

<sup>38</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235-236.

<sup>39</sup> CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul./dez. 2012, p. 231. Available at: <<https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216>>. Last access: 22 Dec. 2018.

ILO Convention 169<sup>40</sup> establish a limit on the matters or the seriousness of the facts that the Indigenous Law may know<sup>41</sup>.

In short, despite the essence of the constitutional predictions in the Andean countries, it is close to recognizing a special indigenous justice, coordinated by the authorities of the indigenous groups, there are peculiarities regarding specific considerations in the regulation of that justice, as can be seen from Constitutions of each State.<sup>42</sup>

The Brazilian reality demonstrates the lack of concern of the authorities with the possibility of an indigenous jurisdiction, in the core of which there is protection of cultural diversity. ILO Convention 169 allows for a more careful reflection on the subject. The State, thus disregarding the peculiarities of indigenous culture, subjects the indigenous groups to their decisions, the content of which can often dissipate completely from the behaviors and manifestations of those groupings, breaking their essence.<sup>43</sup>

Legal pluralism, as far as indigenous groups are concerned, was closely reflected in the Andean countries as a result of the movement of the new Latin American constitutionalism and consideration of Convention 169 of the ILO. With the recognition, by the State, of the indigenous justice, the violence diminishes and the democracy is strengthened. Indigenous jurisdiction is exercised by authorities belonging to indigenous groups. This performance of jurisdiction is regulated by the behaviors and practices of the groups in question and there is a territorial restriction, since the indigenous authorities have the jurisdictional power in the indigenous lands.<sup>44</sup>

ILO Convention 169 advocates the recognition of indigenous jurisdiction, but the need for protection of human rights is ascertained. In summary, the decisions handed down within the scope of indigenous justice conform to certain limits, which relate mainly to the rights of the human person and to the essential purposes of the constitution of a certain sovereign State. The Latin American states, in which there was

<sup>40</sup> The Convention n°. 169 of the International Labor Organization (ILO) began its international operation on September 5, 1991. Under Brazilian law, it entered into force on July 25, 2003. The international treaty in question deals with the Indigenous Peoples and tribal peoples, especially in the respect for the fundamental rights of these peoples (Brasil, 2004).

<sup>41</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. . Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 182, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018.

<sup>42</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. . Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 182-184, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018.

<sup>43</sup> HOGEMANN, Edna Rachel Rodrigues Santos. Constituição, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico: a possibilidade de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a Constituição equatoriana. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018, p. 125. Available at: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4408>>. Last access: 5 Jan. 2019.

<sup>44</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. . Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 182-184, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018.

recognition of indigenous jurisdiction, as a rule, determine that specific laws resolve conflicts between jurisdictions. Thus, in such cases, the States allow the formulation of decisions regarding the jurisdiction devoid of their interference, in spite of the fact that limits are exalted.<sup>45</sup>

### 3.1. The Indigenous Jury in Brazil

This Chapter would like to open a debate about the possibility to effectively implement legal pluralism in Brazil, especially with regard to indigenous legal systems. The case under analysis was judged on April 23, 2015, in the State of Roraima (Brazil), where the competent Court undertook an innovate initiative: a jury composed only by Indigenous Peoples was established for the purpose of judging an assassination attempt. The parties involved in the case were from the Macuxi ethnic group.

On January 23, 2013 a fight between three natives broke out in the Municipality of Uiramutã, in Raposa Serra do Sol. The Public Ministry denounced Elsie and Valdemir da Silva Lopes for the attempted murder of the victim Antônio Alvinio Pereira. The arm and neck of the victim were injured because of the occasion. The accused were justified, claiming that they acted in self-defense, since Antonio was subjugated to the entity Canaimé,<sup>46</sup> which, in the local indigenous culture, is related to evil. On the other hand, local indigenous leaders were not convinced of the reasoning, carried out by the accusatory defense, about the presence of the Canaimé entity. According to the leaders, the consumption of alcoholic beverages by those involved resulted in the practice of the alleged crime.<sup>47</sup>

With a view to a multidisciplinary analysis, in the plan, in the journalism, it is pertinent an allusion to the report developed by Otacílio Gabriel for a National Radio Agency, a qualification to the Brazilian Company of Communication. The report underlines that in the State of Roraima was created the first indigenous jury to judge an attempted homicide that was conducted in the community of Maturuca, situated in the Raposa Serra do Sol Indigenous Reserve in a municipality called Uiramutã, in the north of the country. Otacílio Gabriel explains that pioneer experience was only possible after multiple consultation between indigenous leaders and the representatives of local

<sup>45</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. . Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 174-175, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018.

<sup>46</sup> COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. **Roraima**, 2015. Available at: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>> Last access: 19 Aug. 2019.

<sup>47</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL DE RORAIMA. **Roraima tem primeiro júri popular indígena**. Available at: <<https://www.uerr.edu.br/roraima-tem-primeiro-juri-popular-indigena/>>. Last access: 20 Mar. 2019.

judiciary. The Judge Aluizio Ferreira points out that “the initiative of the Court of Justice of Roraima aims to approximate the state of the indigenous populations”<sup>48</sup>

Based on the report, the positive aspects of the constitution of a popular jury by members of indigenous communities, who can see the process in a different way, are highlighted. The traditional way of conducting the proceedings, especially in criminal cases, leads to the imposition of a sentence as a response to the practice of a conduct conforming to a criminal type. In the case under examination, even if there is the possibility of punishment by one of the accused, as it was condemned, there is a possible way, with such a precedent, towards the recognition of a legal pluralism in Brazil, even though it is distant from other sovereign states, such as Venezuela and Bolivia. It is reasonable to adopt the expression “mitigated pluralism”, a nomenclature already used by Catusso.<sup>49</sup>

On the case judged by the Court of the Jury, the Judgment Council, presided over by a Judge of Law, was composed only of indigenous members because the indigenous are “living in a context different from that faced by the rest of society, have their own rules, fight for them and apply them when necessary (...). Otherwise, the accused would be punished twice for practicing the same fact, for the rules of tribe and for the Judiciary”. In this way, the president of the Council is the only member not indigenous who will apply the decision of the jury by using Brazilian law “in accordance with what the tribe judges to be more fair to the case in question, not hurting the cultural environment of the indigenous ethnic groups”.<sup>50</sup>

The above analysis approaches the so-called “mitigated pluralism”, since, despite the fact that there is no confirmation by the State of the existence of an indigenous jurisdiction, there is an attempt to reconcile the customary law of the Indigenous Peoples with state-owned justice. In the case of the trial mentioned in Roraima, the Judgment Council of the Court of the Jury was composed only of Indigenous Peoples. It is known that, in the jury, jurors vote, by means of ballots, in accordance with their intimate conviction.

The assessment of the evidence and arguments of the parties to the proceedings at the heart of the Jury’s Court is therefore subject to the filter of intimate conviction. Such a conclusion comes, in particular, from the experiences and, hence, from

<sup>48</sup> GABRIEL, Otacílio. **Roraima realiza julgamento com primeiro júri popular indígena do País**. Available at: <<http://radioagencianacional.etc.com.br/geral/audio/2015-04/roraima-realiza-julgamento-com-primeiro-juri-popular-indigena-do-pais#player-radioagencia-nacional>>. Last access: 19 Aug. 2019.

<sup>49</sup> CATUSSO, Joseane. Pluralismo jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007, p. 130

<sup>50</sup> FERREIRA, Isabela Natani; POLACHINI, Beatriz; ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. A competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes cometidos por indígenas. **Revista Fafibe**, 2016, p. 101. Available at: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/49/16032017212600.pdf>>. Last access: 26 Dec. 2018.

the culture of the jury. Therefore, with the choice of indigenous jurors, it is possible that the accused will be acquitted in a claim whose contents would be totally disregarded if judged by members outside the indigenous community and unaware of their particularities.

Within the scope of the Research Center on Practices and Legal Institutions of the Federal Fluminense University (NUPIJ-UFF), there was a debate on the First Jury Tribunal, composed only of Indigenous Peoples, held in Brazil.<sup>51</sup>

Speaker Edson Damas<sup>52</sup> presented his vision as a member of the Public Prosecutor's Office. In his understanding, the ideal is for indigenous culture to be respected, so that internal conflicts within the community can be resolved through the Indigenous Peoples themselves, that is, the interference of the Judiciary should not occur with regard to the groups on display.

Judge Aluizio Ferreira,<sup>53</sup> who was in charge of the presidency of the Court of the Indigenous Jury, explained that there were already talks and previous experiences regarding the possibility of this Court of the Jury, looking for a suitable place for the trial. Previously to the Jury, numerous discussions took place and the judge understands it as constructed. According to him, the Jury took place in April 2015. Individuals participating in the community were selected for the draw. Thus, the Jury was established with respect to the guidelines contained in ILO Convention 169. The judge said that the prosecutor was present at the time of the draw and at all times.

Regarding the role of the operators of the Law, the magistrate reported it as "normal". The anthropologist Prof. Ronaldo Lobão intervened and problematized the expression "normal", opting for "usual". At this point, the pertinence of the Professor's comment is emphasized, since the "normal" nomenclature is imprecise and designates, from an unequivocal and unilateral parameter, specific practices.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Júri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5Oh5w>>. Last access: 10 Jan. 2019.

<sup>52</sup> SILVEIRA, Edson Damas da. O olhar de um membro do Ministério Público. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsFj20>>. Last access: 8 Jan. 2019.

<sup>53</sup> FERREIRA, Aluizio. O olhar do magistrado que presidiu o Tribunal do Júri Indígena. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsFj20>>. Last access: 5 Jan. 2019.

<sup>54</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Júri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5Oh5w>>. Last access: 10 Jan. 2019.

The judge reported on this path an incompatibility between the culture of the Indigenous Peoples present in the Jury and recurrent judicial practices, such as defense and prosecution under a kind of theatrical form. The magistrate also pointed out that the Court of Appeal, through tools of state law, confirmed the decision from the Jury on the formal aspect.

The defense lawyer at the Jury Court held in Roraima, Thais Lutterback,<sup>55</sup> in the lecture, exposes the differences as important in the analysis of the Jury Tribunal composed only by Indigenous Peoples. The lawyer argued that, even from a law-only perspective, she invoked in the defense legal figures such as self-defense and the unenforceability of different conduct.

It appears from the lawyer's discourse that there was a didactic importance with the community about the role of the Jury. The interculturalism and the distance between theory and practice regarding indigenous rights were supported by the patroness of the defense. The defense, according to Lutherback, aimed at the reflection among communities related to the commission of the alleged crime of attempted murder. According to Julio Macuxi, authority in the indigenous community determines the measures appropriate to the conduct practiced by members of said community. As explained in the resolutions of conflicts before the community, there are no figures of the defense and the Public Prosecutor.

According to Macuxi, there are three degrees of justice in the indigenous legal system of that region. The indigenous authorities are responsible for judging the conduct contrary to, for example, respect. An interesting point was that the prosecutor was sentenced, later to the Jury, by the community leaders because of the incisive way in which the accusation was brought before the jury court within the indigenous community. This elucidates, once again, the difference between cultures, visualized by the binomial of state justice and the customary law of indigenous communities.

Macuxi<sup>56</sup> presented the discussions in the community about the effects of the Jury Court. The leaders drew up a new decision. He informed that some Indigenous Peoples of the group participating in the Jury called it a failed attempt. He stated that, in the indigenous community, imprisonment is not perceived as just. Macuxi explained that there was an earlier understanding, of 1977, which curtails the consumption

<sup>55</sup> AZEVEDO, Thaís Maria Lutterback Saporetti. O olhar de um dos advogados de defesa. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsFj20>>. Last access: 6 Jan. 2019.

<sup>56</sup> MACUXI, Júlio. O olhar de uma das lideranças indígenas. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsFj20>>. Last access: 11 Jan. 2019.

of alcoholic beverage and the victim did it, reason for which already it would be punished. The objective of the Indigenous Peoples, for Macuxi, is the independence of the community for the solution of their own conflicts. He also argued that cases brought to justice were not usually met with satisfaction by the victim's next-of-kin.

Given the explanation provided above, there is a clear divergence between the idea of justice in state jurisdiction and in indigenous practices. The usual element, in Macuxi's speech, can be recognized in the understanding of community leaderships since 1977.

The professor and anthropologist Ronaldo Lobão, who was present at the trial by the indigenous jury court of indigenous defendants in Roraima, gave a speech at the Seminar held at the Institute of Social Sciences of UnB on May 11, 2015. One of the *malocões*,<sup>57</sup> according to the professor, has a special meaning for the natives and was chosen for consubstantiation of the Court of the Jury.

Lobão<sup>58</sup> dissected the composition of the Jury's Court, mentioning his co-director of the PhD in Sociology and Law, Thais Lutterback, as one of the defense attorneys. The professor emphasized that in Roraima, the Judiciary has been involved in innovations related to crimes committed by Indigenous Peoples in the face of Indigenous Peoples in the territorial field of the groups inhabited by them.

The Judge Aluizio Ferreira invoked the principle of a double *ius puniendi*: the double right to punish means that "when indigenous groups deem indigenous crimes on indigenous lands, such a judgment would precede the State's right to make judgment, that is to say, the State should not judge, then it is not even a sealing discussion of the *bis in idem*."<sup>59</sup>

The so-called principle of double *ius puniendi*, in this plane, would not be equivalent to the *ne bis in idem* fence. The idea of *ne bis in idem* presupposes the recognition of the indigenous jurisdiction as an alternative to the state. That is why, technically, since indigenous jurisdiction in Brazil is not yet recognized, the principle of double *ius*

<sup>57</sup> According to Marques, "malocão is a community space used by Indigenous Peoples in the Amazon region and specifically in Roraima. Each village has its own structure of maloca, with unique characteristics that help distinguish one people from another. The term maloca is known by the Macuxi peoples as a large house (a place where they meet for various activities such as community luncheon, parties, meetings and other events of community interest). MARQUES, Élder Silva. **Conhecendo o Malocão**. Available at: <<http://valoreseidentidademacuxi.blogspot.com/2014/01/conhecendo-o-malocao.html>>. Last access: 31 Mar. 2019.

<sup>58</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Júri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5OhSw>>. Last access: 10 Jan. 2019.

<sup>59</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Júri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5OhSw>>. Last access: 10 Jan. 2019.

*puniendi* may be a response. The possibility of two trials, then, would suggest, to state justice, a departure from hypotheses already judged by the natives.

The lawsuit, referring to the first Judgment Council formed by Indigenous Peoples in Brazil, came from an attempted murder allegedly perpetrated by two Indigenous Peoples of a given community in relation to an indigenous person from another community. The alleged crime did not occur specifically on indigenous land. The matter was referred to the police station. The defense argument of the defendants related to the fact that they saw in the victim a representation of an evil illustration, which would have to be eliminated. If the hypothesis were analyzed with a non-indigenous perspective, there would be no understanding related to the defense of the defendants.<sup>60</sup>

Regarding the reason why the natives agreed with the Jury Court in the community, Lobão<sup>61</sup> stated that it would be an expectation of learning, as if it were an ethnography. The natives would thus try to understand the circumstances of the trial in state justice. The anthropologist worried about the outcome of the Jury Court in the community. The objective would be not to blame the victim and to make conversation between communities and peace possible.

On November 13, 2018, a seminar entitled “Indigenous Rights and Causes: The Federal Supreme Court in the field of observation” was held at the Faculty of Law of the Federal Fluminense University, in which issues such as indigenous rights were debated. The defense lawyer, at the jury court studied in this research, Thais Lutterback, gave a speech on the occasion.

In the seminar, Lutterback extolled the case as an attempted murder, in which the native defendants attempted measures to marshal another native life because they believed the victim was possessed by a bad spirit. The belief of the accused in the presence of the spirit at that moment, according to the defense, was due to the constant, unexplained deaths in the indigenous community. The criminal situation, according to the lawyer, occurred in the village and not in the indigenous territory. There was, thus, arrest in flagrant.

The day after the trial by state court, Lutterback said that the community resorted to the case, but from their behaviours. The lawyer detailed that in the state justice, even with the composition of the Council of Sentence by the natives, one defendant was punished and the other, acquitted. The natives, in this way, were not compatible

<sup>60</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Juri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5OhSw>>. Last access: 10 Jan. 2019.

<sup>61</sup> LOBÃO, Ronaldo. I Juri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5OhSw>>. Last access: 10 Jan. 2019.

with the state attempt to approach, because the founding characteristics of the cultures are intrinsically different. The state response, therefore, did not live up to the expectations of the Indians, who, according to Lutterback, considered the trial as disrespectful and brutal.

#### 4. CONCLUSION

The new Latin American constitutionalism represented, for indigenous groups, a response to long-awaited expectations. From this constitutional movement, the natives obtained the recognition of rights by the State. Thus, from a theoretical point of view, their rights were constitutionally foreseen.

With the prediction of their rights in the Constitution, a real expectation regarding respect to the particularities of the indigenous groups is allowed. In some Latin American states, such as Ecuador and Bolivia, also supported by ILO Convention No. 169, the existence of an autonomous indigenous justice system was established in what concerns state justice. This means, in practice, that the solutions to conflicts by the authorities of indigenous communities are constitutionally protected.

The theoretical framework, however, indicated the determination, in some legal systems, of limits on possible decisions originating from indigenous justice, which would be covered by Convention 169 of the ILO. An example is the prohibition of human rights abuses, which are essentially covered by international treaties relating to the human person.

In addition, it was approached the distinction between monism and legal pluralism, as well as the relation between them and the historical roots of Latin America. Monism is linked to a European and liberal perspective of domination, of colonization. The figure of the "other", under the bias in question, is subject to the orders of the holders of power. The cultural peculiarities of the Indigenous Peoples, due to colonization, were, in many cases, compromised.

The monism throws, above all, the vision according to which only the state jurisdiction must be observed. Any attempt away from the state purpose must, under this argument, be curtailed. Monism is directed to one-sidedness and therefore despises the plural.

Legal pluralism, on the other hand, means the simultaneous existence of disparate legal systems. For example, in the pluri-national State of Bolivia, there is both state jurisdiction and indigenous jurisdiction, simultaneously. The power to "say the right" does not belong, therefore, only to a certain group. Indigenous jurisdiction affords decimated groups the chance of resolving conflicts among their members in the territory of which they are a part. The constitutional recognition of the indigenous special justice

is a great step for the protection of the particularities and, consequently, of the indigenous culture.

In the course of the study, a certain divergence between the nomenclature related to “Indigenous Law” was verified. Some authors opt for the understanding of this Law as customary, while others defend the existence of an indigenous legal system, depositing, in the nomenclature “Law”, a connotation of legal monism.

Another noteworthy aspect is that only the constitutional provision of legal pluralism does not automatically lead to the guarantee of the rights contained in the Constitution. The sectors that hold power in the social sector, often dissatisfied with the recognition of the rights in question, are trying to stop it.

Faced with this dilemma associated with monism and legal pluralism, two visions were highlighted: that of mitigated pluralism, illustrated by the concrete case studied, related to the Court of the Indigenous Jury and that of full juridical pluralism. The final opinion on the subject will be exposed later to brief considerations regarding the hypothetical case investigated in this research.

The concrete case in which the current search was conducted covers the first Jury Court formed exclusively in the Corps of Jurors by indigenous members. The trial materialized on April 23, 2015. The narrative of the facts shows the commission of an alleged crime of attempted homicide by two Indigenous Peoples of a specific community through an indigenous person from another community.

According to the lectures researched on the event itself, the participants reported on the will to learn from the Indigenous Peoples and from various discussions so that the judgment by the state justice judge materialized in an environment of the indigenous community. In addition to this case, others have already been tried in Roraima and the Judiciary has shown a posture sensitive to the voice of the Indigenous Peoples.

The mitigated legal pluralism, as it developed in the Court of the Jury studied in Roraima, was the subject of much questioning by the natives. This is because a completely different congruence between reality was attempted, in a manner that the behavior of those involved, such as the Public Ministry and the defense, did not make sense to the natives.

Thus, in view of the research carried out, it is defended a perspective of complete and not mitigated legal pluralism. As a suggestion, the production of a constitutional amendment is added to guarantee the existence of an indigenous justice system, which, in line with ILO Convention 169, must respect basic principles, such as respect for human rights.

It is known that, initially, there will be several questions about the compatibility of indigenous justice with the traditional legal system. However, in spite of eventual appends to be repaired and complemented, cultural diversity must materialize not only at the theoretical level, that is, in official researches and documents, but in reality,

whose implications define respect for the particularities of a culture, as is the case of the indigenous.

## 5. REFERENCES

ALMEIDA, M. Corrêa de. A cultura legal emergente latinoamericana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. **Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos**, v.1, n.1, p. 38-50, jun. 2011. Available at: <<https://rebela.emnuvens.com.br/pc/article/view/21>>. Last access: 10 Dec. 2018.

ARAÚJO JR., J.J. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

AZEVEDO, T. M. O olhar de um dos advogados de defesa. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsfj20>>. Last access: 6 Jan. 2019.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE) – Bolívia**. Available at: <[www.oas.org](http://www.oas.org)>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Last access: 22 Aug. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Available at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Last access: 19 Jan. 2019.

CASTAÑEDA, C. A.; JARAMILLO, E. M.; POSADA, J. Pluralismo Jurídico: implicaciones epistemológicas. **Inciso**, v. 15, p. 27-40. 2013. Available at: <<http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/71>>. Last access: 2 Jan. 2019.

CATUSSO, J. Pluralismo jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 119-147, ago./dez. 2007.

CURI, M. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. Available at: <<https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216>>. Last access: 22 Dec. 2018.

EQUADOR. **Constitución del Ecuador**. Available at: <[www.acnur.org](http://www.acnur.org)>.

FAJARDO, R. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, Cesar Augusto (Coord.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35-57.

FAJARDO, R. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro Derecho**, ISLA, Bogotá, n. 30, p. 171-193, jun. 2004. Available at: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Last access: 15 Dec. 2018.

FERREIRA, A. O olhar do magistrado que presidiu o Tribunal do Júri Indígena. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOs-fj20>>. Last access: 5 Jan. 2019.

FERREIRA, I.; POLACHINI, B.; ABÍLIO, A. A competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes cometidos por indígenas. **Revista Fafibe On-line**, v. 9, n. 1, p. 88-102, dez. 2016. Available at: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/49/16032017212600.pdf>>. Last access: 26 Dec. 2018.

COSTA, E. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. **Roraima**, 2015. Available at: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>> Last access: 19 Aug. 2019.

GABRIEL, O. **Roraima realiza julgamento com primeiro júri popular indígena do País**. Available at: <<http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2015-04/roraima-realiza-julgamento-com-primeiro-juri-popular-indigena-do-pais#player-radioagencia-nacional>>. Last access: 19 Aug. 2019.

GARGARELLA, R. **La sala de máquinas de la Consituición**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GOMES, M. **Os índios e o Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012.

HOGEMANN, E. Constituição, Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico: a possibilidade de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a Constituição equatoriana. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 114-129 jan./jun. 2018. Available at: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4408>>. Last access: 5 Jan. 2019.

LACERDA, R. **Os povos indígenas e a Constituinte**: 1987 – 1988. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2008.

LOBÃO, R. I Júri Popular Indígena realizado no Brasil. In: **Seminário do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflito e Justiça do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (CAJU-UnB)**. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=oYRkFI5OhSw>>. Last access: 10 Jan. 2019.

MACUXI, J. O olhar de uma das lideranças indígenas. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOs-fj20>>. Last access: 11 Jan. 2019.

MARQUES, É. **Conhecendo o Malocão**. Available at: <<http://valoreseidentidademacuxi.blogspot.com/2014/01/conhecendo-o-malocao.html>>. Last access: 31 Mar. 2019.

RAMOS, A. Os direitos do índio no Brasil: na encruzilhada da cidadania. **Série Antropologia**. vol. 116, Brasília: DAN/UnB, 1992. Available at: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie116empdf.pdf>>.

SILVEIRA, E. O olhar de um membro do Ministério Público. In: **Conversa sobre Primeiro Tribunal do Júri na Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Núcleo de Pesquisa sobre Práticas e Instituições Jurídicas (NUPIJ-UFF). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2016. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=8UP2XOsfj20>>. Last access: 8 Jan. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE RORAIMA. **Roraima tem primeiro júri popular indígena**. Available at: <<https://www.uerr.edu.br/roraima-tem-primeiro-juri-popular-indigena/>>. Last access: 20 Mar. 2019.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Available at: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>. Last access: 8 Jan. 2019.

WOLKMER, A. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, A.; RONCHI, M.L. Processos constituintes latino-americanos e a presença dos movimentos sociais no Brasil e na Bolívia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, n. 6, p. 151-171. 2016. Available at: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/187/94>>. MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In:





## Aspects de droit financier sous-jacents au processus d'impeachment au Brésil

### *Financial law aspects underlying the impeachment process in Brazil*

**HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO**<sup>1, II, \*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil)

<sup>II</sup> Centro Universitário Christus – Unichristus (Brasil)

hugo.segundo@ufc.br

<http://orcid.org/0000-0002-0687-9592>

**RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO**<sup>I, \*\*</sup>

<sup>I</sup> Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil)

raquelramosmachado@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9749-3539>

**Recebido/Received:** 18.04.2018/ April 18<sup>th</sup>, 2018

**Aprovado/Approved:** 30.10.2019/ October 30<sup>th</sup>, 2019

#### Resumé

Le processus d'impeachment de Dilma Rousseff, au Brésil, découle de l'adoption de conduites questionnables à la lumière du Droit Financier, de l'utilisation de banques publiques pour financer indirectement les dépenses publiques ("pédalage fiscal", acrobaties comptables), qui ont mené à un déséquilibre des comptes publics, avec des conséquences assez nuisibles pour l'économie nationale, lesquelles sont ressenties, dans le secteur public

#### Abstract

*The impeachment process of Dilma Rousseff, in Brazil, arises from the adoption of questionable decisions in the light of Financial Law, as the use of public banks to indirectly finance public expenditure ("tax pedaling", accounting acrobaties), which led to an imbalance in the public accounts, with consequences quite harmful for the Brazilian economy, which are felt, in the public sector and the private initiative, to the present day, and may continue for many years. In spite*

Como citar esse artigo/How to cite this article: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Aspects de droit financier sous-jacents au processus d'impeachment au Brésil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 647-667, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.57889.

\* Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus - Unichristus (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenador do Grupo de Pesquisas sobre "Democracia e Finanças Públicas", junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT e do Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET. Visiting Research Scholar na Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria (2012-2013 e 2015-2016). E-mail: hugo.segundo@ufc.br.

\*\* Professora Adjunta e Chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Visiting Research Scholar da Wirtschaftsuniversität Vienna (2015 e 2016). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes (2017). E-mail: raquelramosmachado@gmail.com.

et l'initiative privée, jusqu'à nos jours, pouvant continuer durant de nombreuses années. On ne peut nier, malgré tout, l'aspect polémique et limitrophe de l'encadrement de ces illégalités comme crime de responsabilité fiscale, raison pour laquelle on ne peut qualifier d'absurdes ou d'inopportunes les points de vue de ceux qui reconnaissent la présence de conditions techniques pour l'impeachment, comme de ceux qui les rejettent. De quelque manière que ce soit, le fait que la décision ait été prise par l'organisme compétent pour cela, sous les lumières du texte constitutionnel, avec le contrôle, en ce qui concerne les aspects formels, du Suprême Tribunal Fédéral, et à partir des constatations du Tribunal des Comptes et du Ministère Public des Comptes, nous montre qu'il n'est pas approprié d'affirmer qu'il y a eu un "coup d'État", vu que tout s'est passé dans les termes prévus par le texte constitutionnel.

*of everything, we cannot deny the controversial and bordering aspect of the framing of these illegalities as a crime of fiscal responsibility, which is why we cannot consider as "absurd" the views of those who recognize the presence of technical conditions for impeachment, as well as those who reject them. In any way, the fact that the decision was made by the competent organ – Congress –, under the light of the Constitution, with the control, regarding to the formal aspects, of the Supreme Federal Court, and from findings of the Court of Auditors and the Public Ministry of Accounts, shows us that it is not appropriate to affirm that there was a "coup d'état", since everything happened in the terms provided by the Constitution.*

**Mots-clés:** impeachment; Droit Financier; brésilien; pédalage fiscal; crédits supplémentaires.

**Keywords:** impeachment; Financial Law; Brazilian; tax pedaling; additional credits.

## SOMMAIRE

**1.** Introduction; **2.** Le processus d'impeachment et les Conduites imputées à la Présidente; **2.1** Contracter des emprunts auprès de banques publiques; **2.2** Décrets d'ouverture de crédits supplémentaires sans autorisation législative; **2.3** Autres aspects de la demande non- admise par le Président de la Chambre des Députés; **3.** Arguments utilisés pour sa défense; **3.1** Quant à l'opération de crédit avec les banques privées; **3.2** Quant à la création de crédits supplémentaires; **4.** Adoption de la pratique par d'autres Présidents, l'accord du TCU et la configuration comme " opération de crédit"; **5.** Les décrets d'ouverture de crédits supplémentaires; **6.** Principe de la compétence, caractère public de la décision et possibilité de critique de la décision prise par un organisme compétent; **7.** Conclusions; **8.** Références.

## 1. INTRODUCTION

Initié en 2015 et conclu en août 2016, le processus de mise en accusation (impeachment) de la Présidente Dilma Rousseff, au Brésil, a suscité, et suscite encore, maintes questions, tant sur le plan politique que sur le plan judiciaire. Dans ce contexte, le manque d'une connaissance plus approfondie sur les infractions lui étant imputées, à la lumière du Droit Financier, et les aspects politiques et idéologiques sous-jacents à la question, ont servi d'ingrédients pour diviser la société brésilienne en un débat dans lequel il y a souvent peu de rationalité, où prédomine la répétition émotive de mots d'ordre des deux côtés.

Dans ce travail, nous prétendons examiner le fondement juridique de la demande de mise en accusation, à la lumière des normes brésiliennes du Droit Financier. Nous espérons, avec cela, jeter des lumières qui aident à comprendre le processus. L'analyse, relève-t-on, se fera uniquement sur les aspects juridiques, précisément parce que ce

sont ceux autour desquels il y a la moindre connaissance du public en général, et au sujet desquels les auteurs de ce travail peuvent, peut-être, apporter quelque contribution. Pour cette raison, les questions politiques ne seront pas abordées- même si elles sont importantes dans un procès de cette nature- liées, par exemple, à de probables manœuvres du Vice-Président en faveur de l'impeachment, ou à la convenance des mesures adoptées par le Gouvernement de Dilma dans le domaine économique, ou encore à la participation de son parti et de membres de son gouvernement dans des scandales de corruption. Ces questions d'ordre politique ne seront citées que pour mieux contextualiser le scénario confus dans lequel le processus s'est défilé.

L'objectif du texte, en somme, est d'examiner les fondements juridiques invoqués pour justifier la mise en accusation, de manière à juger si la décision du Sénat Fédéral est restée confinée à l'intérieur de sa compétence constitutionnelle, ou non. Dans le cas affirmatif, relève-t-on, critiquer la décision continuera d'être légitime, puisqu'on est en désaccord avec elle, soit pour des questions politiques, soit même pour des divergences dans l'interprétation des normes juridiques applicables. En fin de compte, il est toujours possible de critiquer des décisions, même quand elles sont prises par un organisme d'état dans l'exercice d'une compétence attribuée par la Constitution. Mais le moindre désaccord entre le mérite de la décision prise par l'organisme compétent et la compréhension de qui éventuellement la critique ne constitue pas un motif, en soi, pour se dire qu'il y a eu un « coup d'état » ou que les institutions se sont rompues.

Le travail sera divisé en trois sujets au terme desquels nous présenterons la conclusion. Dans le premier sujet, nous présenterons les arguments de l'accusation, un moment où nous mènerons l'étude sur le concept d'impeachment et sur les faits pouvant conduire à son apparition. La question sera contextualisée en prenant compte des normes juridiques brésiliennes constitutionnelles et infra-constitutionnelles concernant le Droit Financier. Dans le deuxième sujet, nous ferons des pondérations envers les arguments de défense, et sur le défi interprétatif quant à la signification des normes invoquées par l'accusation. Pour ce qui est du troisième sujet, nous établirons une analyse comparative avec les conduites semblables d'autres présidents, questionnant en outre la compétence du Sénat pour prendre des décisions sur toutes les questions qui lui ont été posées.

## 2. LE PROCESSUS D'IMPEACHMENT ET LES CONDUITES IMPUTÉES À LA PRÉSIDENTE

L'impeachment est une forme de contrôle du Pouvoir Législatif par rapport à certains pouvoirs, entre lesquels, principalement, celui du chef de l'Exécutif<sup>1</sup>, et il dé-

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 141.

tient un caractère juridique et politique<sup>2</sup>. L'aspect juridique est mis en évidence devant la prévision de conduites spécifiques pouvant conduire à la sortie du Chef de l'Exécutif du pouvoir, dans le modèle présidentieliste. Autrement dit, ce n'est pas la simple décision politique d'écarter le gouvernant qui est la raison d'être de l'impeachment, mais plutôt la pratique de conduites imputées en tant que «crime de responsabilité» par l'ordonnance juridique<sup>3</sup>. En revanche, son caractère politique découle du fait qu'il peut être déflagré par n'importe quel citoyen, en vertu de son statut de participant de l'État, et non obligatoirement initié par un organisme d'État, comme c'est le cas pour les crimes prévus dans les lois pénales. En outre, après la déflagration du processus, un concours d'intérêts entre en scène, et la gouvernabilité du pays, comme aussi la force politique du gouvernant, finissent par influencer le procès. Le respect des aspects juridiques de l'impeachment lui donne plus de justice et de légitimité, mais son caractère politique lui fournit plus de pouvoirs de décision, en attribuant par ailleurs aux juges une liberté de justification, lesquels auront seulement à répondre par oui ou par non quant à l'existence d'un crime de responsabilité, en délibérant sur l'application de la sanction.

Le jugement sera réalisé par le Sénat Fédéral, dans les termes de l'article 52 de la Constitution de la République Fédérative du Brésil (CF/88), mais sera présidé par le président du Suprême Tribunal Fédéral, exactement comme un moyen d'assurer une ample défense et son contradicteur. Avant cela, cependant, la Chambre des Députés devra recevoir l'accusation, par deux tiers de ses membres.

D'après l'art. 85 de la Constitution Fédérative du Brésil(CF/88), les actes du Président de la République allant à l'encontre de la Constitution Fédérale sont des crimes de responsabilité et, spécialement, contre: (i) le libre exercice du Pouvoir Législatif, du Pouvoir Judiciaire, du Ministère Public et des Pouvoirs constitutionnels des unités de la Fédération; (iii) l'exercice des droits politiques, individuels et sociaux; (iv) la sécurité interne du Pays; (v) la probité dans l'administration; (vi) la loi de finances; (vii) l'application de la loi et des décisions judiciaires. En accord, encore, avec la Constitution, une loi spécifique doit définir de tels crimes et réglementer le processus et le jugement inhérents à son imputation au Président.

Nous percevons qu'un «crime de responsabilité» n'est pas comparable à un crime commun, celui-ci étant défini dans le domaine du Droit Pénal. Les «crimes de responsabilité sont définis constitutionnellement comme étant ceux qui intentent contre

<sup>2</sup> Cf. SILVA, Carol; JENKINS-SMITH, Hank; WATERMAN, Richard. Why Did Clinton Survive the Impeachment Crisis? A Test of Three Explanations. *Presidential Studies Quarterly*, Washington, v. 37, n. 3, p. 468-485, Sep. 2007, p. 468. L'objectif de l'impeachment est d'éviter à la fois une dictature de l'Exécutif et du Législatif. Par conséquent, il n'est pas admis en relation avec des actes de la vie privée du Président de la République, mais avec des actes liés à la manière dont il exerce ses fonctions. Cf. v.g., ARATO, Andrew. Impeachment or revision of the Constitution? *Constellations*, Massachusetts, v. 6, n.2, 145-156, 1999, p. 146 e ss.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 313.

l'un des biens décrits dans l'art. 85 de la CF/88, étant définis plus en détail par la loi 1.079, de 1950, avec un diplôme reçu par la Constitution le désignant comme celui qui s'occupe de tels crimes, comme également du procès et du jugement qui lui sont liés.

Pour ce qui est de Dilma, on lui a imputé deux conduites qui pourraient configurer un crime de responsabilité, savoir: (i) contracter des emprunts auprès de banques publiques; et (ii) l'édition de décrets permettant des crédits supplémentaires, sans autorisation législative. Pour les auteurs de la pièce d'accusation, de telles conduites seraient contraires à la loi de finances, l'un des biens juridiques référés dans l'article 85 de la CF/88, et seraient caractérisées comme crimes de responsabilité dans la Loi n° 1.079/50.

## 2.1. Contracter des emprunts auprès de banques publiques

Selon l'article 136 de la loi complémentaire n° 101/2000, il est «interdite l'opération de crédit entre une institution financière d'État et la personne de la Fédération qui la contrôle, dans la qualité de bénéficiaire de l'emprunt». On prétend, avec cela, interdire à la personne publique, parce qu'elle est aussi celle qui contrôle l'institution financière, qu'elle en obtienne des emprunts de forme illimitée, sans contrôle ou modération, chose qui n'arriverait pas si l'emprunt était sollicité auprès de l'institution financière privée indépendante, non contrôlée par le propre preneur de l'emprunt.

En dehors du fait d'être un important mécanisme pour contenir l'endettement public, qui évite toutes les conséquences négatives qu'il est capable d'apporter aux finances publiques et à l'économie en général, l'interdiction a une explication historique. Dans les années 1980 et 1990, de nombreuses banques d'états ont été supprimées par les gouvernements qui les contrôlaient, lesquels en obtenaient des financements quasiment illimités. Outre le fait que la dette des états-membres ait pris des proportions astronomiques, quelque chose que la Loi Complémentaire 101/2000 voulait éviter, cette pratique a décimé ces banques. Cela sans parler du risque encouru par les propres associés qui, pendant qu'ils croient que leur argent est correctement investi par la banque, celui-ci, en réalité, est utilisé pour financer les dettes de l'État. D'où l'interdiction.

Dans le cas de la Présidente Dilma Rousseff, il n'y a pas eu, de forme explicite, solennelle et formelle, la célébration d'un contrat d'emprunt, car justement la loi le défend expressément. Toutefois le Gouvernement Fédéral attribue aux banques publiques - Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, et Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES - la fonction de payer des obligations qui lui reviennent en tant que gouvernement. Des bénéfices d'assistance de programmes comme «bourse famille», «ma maison, ma vie», «assurance-chômage» et «crédit agricole», par exemple. D'après ce système, les banques devraient seulement opérationnaliser la remise des valeurs à

leurs bénéficiaires, avec la certitude que, avant que les paiements soient effectués, le gouvernement transférerait aux banques les valeurs nécessaires.

Le fait est que, à partir de 2014, le gouvernement a commencé à retarder, de manière systématique, le paiement de ces valeurs aux banques qu'il contrôlait, lesquelles, pourtant, payaient ponctuellement les bénéficiaires respectifs. Grâce à cela, la banque honorait une dette du gouvernement, et il lui restait un crédit auprès de celui-ci. Voilà pourquoi on a affirmé que cette pratique correspondait, même étant maquillée ou déguisée, à une opération de crédit, interdite par l'art. 36 de la LC 101/2000. Ce fut pour cette pratique que l'on attribua le surnom de «pédalage fiscal» (acrobaties comptables), car, grâce à lui, la Présidente aurait donné une plus grande «impulsion» aux comptes publics, en les montrant plus sains qu'ils n'étaient en réalité.

## 2.2 Décrets d'ouverture de crédits supplémentaires sans autorisation législative

La deuxième infraction imputée à la Présidente Dilma a été l'édition de décrets par lesquels on a autorisé de nouveaux crédits supplémentaires dans le budget, sans qu'il y ait autorisation législative pour cela.

Il est besoin de rappeler que le budget contient la prévision des recettes et des dépenses, et il n'est pas rare que les prévisions ne se réalisent pas. Les recettes peuvent ne pas correspondre à l'estimation initiale, par exemple, en vertu d'une crise économique, ou d'une décision judiciaire qui affirme un tribut indu dont la collecte était attendue. Les dépenses, pourtant, doivent respecter la limite prévue, raison pour laquelle, afin de prévenir de tels imprévus, le Législatif autorise au préalable le Président de la République, en cas de nécessité, à prendre des crédits supplémentaires, jusqu'à une limite préfixée, et si les conditions légalement établies sont remplies.

Pour ce qui est de Dilma Rousseff, la loi de finances (celle de 2014 comme celle de 2015) conditionne l'ouverture de crédits supplémentaires lorsque l'objectif de l'excédent primaire est atteint par le Gouvernement Fédéral. Dit autrement, il faudrait au Gouvernement des recettes qui dépassent ses dépenses, d'où seront exclus seulement les intérêts de la dette (ce qui est connu comme l'excédent primaire), pour que la Présidente puisse, par décret, prendre des crédits supplémentaires.

Ce qui s'est passé, toutefois, fut que la Présidente édita des crédits supplémentaires, même n'ayant pas atteint l'objectif de l'excédent primaire exigé comme condition par la Loi de Finances. Ainsi, l'infraction serait configurée.

## 2.3 Autres aspects de la demande non- admise par le Président de la Chambre des Députés

Il vaut la peine de noter que la demande de mise en accusation garde encore un contenu plus ample, en imputant à la Présidente des infractions liées à sa possible participation dans les scandales de corruption de l'entreprise d'état d'exploitation du pétrole, la Petrobrás, dont le Conseil d'Administration a été présidé par Dilma et où elle a participé à l'époque dans laquelle des opérations litigieuses se sont déroulées, à l'exemple de celles liées à la négociation d'une Raffinerie à Pasadena, aux États-Unis. On lui imputait, en plus, des infractions relatives à son premier mandat comme Présidente de la République. Chacune d'entre elles, cependant, a été rejetée par le Président de la Chambre des Députés<sup>4</sup>, Eduardo Cunha, car il ne s'agissait pas de faits pratiqués dans l'exercice du mandat présidentiel dont on cogite la mise en accusation.

De toute façon, il semble que l'on ne puisse nier qu'ils ont influencé, dans le domaine politique, le jugement correspondant, comme on le perçoit dans le propre discours de beaucoup de parlementaires qui ont participé au processus.

## 3. ARGUMENTS UTILISÉS POUR SA DÉFENSE<sup>5</sup>

Durant sa défense, Dilma Rousseff n'a rejeté aucun des faits qui lui avaient été imputés dans la demande d'impeachment, dans la forme reçue par la Chambre des Députés. Elle n'a pas nié le fait que les banques publiques aient payé des dettes du Gouvernement Fédéral, lequel les a soldées après un certain temps. Elle n'a pas nié non plus l'édition de décrets d'ouverture de crédits supplémentaires. Sa réfutation s'est faite, spécifiquement, sur la signification juridique de tels faits.

### 3.1 Quant à l'opération de crédit avec les banques privées

La défense de Dilma Rousseff a affirmé, quant au «pédalage fiscal» (acrobaties comptables), qu'il n'y aurait pas eu d'opération de crédit avec des banques publiques, car aucun contrat n'a été signé, formel et écrit, avec de telles banques, pour motiver

<sup>4</sup> Au Brésil, où le parlement adopte le système des deux chambres, la demande de mise en accusation a son admission appréciée par la Chambre des Députés, et, ensuite, reçue par elle, est jugée par le Sénat Fédéral, qui fait un nouveau jugement d'admission, et, ensuite, si c'est le cas, passe à l'analyse des mérites. Ce rituel a été défini par le Suprême Tribunal Fédéral, dans le jugement de l'argumentation de Désobéissance au Précepte Fondamental (ADPF) 378, réalisée par le Parti Communiste du Brésil - PCdoB, à partir d'une interprétation de la Loi 1.079/50 à la lumière de la Constitution Fédérale de 1988.

<sup>5</sup> Le document principal qui a été le fondement de la défense de Dilma a été un avis élaboré par le Professeur Ricardo Lodi Ribeiro, de l'Université de l'État de Rio de Janeiro, dont les fondements sont synthétisés dans cet article. Pour la teneur complète de l'avis, voir <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>>. En dehors du document en question, qui du point de vue technique est que le meilleur organise les arguments en défense du Président, tous les discours et manifestations en défense de Dilma Rousseff, d'elle-même et de son avocat, José Eduardo Cardozo, sont disponibles dans <[www.youtube.com](http://www.youtube.com)>.

un crédit de celles-ci envers l'Union. De forme différente, la dette de l'Union envers les banques découlerait de la loi, qui a attribué aux banques la fonction de réaliser les paiements et à l'Union l'obligation de leur transférer les ressources correspondantes. Ainsi, le « crédit » que la banque aurait vis à vis de l'Union serait équivalent, par exemple, au crédit qu'un contribuable, qui paie un tribut indû, aurait vis à vis d'elle, pour ce qui se rapporte à la respective restitution. Comme il s'agit de l'imputation d'un « crime », l'interprétation de la loi devrait être stricte, l'interprète ne devant pas augmenter la signification de l'expression « opération de crédit », qui aurait une signification claire et définie dans l'ordre juridique.

D'un autre côté, même pouvant être considérée illégale, la pratique de « pédalage » (acrobaties comptables) serait contraire à la Loi de Responsabilité Fiscale, et non pas à la Loi de Finances. En accord avec l'art. 85 de la Constitution, le crime se caractérise par la pratique d'un acte outrageant envers la Loi de Finances, une entité qu'on ne pourrait confondre avec la Loi Complémentaire 101/2000, qui est une norme du Droit Financier destinée à imposer aux gestionnaires de la responsabilité dans l'administration des deniers publics. Dans la loi de finances, en soi, il n'y aurait aucune disposition contrariée par la pratique en question.

Même si la Loi 1.079/50 définit comme crime de responsabilité, aussi, des actes liés à la « garde et à l'emploi légal de l'argent public », énumérant, de forme spécifique, l'action de « contracter un emprunt, émettre de la monnaie courante ou des actions, ou effectuer une opération de crédit sans autorisation légale » (art. 11, item 3), cette partie de la loi n'aurait pas été reçue par la Constitution de 1988, vu que l'art. 85 de la Constitution contient une relation moins longue dans l'énumération des biens juridiques sauvegardés dans la définition des crimes de responsabilité, dans laquelle on ne prévoit pas la « garde et l'emploi légal de l'argent public » prévue par la loi 1.079/50.

En outre, la pratique du « pédalage » (acrobaties comptables) n'aura pas été inaugurée par Dilma Rousseff. Maints Présidents antérieurs avaient déjà fait la même chose, et le Tribunal des Comptes de l'Union (TCU) n'avait jamais désapprouvé leurs comptes à cause de cela. Avec Dilma, en dehors du fait d'avoir altéré de forme surprenante sa jurisprudence, le Tribunal l'a fait de manière rétroactive, la punissant pour des comportements qui jusqu'à lors n'étaient pas considérés des infractions. Et cela sans se référer au fait que ces ressources auraient été utilisées pour honorer des dépenses d'assistance aux plus démunis, liés au droit fondamental d'une parcelle significative de la population brésilienne à la subsistance (« bourse famille » et « assurance chômage ») et au logement (« ma maison ma vie »).

### 3.2 Quant à la création de crédits supplémentaires

Quant à la création de crédits supplémentaires, la Présidente reconnaît de fait avoir édité de tels décrets, même si elle n'a pas répondu à la condition légalement exigée pour cela, qui était le respect de l'objectif de l'excédent primaire prévu par la Loi des Directives Budgétaires (LDO) pour les années 2014 et 2015. Elle a donc argumenté sa défense, cela a eu lieu à cause de la grave crise qui a dévasté l'économie brésilienne, qui a compromis ses recettes tributaires fédérales. Et encore: aussitôt qu'il fut évident que l'objectif ne serait pas atteint, le Pouvoir Exécutif Fédéral sollicita, auprès du Congrès National, la révision de l'objectif prévu à la LDO, ce qui fut fait. Dans cet ordre d'idées, devant le nouvel objectif fiscal, revu par le Congrès en 2015, les décrets d'ouverture de crédits seraient «régularisés», puisque le gouvernement réaliserait le nouvel objectif et, ainsi, serait autorisé à les éditer.

## 4. ADOPTION DE LA PRATIQUE PAR D'AUTRES PRÉSIDENTS, L'ACCORD DU TCU ET LA CONFIGURATION COMME «OPÉRATION DE CRÉDIT»

Quant à l'argument selon lequel d'autres présidents auraient été inclus dans la même pratique de retarder les versements aux banques publiques qui réalisent des paiements de dettes de l'Union, ceux favorables à l'impeachment ont argumenté qu'une «erreur n'en justifiait pas une autre», parce que, si la pratique est une faute, le fait d'avoir été adoptée par des présidents antérieurs ne la rendrait pas légitime quand elle le sera par Dilma Rousseff. Au contraire, si le TCU, par manque de structure et d'outillage, ne s'apercevait pas immédiatement d'une irrégularité, restant en silence devant elle dans un premier temps, jamais plus elle ne pourrait prendre position contre elle, un argument qui d'ailleurs fit partie du vote du Ministre João Augusto Ribeiro Nardes (TC 005.335/2015).

Cependant, même que la pratique eut été expressément plébiscitée par le Tribunal des Comptes en des situations antérieures, ce qui ne fut pas le cas, il est important de comparer ce que les présidents antérieurs ont fait, et ce qui est imputé à Dilma Rousseff. L'importance, la durée et la systématité des «pédalages» (acrobaties comptables) peut, en principe, justifier un changement de compréhension par rapport à eux.

Vraiment, si un Président retarde, pour quelques jours, le paiement de quelques millions, on peut comprendre qu'il y a eu un simple défaut d'obligation légale de l'Union auprès des banques, et non pas une «opération de crédit». Cependant, si le retard dure plusieurs mois, et qu'il a une intensité de plusieurs milliards, on peut en conclure que, par des voies biaisées, le gouvernement cherche des financements auprès des banques publiques, avec tous les maléfices qui en découlent, et ce qui contrarie l'art. 36 de la LC

101/2000. Cette conclusion se renforce quand on en vient à l'observation que les ressources sont définitivement remises aux banques quand ainsi le détermine le TCU, ce qui conduit à la constatation que, s'il n'y avait pas d'objection de la Cour des Comptes, le financement aurait continué de manière incontrôlée, justement comme la LRF vise à l'éviter. Et ce n'est non seulement pas ce qui est arrivé, mais encore, après que le TCU ait condamné la pratique, les comptes publics ont dû être refaits, ce qui généra un déficit monumental.

Le remake des comptes publics, à ce propos, a été dû au fait que le «pédalage» (acrobaties comptables) permettait, par ailleurs, une falsification des données référents, car la dette de l'Union auprès des banques publiques n'apparaissait pas sur les comptes en question, lesquelles, cependant, soldaient des dettes fédérales. Cela signifie que, en dehors de s'être fait financer auprès des banques publiques, le gouvernement Dilma Rousseff l'a fait de forme maquillée, sans que cela soit mis dans les comptes publics de forme transparente, qui ont montré un résultat entièrement irréal. Cette impression qui montrait les comptes relativement équilibrés a été divulguée lors de sa réélection, ce qui a certainement contribué à la rendre plus légitime.

Nous pouvons dire que le graphique ci-dessus ne reflète guère l'inflation de cette période, ni la différence de l'importance du budget de Dilma et de ses prédécesseurs. Mais même avec ces ajustements, la différence continue significative, qui a également continué en 2015, ayant été interrompue seulement au moment de l'objection faite par le Tribunal des Comptes. Ce fut la continuité, dans l'année 2015, qui a rendu possible le jugement de Dilma à cause de cette conduite, même si elle ait été plus accentuée en 2014.

C'est toujours l'importance, la durée et la systématisation du «pédalage» (acrobaties comptables) qui permet, peut-être, de dire qu'il configure une forme «simulée», ou «en fraude face à la loi», de réaliser l'opération de crédit que la loi prohibe. Au lieu de signer un contrat, Dilma a obtenu, de façon biaisée, toujours le même résultat, ayant la même intention, qui seraient inhérents à ce contrat. Un déficit public significatif a été occulté, lequel a été financé par les banques publiques de forme interdite par la loi, mais par des chemins ou par des voies ayant une apparence de validité.

D'ailleurs, les figures représentantes de l'abus de droit, de la simulation et de la fraude à la loi, communément invoquées par la Finance Publique pour déconsidérer des affaires pratiquées par des contribuables dans la sphère de la « planification fiscale», sont parfaitement applicables ici. Par une voie anormale et apparemment légitime, on a fait exactement ce que la loi interdit, avec l'intention (financement de l'État) que la loi interdit, en atteignant le résultat que la loi interdit.

Il y a simulation quand le sujet désire pratiquer l'acte «a», lorsqu'il pratique effectivement l'acte «a», mais qu'il déclare formellement la production du fait «b». C'est le cas d'un débiteur qui transfère formellement la titularité de ses biens à un tiers,

une personne interposée, mais qui continue, de fait, d'être son possesseur, en exerçant toutes les facultés d'un propriétaire, et le faisant uniquement pour échapper à un procès d'exécution. Un exemple est celui de l'employé qui propose, à la demande du patron, une réclamation travailliste sans fondements, mais qui face à une contestation volontairement déficiente est jugée admissible. On simule l'existence d'une dette travailliste seulement pour que le propriétaire de l'entreprise puisse, à travers un accord avec les employés sauver son patrimoine en cas de faillite imminente.<sup>6</sup>

Pontes de Miranda affirme, avec la précision qui lui est particulière, que « dans la simulation, on veut ce qui n'apparaît pas et on ne veut pas ce qui apparaît »<sup>7</sup>. Vraiment, dans les exemples cités au paragraphe antérieur il apparaît que l'employeur/ réclamé ne « veut » pas payer la dite-dette (qui n'existe même pas) à son employé/réclamant: il veut, en fait, récupérer la majeure partie de cette valeur, *under the table*. De la même façon, le débiteur insolvable qui transfère ses biens à des personnes interposées ne désire pas non plus les vendre ou les donner: il veut les garder, mais les maintenir à l'écart des créditeurs.

Dans ces cas, du fait que les affaires effectivement pratiquées ont une nature «a» (affaire dissimulée, ou occultée), malgré le fait qu'elles simulent une nature «b» (affaire simulée ou apparente), les effets de l'affaire «a» l'emportent, celui effectivement pratiqué.

Nous pouvons dire, au sujet des «pédalages» (acrobaties comptables), qu'ils ont été un emprunt simulé, étant passible, en conséquence, de recevoir le traitement juridique d'un emprunt (une affaire que l'on prétend cacher), et non pas celui d'un «simple retard d'obligation légale» (figure apparente). L'article 167 du Code Civil Brésilien, d'ailleurs, soulève qu'«une affaire juridique simulée est nulle, mais elle substituera ce qu'elle a dissimulé, en cas de validité en substance et en forme».

Il y a aussi le cas de figure d'abus de droit, prévu dans l'article 187 du Code Civil Brésilien, qui décide : «commet un acte illicite le titulaire d'un droit qui, dans l'exercice de sa fonction, excède manifestement les limites imposées par son but économique ou social, par la bonne-foi et les bonnes mœurs».

Marco Aurélio Greco rapporte d'intéressants exemples d'abus de droit:

*On a créé en France un cas de figure, qui s'appelait une adoption simple, car on exigeait un nombre réduit de conditions pour que les personnes puissent être adoptées. Le but était de faciliter les adoptions. On a établi comme une des conditions le fait que la personne qui adopte soit plus vieille que la personne adoptée, mais on n'a pas spécifié*

<sup>6</sup> Ce fut avec le but justifié d'éviter ce genre de simulation, d'ailleurs, que la législation brésilienne sur la faillite a été altérée, pour que les crédits travaillistes soient seulement considérés prioritaires jusqu'à la limite de 150 salaires minimums.

<sup>7</sup> MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v.I, §17, n.8, p. 53.

*(exactement parce qu'on voulait faciliter et agiliser l'adoption) si ce pouvait être une personne de 22 ans avec une autre de 14 et ainsi de suite. Qu'arriva-t-il ? Masson cita deux cas levés aux tribunaux dans lesquels l'exercice du droit d'adoption fut considéré abusif, car l'adoption fut considérée comme un instrument pour viabiliser des couples incompatibles; Le premier fut le cas d'un homme marié de 75 ans qui adopta sa concubine de 25 ans, car ainsi lui seraient assurés des droits héréditaires. Il ne pourrait pas se marier avec la concubine et a utilisé l'adoption pour obtenir un certain but qui est le propre du mariage; on s'en aperçut et cela généra un procès. Le second cas dont il parle est celui d'un couple d'homosexuels dans lequel le plus vieux adopta le plus jeune pour s'assurer également de droits patrimoniaux.*

*Quelle est l'importance de ces exemples? Quand on parle d'adoption, on pense immédiatement à un cas de figure de protection d'un enfant, dans le besoin, un orphelin; mais quand on commence à seulement voir le cas de figure légal et que l'on cherche à dire qu'il existe un «droit d'adopter» à travers lequel il devient possible d'assurer un droit héréditaire pour une personne plus jeune (le cas de figure qui était inscrit dans la loi), en exerçant le droit d'adopter l'agent peut agir contre son profil objectif et on déclarera donc l'abus dans l'exercice du droit.<sup>8</sup>*

Ainsi, même si l'Union avait le «droit» de retarder le paiement des ressources aux banques publiques, la forme avec laquelle cela arriva, dans le Gouvernement de Dilma Rousseff, fut totalement contraire au profil objectif du système légal de paiement au moyen des banques publiques et de la rémunération de possibles retard dans le paiement des ressources, la transformant en un contrat d'emprunt interdit par la Loi de Responsabilité Fiscale.

Mais il existe, encore, le cas de figure de la fraude devant la Loi, peut-être le plus pertinent pour ce cas. Il se configure quand une affaire est pratiquée dans le but de frauder une norme impérative (CC, article 166, VI). Bien qu'on utilise l'expression «fraude» devant la Loi, le cas n'est pas à confondre avec la fraude proprement dite, qui consiste à occulter ou à faire de fausses déclarations pour les faits pratiqués. Dans la fraude devant la loi, l'agent utilise une forme licite, mais pour atteindre des buts illicites. C'est le cas du père qui, ne pouvant pas vendre un immeuble au fils, le vend à un voisin, qui alors le vend au fils en question<sup>9</sup>. Ce cas de figure, comme il est rapporté, est peut-être celui qui s'ajuste le mieux à la forme par laquelle les acrobaties comptables

<sup>8</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 80.

<sup>9</sup> «La fraude devant la loi consiste, donc, à pratiquer un acte de telle manière qu'il puisse éventuellement être appliqué une autre règle juridique en n'appliquant plus la règle juridique fraudée. Celle-ci n'a pas eu d'incidence, parce que celle-là en a eu une; la fraude devant la loi met devant le juge le support des faits, de telle manière que le juge peut commettre une erreur. La fraude devant la loi est une infraction à la loi, l'infraction

ont été faits, car c'est grâce à eux que l'on a contourné la norme impérative de la Loi de Responsabilité Fiscale qui interdit la contractation d'emprunts auprès des banques publiques contrôlées par la propre entité politique qui sollicite l'emprunt.

Et, comme telle, le pédalage (acrobaties comptables) reste offensif à la LRF, puisque, comme l'explique Pontes de Miranda, «*a fraus legis* n'est pas opposée à l'agere *contra legem*; elle est une espèce de celui-ci: jusqu'où arrivera le contenu révélé de la règle juridique, les violations directes et indirectes sont ainsi possibles.»<sup>10</sup>

Quant à l'argument selon lequel le crime de responsabilité serait la violation de la loi financière, et non pas de la loi de responsabilité fiscale, on peut dire, par opposition, que la violation de l'une a des reflets immédiats et directs sur l'autre. En s'autofinanciant de forme illégitime et illimitée, la Présidence de la République a transformé la propre loi de finances en une pièce ornementale, car il ne serait pas nécessaire de suivre des recettes, des dépenses et des limites ici prévues dans la mesure où des milliards en obligations appartenant à l'Union ont été jetés sur le dos des banques publiques. Cependant, comme il s'agit d'un grave et dangereux processus de mise en accusation, on peut également soutenir que la pratique du «pédalage» (acrobaties comptables), même étant indéfendable et contraire au droit financier, ne devrait pas permettre la perte du poste par la Présidente. Du point de vue technique, donc, les deux conclusions sont défendables, les arguments politiques assumant de l'importance qui, dans les termes de la Constitution, font que le jugement doit se situer dans la sphère du Sénat Fédéral, et non dans celle du Suprême Tribunal Fédéral, qui serait compétent dans l'hypothèse de crimes communs.

## 5. LES DÉCRETS D'OUVERTURE DE CRÉDITS SUPPLÉMENTAIRES

L'ouverture de crédits supplémentaires sans appui dans la loi de finances est exprimée et clairement définie comme un crime de responsabilité par l'art. 10, item 6, de la loi 1.079/50, qui définit de tels crimes et apporte un contrôle dans le processus d'impeachment. La question, sur ce point, réside dans le fait que de tels décrets, même ayant été édités dans un manque de respect à de telles conditions, ont été ensuite convalidés par l'altération dans les propres conditions.

Comme il a déjà été expliqué, la Loi de Finances Annuelle (LOA), en 2014 comme en 2015, disait que des crédits supplémentaires pourraient être réalisés, à la condition que l'objectif de l'excédent primaire prévu par la Loi des Directives Financières (LDA), laquelle établit des normes générales et des objectifs de moyen-terme qui doivent être

---

étant dans l'attente d'une erreur du juge.» MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, T. I, 1999, p. 98.

<sup>10</sup> MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, §17, n. 8, p. 41.

suivis dans les deux années respectives (2014 et 2015)<sup>11</sup>. Si l'objectif de l'excédent n'est pas atteint, l'Exécutif ne serait plus autorisé à réaliser de tels crédits. Ce qui s'est passé en 2015, cependant, fut l'édition de tels décrets, sans une autorisation du Législatif (puisque l'objectif n'avait pas été atteint), mais, ensuite, la même année, le Congrès National altéra la Loi des Directives Financières de manière à altérer l'objectif, ce qui aurait légitimé de tels décrets. Enfin, devant une nouvelle prévision d'objectifs, sa réalisation aurait eu lieu, car l'Exécutif serait autorisé à éditer les décrets et à ouvrir des crédits supplémentaires.

Au cas où l'on comprendrait que l'inobservance de l'objectif initial a eu lieu à cause d'une imprévisible crise économique, l'argument de défense de la Présidente apparaîtrait comme étant plus raisonnable. De fait, la chose paraîtrait assez incohérente si, devant une crise qui mène à la non-réalisation de l'objectif, le gouvernement ne puisse pas utiliser un instrument qui lui servirait exactement dans une telle situation extraordinaire. Il est possible d'objecter, toutefois, que l'objectif n'a pas été atteint, principalement, à cause d'un manque de contrôle des dépenses publiques, un manque alimenté par le «pédalage» (acrobaties comptables) et par un excès de dépenses, ce qui peut faire perdre une partie de sa consistance à l'argumentation de défense de Dilma.

Il convient de relever, à propos, que l'art. 9 de la Loi de Responsabilité Fiscale (LRF-LC 101/2000), non plus respecté par le Gouvernement Dilma, établit que «s'il est vérifié, à la fin d'un bimestre, que la réalisation de la recette pourra ne pas comporter l'observance des objectifs de résultat primaire ou nominal établis dans l'Annexe des Objectifs Fiscaux, les Pouvoirs et le Ministère Public exécuteront, par un acte propre et de montants nécessaires, dans les trente jours subséquents, une limitation d'intérêt et de transaction financière, en accord avec les critères fixés par la loi des directives financières». En d'autres termes, la Présidente aurait dû vérifier que les objectifs ne seraient pas atteints, en limitant les dépenses publiques avec une contingence de dépenses, ce qui n'arriva pas: elle a préféré éditer les décrets en créant les crédits supplémentaires, de façon à aggraver encore plus le déséquilibre des comptes publics. Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence du Tribunal des Comptes, qui avait admis en d'autres occasions que l'altération postérieure de l'objectif fiscal convaliderait des décrets édités avant elle, pourrait être considérée inapplicable parce que, dans ce cas, différemment des antérieurs, le non-respect de l'objectif viendrait déjà d'autres manquements et il devenait prévisible depuis un certain temps.

<sup>11</sup> Au Brésil, la finance publique est contrôlée par trois strates ou niveaux législatifs, du point de vue temporel. Le Plan Pluriannuel (PPA) définit les objectifs de longue durée à être suivis dans un intervalle de quatre années. Ensuite, la Loi des Directives Financières détaille et rend plus spécifique ces prévisions, pour un espace temporel de deux années. Et, finalement, chaque année, la Loi de Finances Annuelle (LOA) décide sur le budget pour chaque exercice déterminé.

Quant au fait que l'objectif ait été revu par le propre Congrès, nous pouvons dire que celui-ci, en procédant ainsi, a convalidé de fait les décrets. S'il n'était pas d'accord sur la révision de l'objectif, il ne l'aurait pas approuvé. Cependant, il serait encore permis de défendre que, même face à la révision, eux, les décrets, auraient seulement pu être édités si et quand celle-ci serait approuvée, ce qui n'a pas été le cas.

## 6. PRINCIPE DE LA COMPÉTENCE, CARACTÈRE PUBLIC DE LA DÉCISION ET POSSIBILITÉ DE CRITIQUE DE LA DÉCISION PRISE PAR UN ORGANISME COMPÉTENT

Nous observons, aussi bien en ce qui concerne le «pédalage» (acrobaties comptables), comme pour ce qui concerne l'ouverture de crédits supplémentaires, que les imputations faites à la Présidente ne se trouvent pas dans une zone de claire non-configuration du crime de responsabilité fiscale, mais elles ne configurent pas non plus de forme indubitable le crime en question. Du point de vue technique, strictement juridique, peut-être nous trouvons-nous devant ce que Hans Kelsen appelle un «cadre ou un tableau»<sup>12</sup> de significations possibles, le choix de tout un chacun étant scientifiquement correct, devant être guidé par des considérations d'ordre politique. Même si l'existence de cette faculté discrétionnaire ou liberté de l'interprète, défendue par les plus divers courants du positivisme juridique, pour ce qui concerne les décisions juridiques en général, la possibilité voire même la légitimité de sa présence dans le processus d'impeachment semble ne pouvoir être niée.

La raison n'est pas différente, à propos, pour laquelle le jugement du Président de la République pour la pratique de crimes, même s'il doit être l'objet d'une autorisation de la part de la Chambre des Députés, est pratiqué par le Suprême Tribunal Fédéral, dans le cas de crimes communs, mais par le Sénat Fédéral, s'il s'agit de crimes de responsabilité, qui dans ce cas n'a ses séances conduites par le Président du Suprême Tribunal Fédéral qu'exceptionnellement.

Pour cela même, les maintes fois dans lesquelles il fut incité à se manifester sur le procès, le Suprême Tribunal Fédéral s'est prononcé sur le rite à être suivi, sur les organismes devant se manifester, notamment en lieu de jugement de recevabilité, mais il n'a à aucun moment admis pénétrer dans l'essai en soi du mérite, qui doit être apprécié, par respect sur ce que décide la Constitution Fédérale, par le Sénat de la République, comme cela de fait s'est passé.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. t. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 369.

En effet, c'est en appréciant l'audience à huis-clos d'Inobservance du Précept Fondamental (ADPF)<sup>13</sup> 378, que le Suprême Tribunal Fédéral a compris que quelques-unes des dispositions de la Loi 1.075/50 n'auraient pas été reçues, car elles ne seraient pas compatibles avec la forme avec laquelle la Constitution Fédérale de 1988 contrôle le sujet. Il a ainsi décidé qu'il appartient à la Chambre des Députés, par une majorité qualifiée, de délibérer pour l'instauration du procès. Dès qu'il est autorisé, le procès débute au Sénat, auquel il appartient de décider de sa recevabilité, et, ensuite, de son mérite, la démission pour 180 jours du Président étant prévue par l'article 86, §2.º, de la CF/88, applicable seulement après l'admission du procès par le Sénat.

Par la suite, appréciant le MS 34.131-MC, le Suprême Tribunal Fédéral s'est décidé pour l'absence de nécessité d'une nouvelle manifestation de la défense de la Présidente, face aux éclaircissements faits au sujet de la dénonciation, considérant que la Chambre pourrait seulement autoriser le traitement, la défense étant exercée, de forme ample, devant le Sénat Fédéral, au moment du jugement en question. À travers le MS 34.127, le STF quant à lui s'est prononcé sur la validité de la forme adoptée par le Président de la Chambre des Députés quant au comptage des votes, à la Réunion Plénière de la Chambre, au sujet de l'autorisation pour l'instauration du procès, après avoir adopté un critère pour l'alternance des députés de différentes régions du pays<sup>14</sup>.

Encore une fois pendant la séquence des tentatives, faites par la Présidente et par ceux qui la défendaient, de «judiciariser» le processus d'impeachment, de nombreux habeas corpus ont été sollicités (v.g., HC 134.315) dans lesquels on soutenait que le propre procès représentait un embarras illégal fait à la Présidente, vu que les conduites lui étant imputées ne caractériseraient pas un crime de responsabilité. Cela fut une occasion majeure de la part du Suprême Tribunal Fédéral pour décider la question, entrant dans le vif du sujet et affirmant, si c'était le cas, l'inexistence d'un crime. La cour a compris, cependant, que la question serait de la compétence du Sénat Fédéral, et non de la sienne, étant certain que l'habeas corpus n'aurait aucun sens justement parce qu'il ne s'agit pas d'un crime commun, qui puisse mettre en péril la liberté d'aller et venir de la patiente. Dans le cas de l'impeachment, il y aurait un risque dans l'exercice des droits politiques de la Présidente, non pas pour sa liberté d'aller et de venir, raison pour laquelle l'habeas corpus a été rejeté.

L'idée en est venue, la même défendue il y a longtemps par Themistocles Cavalcanti, selon laquelle l'impeachment ne constitue pas « un institut de droit pénal mais

<sup>13</sup> À travers la ADPF le contrôle concentré de constitutionnalité des lois édictées antérieurement à la Constitution Fédérale devient possible, comme c'est le cas de la Loi n° 1.075/50. On voit, à propos, la Loi n° 9.882/99, article 1º, paragraphe unique, incise I.

<sup>14</sup> On dit que, avec cela, Eduardo Cunha, alors Président de la Chambre des Députés, prétendait éviter un «effet boule de neige» découlant du fait que, les parlementaires de la région dans laquelle la Présidente aurait plus de votes en sa faveur (v.g., Nord-est du Brésil), la formation d'un score initial lui étant favorable pourrait induire les parlementaires suivants à voter dans le même sens.

bien un acte administratif équivalent à la démission, dont la principale raison est d'écarter des postes importants les fonctionnaires incapables de les exercer dignement»<sup>15</sup>

La décision du Sénat, comme il arrive aux décisions du Suprême Tribunal Fédéral en ce qui concerne des questions essentiellement juridiques, peut, naturellement, être critiquée. C'est ce qui arrive, du reste, aux décisions publiques en général, à partir du moment où elles sont prises par celui, d'après la Constitution, qui est compétent pour cela. Dans le cas de l'impeachment, la compétence pour décider a été attribuée au Sénat Fédéral, qui, l'ayant exercée dans les termes de la Constitution, ne peut être considéré comme étant l'auteur d'un «coup d'état» pour l'unique raison, dans l'esprit de celui qui formule cette imputation, d'avoir adopté une compréhension erronée sur le mérite du jugement.

Quant aux critiques, et aux tentatives de judiciarisation, la dernière découle du fait que le Sénat a réalisé deux votes différents, ayant considéré comme étant possible le fait de condamner la Présidente pour la pratique d'un crime de responsabilité, lui appliquant la peine de perte du mandat, mais non pas celle d'invalidité pour l'exercice de fonctions publiques pendant huit années. On peut critiquer cette décision, car la Constitution ne permettrait pas l'application d'une peine sans l'autre, cela dû à l'utilisation du mot «avec» dans le paragraphe unique de son article 52, selon lequel, dans le cas d'une accusation de crime de responsabilité, « fonctionnera comme président celui du Suprême Tribunal Fédéral, se limitant à la condamnation, qui sera seulement proférée par les deux tiers des votes du Sénat Fédéral, à la perte du mandat, avec invalidité, pendant huit années, pour l'exercice de la fonction publique, sans préjudice dû aux autres sanctions judiciaires appropriées.

Il nous semble que le dispositif pense à une punition maximale, la perte du mandat avec une invalidité durant huit années pour l'exercice de fonctions publiques, permettant à l'organisme compétent- le Sénat- de décider pour la condamnation avec l'application d'une sanction inférieure à la maximale, à l'exemple seulement de la perte du mandat, ou de l'invalidité pour une période inférieure à huit ans. Ceci étant, cette question a été soumise à l'appréciation du STF, qui n'a pas encore rendu sa décision au moment de la conclusion de ce travail (MS 34.378).

Quant aux critiques, comme on dit, le processus de mise en accusation peut certainement être leur objet. En commençant par le rôle du Vice-Président, Michel Temer, qui semblait conspirer, auprès du parlement, pour que Dilma Rousseff soit condamnée. Ce n'est certainement pas le rôle d'un Vice-Président, ce qui nous a fait nous remémorer, au Brésil, du personnage de Francis Underwood, de la Série *House of Cards*, de l'entreprise de streaming de vidéo *Netflix*. En 1992, le Brésil a assisté, peu après le

<sup>15</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948, v. II, p. 271.

rétablissement de la démocratie, à l'impeachment de Fernando Collor de Mello, son premier président élu de forme directe après la fin de la dictature militaire (1964-1986). Dans le cas de Collor, bien que le rite ait été plus rapide et qu'une version contradictoire et une ample défense n'aient pas été assurées de forme si adéquate (comme lui-même l'a fait remarquer, en votant, en tant que Sénateur, en 2016, pour l'impeachment de Dilma), Itamar Franco, son Vice, dont le public s'est rappelé seulement après l'évincement de Collor, n'a pas conspiré contre lui.

Toujours quant à Temer, on ne peut oublier qu'il a, dans la condition de Vice-Président de Dilma, aussi signé des actes d'ouverture de crédits supplémentaires, par lequel, si le motif de l'impeachment était celui-là, le sien devrait également être reconnu. Tout cela montre que, à côté des considérations juridiques et techniques, il existe des aspects politiques qui ont influencé le jugement, quelques-uns légitimes et confessables, comme la délicate situation dans laquelle l'économie du pays a été mise, à cause du déséquilibre dans les comptes publics causé par la gestion de Dilma Rousseff, mais pas pour d'autres.

Mais nous ne pouvons nous empêcher de signaler, par ailleurs, que, comme on l'a dit, le Président Collor de Mello a fait la même expérience, en 1992, ayant été le premier président élu au Brésil, de forme directe, après une longue période de dictature militaire. Collor est tombé à cause d'infractions bien moins graves que celles imputées aujourd'hui à Dilma, et le processus d'impeachment, par rapport à celui-là, fut bien moins obéissant à des garanties du vrai processus légal. D'ailleurs dans le jugement rendu par le Suprême Tribunal Fédéral, il a été déclaré innocent, pour ce qui est en rapport avec les infractions communes liées au crime de responsabilité qui ont mené à sa destitution par le Sénat. Encore par rapport à lui, les secteurs de la politique brésilienne qui aujourd'hui crient au « coup d'État » contre Dilma Rousseff ont été pour l'impeachment, à une époque où la démocratie brésilienne faisait encore ses premiers pas. Cela indique peut-être que l'inspiration de telles attributions ne soit simplement que de nature idéologique, car elles n'ont point été utilisées à un moment où elles seraient d'une plus grande pertinence.

À l'époque du précédent impeachment, cependant, la société semblait plus unie pour évincer le président. Malgré les très nombreuses marches réclamant la fin de la corruption juste avant la réalisation de l'impeachment de la Présidente Dilma, de nombreux mouvements en faveur de sa gestion et rejetant sa sortie ont aussi été réalisés.

Avec l'impeachment, en outre, il y eut un changement évident dans le profil politique du gouvernement, qui alla de mesures plus socialistes, vers un gouvernement plus austère. Cette critique, toutefois, qui a trait à l'austérité mise en pratique par l'actuel gouvernement de Michel Temer, n'est peut-être pas seulement fruit d'une idéologie, mais bien d'une nécessité, considérant les dépenses élevées réalisées pendant le

précédent gouvernement, si nombreuses qu'on a dû utiliser des ressources de banques publiques, afin de permettre le paiement d'obligations publiques.

La gouvernabilité a été également prise en considération pendant l'impeachment. À un certain moment, la situation a semblé incontournable, et la Présidente a commencé à perdre sa légitimité qui lui permettrait d'approuver, au Congrès, des mesures essentielles pour la conduite du pays<sup>16</sup>. Après la fin du processus d'impeachment, la présidente a tenté d'annuler la décision du Sénat, avec l'argument qu'elle n'avait pas perdu son mandat pour cause de pratique de crime de responsabilité, que les Sénateurs n'auraient pas dûment examiné la question. Le ministre du Suprême Tribunal Fédéral rapporteur de l'affaire a été clair en affirmant:

*Il est nécessaire de relever que, de par la qualité essentiellement politique des crimes de responsabilité, la projection attentatoire à la Constitution Fédérale ne se détachera pas, le plus souvent, de l'acte unitairement imputé à l'accusé, mais de la désinvolture négative que celui-ci acquiert dans le contexte de gouvernance globale de l'Administration Publique<sup>17</sup>.*

Toutes les institutions ont fonctionné de manière formelle, il n'a pas été nécessaire d'utiliser des canons dans les rues pour contenir des révolutions, mais il faut reconnaître que la démocratie brésilienne est dans une période sensible, avec une augmentation de l'agressivité chez les citoyens. Sur ce point, il est important de rappeler les leçons de Simone Goyard-Fabre selon lesquelles les vertus de la démocratie sont en même temps ses faiblesses<sup>18</sup>. Des vagues de périodes tranquilles sont suivies par des moments de tensions, dans des successions aléatoires. Il importe que l'opportunité du vote soit maintenue, ainsi que les libertés de pensée et d'expression, avec en outre l'accès à l'information.

## 7. CONCLUSIONS

Le processus d'impeachment de Dilma Rousseff, au Brésil, découle de l'adoption de conduites questionnables à la lumière du Droit Financier, qui ont mené à un déséquilibre des comptes publics, avec des conséquences assez nuisibles pour l'économie nationale, lesquelles sont ressenties, dans le secteur public et l'initiative privée, jusqu'à nos jours, pouvant continuer durant de nombreuses années.

<sup>16</sup> Et c'est naturel au processus : "Hamilton deduced that impeachment involves not only the various constitutional actors (the House, the Senate, the chief justice of the Supreme Court, and the president) but also the two great evils the Founders feared most: faction and the unregulated passions of the people." Cf. SILVA, Carol; JENKINS-SMITH, Hank; WATERMAN, Richard. Why Did Clinton Survive the Impeachment Crisis? A Test of Three Explanations. *Presidential Studies Quarterly*, Washington, v. 37, n. 3, p. 468-485, Sep. 2007, p. 470.

<sup>17</sup> MS 34.371

<sup>18</sup> FABRE, Simone Goyard. *O que é Democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 342.

On ne peut nier, malgré tout, l'aspect polémique et limitrophe de l'encadrement de ces illégalités comme crime de responsabilité fiscale, raison pour laquelle on ne peut qualifier d'absurdes ou d'inopportunes les points de vue de ceux qui reconnaissent la présence de conditions techniques pour l'impeachment, comme de ceux qui les rejettent.

Sur le plan politique, l'existence de motifs qui justifient les deux décisions - celle de l'écarter et celle de maintenir la présidente - est encore plus éloquente. Si, d'un côté, ses actions ont conduit l'économie vers une situation difficile et, du point de vue politique, la gouvernabilité et la stabilité des institutions étaient précaires, notamment en vertu de la participation de membres hiérarchiquement importants de son gouvernement dans des scandales de corruption, d'un autre côté, les Députés et Sénateurs qui ont voté en faveur de son impeachment sont, la plupart d'entre eux, dans des situations encore plus complexes, d'un point de vue éthique, pour ce qui concerne la participation à des scandales de corruption, comme c'est le cas du président de la Chambre des Députés, Eduardo Cunha, qui aussitôt après a perdu son poste pour cause de mensonges liées à la titularité de comptes à l'étranger alimentés par des ressources provenant de pots de vin, et de tant d'autres parlementaires, de nombreux autres partis, pris par les mêmes scandales de corruption qui ont consommé la crédibilité du Parti de Dilma Rousseff. Il s'ajoute à cela le fait que Michel Temer, son Vice-Président, ait assumé la posture d'adhérer à la thèse de l'impeachment, conspirant politiquement peut-être pour faciliter sa finalisation, en dehors du fait d'avoir signé, autant que Dilma, des décrets pour la création de crédits supplémentaires<sup>19</sup>.

De quelque manière que ce soit, le fait que la décision ait été prise par l'organisme compétent pour cela, sous les lumières du texte constitutionnel, avec le contrôle, en ce qui concerne les aspects formels, du Suprême Tribunal Fédéral, et à partir des constatations du Tribunal des Comptes et du Ministère Public des Comptes, nous montre qu'il n'est pas approprié d'affirmer qu'il y a eu un «coup d'État», vu que tout s'est passé dans les termes prévus par le texte constitutionnel.

Les critiques pouvant être dirigées au mode opératoire, même si elles sont légitimes, n'autorisent pas sa comparaison avec une rupture des institutions démocratiques ni avec un manque de respect pur et simple envers la Constitution.

<sup>19</sup> Peut-être à cause de cela, Malcolm Parsons considère que l'impeachment, à la lumière de l'histoire américaine, est "often highly political and ineffectual". Pour lui, il est préférable d'utiliser des instituts tels que la réélection (avec la possibilité que le titulaire ne soit pas réélu), ou le *recall*. Cf. PARSONS, Malcolm. Checking abuse of power: does impeachment work? **National Civil Review**, [s.l.], p. 219-224, jui./août 1986, p. 220 e ss.

## 8. RÉFÉRENCES

ARATO, Andrew. Impeachment or revision of the Constitution? **Constellations**, Massachusetts, v. 6, n.2, 145-156, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948, v. II.

FABRE, Simone Goyard. **O que é Democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRECO, Marco Aurelio. **Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. t. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 17, n. 8.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, Tomo I, 1999.

PARSONS, Malcolm. Checking abuse of power: does impeachment work? **National Civil Review**, [s.l.], p. 219-224, jui./août 1986.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Parecer sobre a acusação de crime de responsabilidade contra Dilma Rousseff**. Disponible dans: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>>. L'accès à: 6 dez 2019.

SILVA, Carol; JENKINS-SMITH, Hank; WATERMAN, Richard. Why Did Clinton Survive the Impeachment Crisis? A Test of Three Explanations. **Presidential Studies Quarterly**, Washington, v. 37, n. 3, p. 468-485, Sep. 2007.





## La educación como derecho social, humano y fundamental: principios y perspectivas de la educación moderna

### *Education as a social, human and fundamental law: principles and perspectives of modern education*

PABLO JIMÉNEZ <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>Centro Universitário Salesiano de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)  
metodologo2001@yahoo.com.br  
<https://orcid.org/0000-0001-9254-9161>

**Recebido/Received:** 20.02.2018 / February 20<sup>th</sup>, 2018  
**Aprovado/Approved:** 16.11.2019 / November 16<sup>th</sup>, 2019

#### Resumen

En el presente artículo se discute el significado del Derecho a la Educación en la sociedad contemporánea. Se define la Educación como un conjunto de actividades (o procesos) que objetivan la formación del ser humano y, fundamentalmente, como un Derecho humano, fundamental y social consagrado en la Constitución Federal Brasileña. Se trata, pues, la problemática que envuelve la concepción tradicional de la Educación y sus limitaciones teóricas y prácticas para la resolución de los problemas sociales, jurídicos y morales presentes en las sociedades contemporáneas.

**Palavras-claves:** educación; derecho social; derecho humano; derecho fundamental; perspectivas.

#### Abstract

*This article discusses the meaning of the right to education in contemporary society. Education is defined as a set of activities (or processes) that aim the formation of the human being and, fundamentally, as a human, fundamental and social right enshrined in the Brazilian Federal Constitution. Therefore, we approach a problem that involves the traditional conception of education and its theoretical and practical limits in the resolution of social, legal and moral problems present in contemporary societies.*

**Keywords:** education; social right; human right; fundamental right; perspectives.

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: JIMÉNEZ, Pablo. La educación como derecho social, humano y fundamental: principios y perspectivas de la educación moderna. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 669-686, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.58017.

\* Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor do Centro Universitário de Volta Redonda - UnifOA. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. E-mail: metodologo2001@yahoo.com.br.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. La educación como ciencia; 3. La educación como proceso; 3.1. Educación formal; 3.2. Educación informal; 4. La educación como derecho; 5. Las razones de la educación; 6. Objetivos de la educación moderna; 7. Principios de la educación moderna; 8. Conclusión; 9. Referencias.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Educación es, frecuentemente, definida como el arte de enseñar o de instruir, esto es, un conjunto de actividades que objetivan el desarrollo de la capacidad física e intelectual del ser humano.

Ciertamente, el concepto “Educación” se ha usado en distintos sentidos, designándose, mayormente, el conjunto de influencias que la naturaleza y el propio hombre ejercen sobre la inteligencia o la voluntad humana o todo lo que hacemos por cuenta propia con el objetivo de aproximarse a la perfección de nuestra naturaleza.<sup>1</sup>

Mas, definir la Educación no es tarea fácil. Para ensayar una definición que se diga oportuna o moderna es preciso considerar todos los sistemas o modelos educacionales conocidos, para luego, derivar, a partir de un estudio comparativo, sus aspectos comunes. Solamente una investigación histórico-comparada nos permitiría llegar a una definición común.

En la Pedagogía moderna, por ejemplo, existe un esfuerzo en correlacionar los conceptos *educar* y *enseñar*, siendo que este último puede corresponderse a la organización de las condiciones exteriores propias al aprendizaje. Ciertamente, esas condiciones deben ser proyectadas de manera gradual, llevándose en cuenta, en cada etapa, las habilidades adquiridas, la necesidad de retención de esas habilidades y la situación estimuladora específica exigida por la etapa siguiente. Consecuentemente, *educar* y *enseñar* son actividades bastante complejas y arduas.<sup>2</sup>

Nótese que *educar*, *enseñar*, *instruir*, *dar clases* “en cualquier nivel” y *adiestrar* son términos usados, con mucha frecuencia, en el mismo sentido, al indicar el proceso de iniciación al conocimiento. Así, el profesor que enseña tiene como objetivo garantizar que cada estudiante, de forma independiente, sea capaz de observar, analizar y pensar críticamente. En esa perspectiva, el profesor, ahora colocado como único gestor, ayuda a localizar nuevas informaciones, a interpretar, a resumir las ideas esenciales de los textos y a vincular los problemas teóricos a los principios, reglas y a los ejemplos de la vida diaria.

<sup>1</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 43.

<sup>2</sup> GAGNÉ, Robert. **Como se realiza a aprendizagem**. Trad. Thereziña Maria Ramos Tovar. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S. A / MEC, p. 22.

Pero, esa no es la definición que estamos procurando. Ella tal vez sea un significado más apropiada para la llamada enseñanza (o educación formal), directa o escolar, donde se pone a la escuela como el lugar principal del aprendizaje. Se trata, pues, de una definición incompleta e inapropiada para lo que, a seguir, iremos a considerar como Educación, aquella que, también, se desarrolla más allá de la instrucción escolar.

Dicho esto, definimos la Educación como un conjunto de acciones esenciales para la edificación del individuo en aras a la convivencia social. Esta es nuestra definición: la Educación consiste en un conjunto de procedimientos, decisiones y acciones que, provenientes de la convivencia familiar, escolar y social, objetivan la edificación de aquel ser humano que la propia sociedad desea.

## 2. LA EDUCACIÓN COMO CIENCIA

La Educación puede ser considerada una “ciencia” constitutiva de un conjunto de teorías, métodos y técnicas que objetivan la edificación del hombre, principalmente de los jóvenes: niños y adolescentes.

Cualquier estudio sobre el carácter científico de la “Educación” ha de considerar sus métodos, objeto y finalidades (objetivos), investigación compleja por existir innumerables pedagogías que tienen como propósito perfeccionar el proceso de enseñanza-aprendizaje en sus diferentes etapas. Es que, si, por un lado, la diversidad de teorías es positiva, por otro las críticas, cuando son posibles, no tienen como objeto el marco teórico-cualitativo (pedagógico), más ciertamente la ausencia de propuestas que orienten la Educación en valores.

De cualquier manera, la noción científicista de la Educación es completamente clara, cuando se piensa en el importante papel que ella desempeña. Ciertamente que la Educación “no se confunde ni con la actividad efectiva del educador, ni mismo con la Pedagogía, que objetiva dirigir esta actividad”<sup>3</sup>. Si *ser* y *conducta* son su objeto, *educar* es su objetivo.

Por otro lado, se confunde, con frecuencia, la “Educación” con la “Pedagogía”. Pero, tales conceptos también deben ser diferenciados. Veamos que, si por un lado la Educación es el conjunto de acciones ejercidas por la familia, la sociedad y la escuela; por otro, la Pedagogía es el conjunto de teorías que explican la mejor forma de concebir y desarrollar la Educación. Concordante o no con las prácticas, las teorías pedagógicas procuran explicar y sistematizar el desarrollo de las acciones educacionales, presentándose, Así, como un conjunto de conocimientos ordenados acerca de esas realidades o prácticas.

<sup>3</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 17.

La Educación, ahora definida como ciencia puede ser considerada como el conocimiento o conjunto de conocimientos desarrollados en esa importante área del saber humano.

### 3. LA EDUCACIÓN COMO PROCESO

La Educación puede ser definida como un proceso por medio del cual las personas son preparadas para la vida en convivencia con otras personas. Es, pues, por medio de la Educación que el ser humano desarrolla sus capacidades morales e intelectuales. Así las personas son orientadas a utilizar bien sus potencialidades en beneficio de todos.

La Educación es un “proceso de reconstrucción y reorganización de la experiencia, por el cual le percibimos más agudamente su sentido, y con eso nos habilitamos a dirigir mejor el curso de nuestras experiencias futuras”<sup>4</sup>. Al ser definida como un proceso la Educación, nos enseña Cunningham, ha de ser encarada a partir de dos puntos de vista, por ejemplo, individual y, también, social.<sup>5</sup>

Como proceso, se nota la Educación como un conjunto de acciones o procedimientos convencionales (planeados) y no convencionales (espontáneos). Como explicaremos, a seguir, la educación convencional o planeada puede ser definida como “formal”. Ya la no convencional o espontánea será denominada como “educación informal”. Obsérvese que tanto la educación formal como la informal influyen decisivamente en la formación de los jóvenes, fomentando el desarrollo del individuo y de la sociedad. Por tanto, no se puede decir que una sea más importante que la otra, pues en realidad ambas pueden sufrir influencias decisivas en la vida de cualquier persona.<sup>6</sup> Veamos.

#### 3.1. Educación formal

Definimos la educación formal, como aquella que se atiene a los métodos y a las fórmulas preestablecidas (convencionales) y que se desarrolla de forma organizada y consciente, donde siempre participa un agente que tiene la intención de *enseñar* y otro que objetiva *aprender*. El ejemplo más claro de ese tipo de educación es la escolar, aquella que se inicia en la escuela como institución y no únicamente en la clase.

Es fundamentalmente la escuela el espacio donde se desarrolla ese proceso de enseñanza-aprendizaje. Este es considerado como un proceso integrado y cualitativo por el cual la persona se torna más bien preparada para nuevos aprendizajes. No se

<sup>4</sup> DEWEY, John. **Vida e Educação**. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978, p. 17.

<sup>5</sup> CUNNINGHAM, Willian Francis. **Introdução à Educação: Problemas fundamentais, finalidades e técnicas**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1975, p.5.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 48.

trata, pues, de un aumento cuantitativo de conocimientos, pero sí de una transformación estructural de la inteligencia y de la edificación moral de la persona.<sup>7</sup>

De hecho, el proceso de la educación formal envuelve diversos factores, entre los cuales se destacan los sujetos activos: el *gestor* (director, funcionario o profesor) y el *educando*. Se trata de un proceso que ha de poner la escuela en primer lugar como Vida y no como preparación para la vida.

De ese modo, el proceso de educación formal recorre esencialmente a la consolidación de la correlación entre la formación integral del pupilo como ser individual y social, lo que exige la integración de la docencia con la actividad de investigación y con la práctica. Sólo con un proceso educativo que sea capaz de garantizar esta integración; es que será posible formar profesionales aptos para confrontar los desafíos de un presente complejo y de un futuro de competitividad a nivel mundial.

Lógicamente, que la educación formal también se vincula a factores que son decisivos para la formación integral de los estudiantes, o sea, factores que acontecen en la vida familiar, en la sociedad y en la práctica diaria. Respetando el principio de la garantía del patrón de calidad de ese tipo de educación, el proceso debe ser desarrollado objetivando la formación de un hombre nuevo, íntegro y creativo.

Así, como principales características de la educación formal podemos apuntar: a) la imparcialidad; b) la independencia e; c) la transparencia. Decimos entonces que la educación formal tiene como base el aprendizaje y el ejemplo. En ese proceso se torna viable el conocimiento y el desarrollo de un pensamiento científico-crítico y moral. Quien aprende, así, irá acumulando cultura, siendo que, el volumen de lo que se enseña sirve de base para la comprensión de nuevas experiencias. Por tanto, los resultados de las acciones desarrolladas en la educación formal no se reducen únicamente a los conocimientos obtenidos por una prueba escrita, pues el proceso es mucho más que eso.

Podemos concluir que la educación formal se torna cada vez más eficiente cuando prioriza: a) el desarrollo de la capacidad (habilidades) científico-crítica; b) el estímulo al trabajo en grupo (cooperación, colaboración, colegimos) e; c) la edificación de una conciencia jurídica y moral, con base en los principios, normas y valores generales de la sociedad.

### 3.2. Educación informal

Definimos la educación informal como aquel proceso no planeado y espontáneo que se desarrolla lejos de la escuela, pero que repercute, de hecho, en la formación del ser humano. Considerarnos que la educación informal se desarrolla en el seno familiar y en el medio social donde los jóvenes conviven.

<sup>7</sup> DÍAZ Bordenave, Juan e Martins Pereira, Adair. **Estratégias do ensino aprendizagem**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, [s.d.], p 25.

En una acepción más alargada, ese tipo de educación también comprende los efectos indirectos producidos en el carácter y en las facultades del hombre por cosas cuyo objetivo puede ser completamente diferente: leyes, formas de gobierno, artes, deporte, propaganda (publicidad), influencias naturales, tales como el clima, el suelo y la posición local<sup>8</sup>, cuya influencia puede ser negativa o positiva.

Cuando la influencia de la educación informal es significativamente negativa, se pone en riesgo todo el proyecto escolar, constituyéndose tal influencia en una fuente de desorientación y desvío de la conducta juvenil y de la anti-conciencia.

Se da como ejemplo negativo el hecho del mercado de consumo estar adaptado a la educación o sea a una “cultura de casino” líquido-moderna, la cual, por su vez, está adaptada a las presiones y seducciones de ese mercado. Las dos se armonizan bien y se alimentan mutuamente. Los mercados de consumo ofrecen productos destinados al pronto consumo, de preferencia de una única vez. Los clientes, confusos delante de la asombrosa variedad de ofertas (propaganda muchas veces abusivas y engañosas) y del ritmo vertiginoso con que ellas cambian, no pueden más confiar en la facilidad de aprender y memorizar; así deben aceptar. Observase, un daño perjudicial al ponerse la educación a merced de los mercados de consumo. Luego, nótese que el problema de los jóvenes está siendo considerado claro y explícitamente una cuestión de adiéstalo para el consumo.<sup>9</sup>

Mas, cuando el proceso de formación y orientación de jóvenes ocurre favorablemente, el propio estudiante valoriza su papel y la posición que poco a poco pasa a ocupar en la sociedad.

De hecho, el joven necesariamente participa de esa convivencia social y en él se nutre de sus valores. En otras palabras, la educación informal conduce y condiciona el desarrollo del individuo y de la sociedad en general. “Se puede conceputar, en este particular, la educación como el proceso de actuación sobre el individuo a fin de llevarlo a un estado de madurez que lo capacite a encontrarse con la realidad de manera consciente, equilibrada y eficiente, y en ella actuar como ciudadano participante y responsable”.<sup>10</sup>

Resumiendo, la Educación ha de ser considerada en dos sentidos: formal e informal. La educación formal se manifiesta por medio del vínculo escuela-alumno, donde prima la voluntad de educar con base en métodos de enseñanza preconcebidos y convencionales. A su vez, la informal ocurre independientemente de ese vínculo, y en ella desempeñan papeles importantes la familia, la comunidad, los medios de

<sup>8</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 43.

<sup>9</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e juventude**: conversas com Ricardo Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 37, 50, 53.

<sup>10</sup> GIUSEPPE Imídeo Nérici. **Metodologia do ensino. Uma introdução**. 4. ed. São Paulo: ATLAS, 1992, p 15.

comunicación de masa, tales como radio, televisión, cine, prensa escrita, y comunidad dónde el propio hombre se desarrolla, etc.

#### 4. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO

La "Educación", desde el punto de vista jurídico, se conceptúa como un Derecho superior y esencial a la convivencia humana. Se trata, pues, de un Derecho venerable de todo ser humano, por ser causa y condición del desarrollo pleno de las capacidades física, intelectual y moral del hombre. Por ese motivo existe la obligación de ser respetada por todos, pues es en esa obligación que reside el propio fundamento jurídico y moral de la Educación.

Es posible considerar la Educación como un "supra Derecho" (o sobre Derecho), pues, por medio de ella, ha de garantizarse la concretización de aquellas acciones moralmente necesarias a la realización de la Ciudadanía. Es, por medio del Derecho a la Educación, que los demás Derechos serán reconocidos y concretizados.

En verdad, la Educación es un Derecho que se deriva del derecho de la personalidad y del principio de la Dignidad humana. Es un derecho fundamental y necesario a la ciudadanía, así previsto art. 205 de la Constitución Federal: un Derecho de todos, y un deber del Estado.<sup>11</sup> Se trata de un Derecho humano (de segunda generación o dimensión), fundamental y social, de orden pública y de interés general, felizmente, consagrado en un conjunto de normas y dispositivos, que, como estudiaremos en el capítulo 4, que forman parte de los ordenamientos jurídicos internacional y nacional: un Derecho humano que, como decimos, condiciona la edificación de la conciencia y la concretización de la Dignidad, del orden y de la justicia social.

Igualmente, el Derecho a la Educación puede ser dicho de premisa y condición de los demás Derechos y garantías fundamentales consagrados en el artículo 5º de la Constitución Federal, dispositivo donde se prescriben: la libertad de pensamiento, conciencia, el acceso a la información, etc. Vemos, igualmente, la Educación como un Derecho social, también, previsto en el artículo 6º de la propia Constitución Federal, prescripción que autoriza a exigir del Estado prestaciones positivas y materiales para la garantía del cumplimiento de ese Derecho.<sup>12</sup>

La Educación, por ser un Derecho humano, fundamental y social ha de ser concebida como un *Derecho de todos y para todos*. Esta es una premisa de la cual partiremos

<sup>11</sup> Art. 205.. La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, tendiendo al pleno desarrollo de la persona, a su **preparación para el ejercicio de la ciudadanía** y a su calificación para el trabajo.

<sup>12</sup> Art. 6º Son derechos sociales la *educación*, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución.

para afirmar la responsabilidad universal, asunto que, también, será objeto de discusión en la presente obra.

Se observa, así, que las tareas de educar es deber de todos: del Estado (de los gobiernos), de la comunidad, de las instituciones públicas y privadas (escuelas, asociaciones, iglesias, sociedad) y, principalmente, de las familias: todos inspirados en el principio de libertad y en los ideales de la solidaridad humana, que tienen por finalidad el pleno desarrollo del educando, su preparación para el ejercicio de la Ciudadanía y su calificación para el trabajo.<sup>13</sup>

En esta perspectiva, el Derecho a la Educación ya está en condiciones de ser considerado e introducido en los contenidos de las disciplinas universitarias como un microsistema de la ciencia jurídica, cuya tendencia es de ser sistematizado e integrado en teorías, principios y normas propias, derecho que objetiva estudiar y tutelar las relaciones jurídicas educacionales establecidas tanto en el contexto escolar, familiar y social.

Resumiendo, la Educación es un Derecho cuyo reconocimiento y concretización es la condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana y para el desarrollo de la civilización.<sup>14</sup> Promover la educación en valores es evitar la neutralidad de las ciencias, es posibilitar la concretización de la humanización social.

## 5. LAS RAZONES DE LA EDUCACIÓN

La Educación tiene un fin social, ella es “socializante”, esto es, *instrumental (o funcional)*: esa es su principal razón práctica.

Al respecto, enseña Émile Durkheim<sup>15</sup>, la Educación es cosa social: Eso quiere decir que ella pone al ser humano en contacto con una determinada sociedad. Diferentemente de cómo algunos filósofos y pedagogos la consideraran, ella no es eminentemente individual. Así, de acuerdo con nuestro autor, la Educación se define como una forma de socialización.

Y aquí se establece una debatida cuestión: al nacer, afirma Émile Durkheim, un niño trae apenas su naturaleza de individuo. Por tanto, al llegar a la vida cada ser humano se presenta para la sociedad en condición de una tabla casi rasa que necesita ser escrita. “Es preciso que, por los medios más rápidos, la sociedad sustituya al ser egoísta y asocial que acaba de nacer por otro capaz de llevar una vida moral y social. Esa es la

<sup>13</sup> Ley 9.394, de 20 de diciembre de 1996 (Nueva Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional), arts. 1- 2.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

<sup>15</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 13. [Para Kant, Mill y Herbart, Spencer, el objetivo de la Educación sería antes de todo realizar en cada individuo los atributos constitutivos de la especie humana en general, elevándolos a su más alto grado de perfección].

obra de la Educación”; pues, “por ser sociales, las características específicas que distinguen al hombre son transmitidas por una vida social: la Educación”.<sup>16</sup>

Ese asunto enciende la discusión acerca de las verdades y de las incertidumbres del innatismo, aquella orientación por medio de la cual se afirman que al nacer ya traemos algún conocimiento, ideas o condición moral innata o si, por el contrario, al nacer estamos lejos de poder comprender lo que es moral, amoral o inmoral. Se trata de una discusión que por su complejidad y extensión no será objeto de estudio en el presente trabajo, mas que será objeto de otras obras relativas a la Filosofía moral y al Derecho.

Así, retornando a lo que nos interesa más aquí, la Educación ha de ser concebida como un instrumento para la edificación del ser humano. Así, ese sentido es concordante con sus características, por ejemplo, *holística, edificadora y transformadora* que, a seguir, pasaremos a estudiar.

a) *Holística*. Pues bien, cuando usamos la categoría “holística” queremos indicar que la Educación debe ser inclusiva y alcanzar a todos. Ella, como ya fue dicho, es de todos y para todos. En ese sentido, tiene como destinatario a todos los ciudadanos.

En este punto, consideramos conveniente discutir la necesidad de introducir una nueva concepción de Educación, teniendo como objetivos esenciales la inserción y realización del hombre en el contexto en que vive, importando la edificación de la conciencia: premisa para la concretización de los Derechos y de la Ciudadanía. Con esa intención es conveniente alertar acerca de la carencia de propuestas que orienten, concretamente, *lo que se debe y como se debe enseñar*.

b) *Edificadora*. La Educación ha de ser edificadora. Ella, más allá de la instrucción ha de edificar al ser humano.

Más allá de la instrucción, esto es, de la mera transmisión de conocimientos, concebimos la Educación como un proceso formativo que ha de objetivar también la preparación del hombre para la vida: una Educación que oriente la convivencia social, direccionando, así, la práctica de las buenas acciones.

c) *Transformadora*. Como consecuencia de la edificación surge su tercera característica y función: la transformación.

Tales son los atributos de la Educación que la humanidad espera. Se puede, con efecto, afirmar que la Educación holística (o inclusiva), primero “edifica” y, luego, “transforma”.

La Educación, ya vimos, desarrolla las capacidades física, intelectual y moral del ser humano objetivando posibilitar la inserción social del hombre en el contexto donde vive. Así ella se convierte en un proceso necesario a la Ciudadanía y a la Dignidad del ser humano, siendo, en ese sentido, un Derecho del educando y un deber de la sociedad.

<sup>16</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 11.

## 6. OBJETIVOS DE LA EDUCACIÓN MODERNA

La Educación, ahora definida como el conjunto de acciones, procedimientos, comportamientos y actitudes ejercidas en la convivencia familiar, escolar y social, tiene como objetivo suscitar y desarrollar en el ser humano, fundamentalmente en los niños y jóvenes, cierto número de estados físicos, intelectuales y morales exigidos tanto por la sociedad política como por el medio específico al cual ellas están destinadas en particular.<sup>17</sup>

Existe un único propósito invariable de la Educación, explica Bauman, es y continuará siendo la preparación de los jóvenes para la vida según las realidades que tendrán que enfrentar. Para estar preparados, ellos precisan de instrucción, esto es, de conocimiento práctico, concreto e inmediatamente aplicable y, para ser práctico, la enseñanza de calidad precisa promover y propagar un proceso de oclusión mental. Pero, ocurre que los jóvenes, actualmente, no están más incluidos en el discurso sobre la promesa de un futuro mejor. Al contrario, ahora son considerados parte de una población dispensable. Se piensa en la juventud y luego se presta atención a ella como un dato, como un mercado a ser modificado, penetrado y explorado, usándose la fuerza educacional de una cultura que comercializa todos los aspectos de la vida de niños y jóvenes. Sirviéndose del internet, de las varias redes sociales, y de las nuevas tecnologías de media, como teléfonos celulares, las instituciones empresariales buscan sumergir a los jóvenes en un mundo de consumo en masa, de manera más amplia y directa que cualquier cosa que podemos haber visto en el pasado.<sup>18</sup>

Surge, así, el siguiente dilema (problema): ¿la Pedagogía moderna (como conjunto de teorías y métodos) debe privilegiar el conocimiento *lógico*, fundado en proposiciones histórico-descriptivas que objetivan diseminar la información (la instrucción)? o ¿la construcción *racional* fundada en proposiciones valorativas y prescriptivas que, procurando lugares comunes, objetiven la edificación de una conciencia social, esto es, la razón del respeto, de la responsabilidad, de la prudencia etc.?

Cualquier respuesta que se diga coherente deberá estar correlacionada a los objetivos de la Educación y al tipo de Pedagogía (modelo) que la dinámica de la vida moderna nos impone: una Pedagogía edificadora o transformadora, pues, ciertamente, la Educación tradicional, aquella que torna predominante la instrucción y que, igualmente, es dominante en la América Latina, se muestra ineficaz para la edificación de la conciencia social.

<sup>17</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 10, 15.

<sup>18</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e juventude**: conversas com Ricardo Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 25, 52.

No es demás, por otro lado, afirmar que el concepto de Educación que únicamente insiste en el proceso de enseñanza-aprendizaje se tornó inútil, incapaz de contribuir para la concretización de la Ciudadanía y de los Derechos, especialmente, de los Derechos humanos y fundamentales que, como decimos, están felizmente consagrados en las constituciones latino-americanas.

Este es uno de los mayores pecados (o insuficiencias) de la Pedagogía moderna, aquella que está más preocupada con la formación de un profesional y no con la formación de un *buen* profesional. Ciertamente, si queremos un buen ciudadano, un buen político, un buen profesor, un buen médico, un buen abogado, etc. la concepción moderna de Educación deberá ser adaptada a las nuevas exigencias ante el aumento de la criminalidad, de la violencia juvenil, de la ilegalidad, de la inmoralidad y de los contravalores que se imponen a la organización social.

Decimos entonces que la Educación tiene como objetivo tornar al ser humano independiente, capaz de observar, analizar y pensar críticamente. Así, la Educación es condición esencial para el desarrollo “socio individual”, esto es, del ser “individual” y del ser “social”. En este sentido, afirma DURKHEIM<sup>19</sup>, la Educación ha de ser concebida así:

Porque en cada uno de nosotros, se puede decir, existen dos seres que, independientemente de que se muestren inseparables – a no ser por abstracción –, no dejan de ser distintos. Uno es compuesto de todos los estados mentales que dicen respecto apenas a nosotros mismos y a los acontecimientos de nuestra vida personal: el yo se podría llamar de ser individual. El otro es un sistema de ideas, sentimientos y hábitos que exprimen en nosotros no la personalidad, pero si el grupo o los grupos diferentes de los cuales formamos parte tales como las creencias religiosas, las creencias y prácticas morales, las tradiciones nacionales o profesionales y las opiniones colectivas de todo tipo. Este conjunto forma el ser social. Constituir este ser en cada uno de nosotros es el objetivo de la Educación.

Resumiendo, la Educación tiene como objetivo principal socializar y posibilitar la inserción del ser humano en el contexto en que vive.

## 7. PRINCIPIOS DE LA EDUCACIÓN MODERNA

Para pensar mejor los principios que han de orientar la Educación moderna precisamos retomar sus objetivos o propósitos, esto es, el *telos*<sup>20</sup>, del cual hablamos en el artículo anterior.

Pues bien, de acuerdo a su teleología la Educación contemporánea (o moderna) ha de ser concebida como instrumento que permite el desarrollo del ser humano.

<sup>19</sup> DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 10-11.

<sup>20</sup> *Télos*, palabra griega que significa propósito, finalidad u objetivo (teleología).

Importa, así, observar que la Educación, como explica Araña<sup>21</sup> no debe ser vista como la simple transmisión de la herencia de los antepasados, mas como aquella por medio de la cual mantienen viva la memoria de un pueblo y da condiciones para su sobrevivencia. Se trata de una instancia mediadora que torna posible la reciprocidad entre individuo y sociedad.

Nos resta todavía tratar del modelo de principios que organizan la Educación moderna, por ejemplo, a) Justicia; b) Integridad e; c) Inclusión.

Como a seguir explicaremos, esos tres principios incluyen aquellos prescritos en el art. 206 de la Constitución Federal brasileña, por ejemplo: a) igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela; b) libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento, el arte y el saber; c) pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, y coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza; d) gratuidad de la enseñanza pública en establecimientos oficiales; e) gestión democrática de la enseñanza pública, en la forma de la ley; f) garantía de patrón de cualidad. Veamos.

#### a) *Justicia*

Al efecto del presente estudio presentamos la justicia como un principio que nos permite vincular la Educación, la moral y el Derecho, por incluir otros importantes sub-principios: Ciudadanía, Dignidad, moralidad, legalidad, convivencia, respeto, etc., y cuya complitud estriba la "igualdad equitativa de oportunidad"<sup>22</sup> por medio de la cual ha de ser realizada una justa y equilibrada distribución del Derecho a la Educación para todas las personas, independientemente de sus planes personales de vida o de sus concepciones de bien.

Si queremos saber si una sociedad es justa, basta preguntar como ella distribuye las cosas que valorizan – renta y riqueza, deberes y derecho, poderes y oportunidades. En el plano educacional, una sociedad justa distribuye esos constructos de manera que posibilita oportunidades a cada individuo. Debemos observar que actualmente, la mayoría de las discusiones sobre justicia se da al respecto de cómo definir y concretizar los derechos de los ciudadanos. En ese sentido, predominan las consideraciones sobre el bienestar y la libertad.<sup>23</sup>

La justicia, en su dimensión socio-educacional ha de ser considerada como el primer principio a ser observado por el Estado, la familia y las instituciones sociales que, efectivamente, organizan la mejor manera de promover una igualdad de oportunidades. Decimos, entonces, que socialmente importa no solamente la igualdad formal,

<sup>21</sup> ARAÑA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996, p. 15 e 76.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003, p. 17-18.

<sup>23</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 20, 28.

pero también la material.<sup>24</sup> No promover esa forma de justicia es negar el desarrollo social (la probidad y la prosperidad).

Así, la justicia, en este contexto, significa “respetar ciertos derechos humanos universales”. Esa concepción de justicia requiere que se corrijan las desventajas sociales y económicas y que den a todos, oportunidades justas de suceso.<sup>25</sup>

Entre las formas principales de justicia conocidas, en el ámbito educacional, importa destacar la justicia conmutativa, la *distributiva* y la *legal*. Así, como enseña Paulo Cesar<sup>26</sup>, la justicia *conmutativa*, envuelve la relación entre los ciudadanos, garantizando a cada uno lo que es suyo, la *distributiva*, se refiere a la relación entre el Estado y el ciudadano, en que se asegura a cada uno lo que le cabe, y la justicia *legal*, que formaliza la relación entre el ciudadano y el Estado, donde se da al Estado lo que a él se debe. Tales formas de justicia se correlacionan dialécticamente en defensa de la Dignidad de la persona humana.

En la esfera educacional, la justicia *conmutativa* no es respetada por la constante agresión a los valores sociales, como medio, por ejemplo, de la publicidad abusiva que, cuando estimulada por el lucro, disemina mentiras y violencia; la *distributiva* no se efectiva por causa de la exclusión social, discriminación, corrupción, abuso de poder y la *legal* por la negación del Derecho a la Educación consagrada en la legislación vigente. En la ética de Aristóteles el concepto “injusto” se aplica tanto a las personas que infringen la ley como a las personas ambiciosas (en el sentido de querer más que aquello a lo que se tienen derecho), de tal forma que obviamente las personas cumplidoras de la ley y las personas correctas serán justas. Lo justo, entonces, es aquello que es de acuerdo a la ley (correcto), y lo injusto es lo ilegal e inicuo.<sup>27</sup>

Por tanto, no basta el reconocimiento formal del Derecho a la Educación, importa también su efectividad: no es con prescripción, mas con conciencia que se llega a la justicia.

Como explica el profesor José Roberto Goldim<sup>28</sup> la justicia es un principio moral, Así, cabría preguntar: ¿quién debe recibir los beneficios que se derivan del Derecho a la

<sup>24</sup> *Igualdad formal*. Se trata del vínculo de igualdad deseado entre individuos y grupos sociales, que es reconocido formalmente en las leyes vigentes, por medio de categorías abstractas, tales como, inclusión, Ciudadanía, Dignidad de la persona humana, etc. *Igualdad material*. Se trata de un vínculo de igualdad a ser establecido entre individuos y grupos sociales, como consecuencia de la implementación de políticas y condiciones concretas, que aseguren a cada ciudadano la plena satisfacción de sus necesidades.

<sup>25</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça* – O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 29.

<sup>26</sup> SILVA, Paulo Cesar da. Os valores fundamentais e o Biodireito. In: RAMPAZZO, Lino; SILVA, Paulo Cesar da (Orgs.). *Pessoa, Justiça Social e Bioética*. Campinas: Alínea, 2009, p. 103.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, c 1985, 1992, p. 91-92.

<sup>28</sup> Principio de Justicia. Disponible en: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acceso en: 21 jul. 2010.

Educación? Esa es la esencia de la justicia: “distribución justa”. Así, hay injusticia cuando el Derecho a la Educación es negado sin una buena razón.

Claramente, género, raza, creencia, nacionalidad, *status* social, etc. no pueden ser usados como criterios para la distribución de los bienes que la sociedad produce, ni para la oferta de oportunidades educacionales.<sup>29</sup> Admitamos, pues, que cuando hablamos en justicia en el ámbito educacional también hablamos en igualdad de proporcionalidad.

Resumiendo, razonamiento sobre justicia es razonar a partir del *telos* o de la naturaleza del bien (Educación) en cuestión. Para concebir un orden (sistema educacional) justo, debemos reflexionar acerca de la naturaleza de la vida buena. No podemos elaborar una Constitución justa hasta no haber concebimos la mejor forma de vivir.<sup>30</sup>

#### *b) Integridad*

La palabra *integridad* es de origen latina (*integritas*), *íntegro*, *completo*, y sugiere la totalidad de los factores que conforman y complementan la Educación.

La Educación íntegra aquí será significada como un tipo de Educación (o proceso) que, independientemente de la instrucción, considera también importante la edificación de la conciencia social: jurídica y moral.

En ese sentido, la Educación integral es aquella que se reproduce no únicamente con base en una concepción limitada o restricta al desarrollo de la capacidad física e intelectual del ser humano, esta es, orientada sólo a la preparación del hombre para la vida, para el éxito profesional.

La Educación integral contempla el pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, en el marco de la coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza compelidas a garantizar una Educación de calidad.

El principio de la integridad supera la idea de la instrucción para tomar de la moral y del Derecho, los indicadores importantes a ser introducidos en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Al respecto de ese principio educacional, estudios históricos revelan su importancia y perspectiva ya indicada en la introducción a la presente obra: “*Educar para no punir*”, orientación de la cual podemos inferir que el proceso de enseñanza-aprendizaje y la Educación en General deben ser orientados con base en los valores morales y en los principios jurídicos que organizan la conducta (el comportamiento) que la sociedad espera.

En conformidad con eso, decimos entonces que las diversas reflexiones acerca de la correlación entre la Educación, moral y el Derecho exige un componente vital que siempre importaron a las tradiciones filosóficas conocidas: China, Grecia, India, Europa medieval y moderna, todas ellas levantaron cuestiones éticas básicas, tales como: ¿Qué

<sup>29</sup> DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 24-25.

<sup>30</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 269.

*conducta debe ser considerada buena? ¿En qué consiste una vida virtuosa? ¿Cuáles son las virtudes del ser humano? ¿Existe un esquema bueno o un esquema unificado de virtudes? ¿Cuáles son los deberes de uno en relación a los otros?* etc. En el mismo sentido, *¿Cómo la Ética y el Derecho pueden contribuir para la Educación?* Esta es una cuestión que, igualmente, preocupa a los educadores, juristas y eticistas. Así, por ejemplo, cuestiones de Ética Profesional: en los negocios, en la medicina, en la abogacía, etc. poseen igualmente papel dominante, con base en la naturaleza de la profesión, en su lugar en la vida social y en la consecuente aplicación de principios éticos generales.<sup>31</sup>

Consideramos, pues, que la conjugación necesaria entre la Educación, la moral y el Derecho nos permite hablar de la Educación Integral como una obligación del Estado, como un Derecho humano necesario a la convivencia.

Actualmente preocupan, por ejemplo, la falta de eficiencia del poder público ante el aumento de la violencia, de la ilegalidad, de la corrupción, etc. Así, se discuten, sin mucho éxito, diversas formas para inhibir el uso indebido del poder público: el desvío de los recursos y de la riqueza nacional, la criminalidad, pensándose únicamente en el aumento de la sanción o en la disminución de la edad penal.

Importa, Así, difundir, por medio de la Educación, lo que es conveniente para la colectividad, a partir de un modelo educacional basado en el carácter racional de los fines, de los valores y de las prescripciones. Se trata, pues, de un modelo compatible con la propia búsqueda razonable del “bien común”, es precisamente por esto que tales ciencias sociales abarcan la conducta de los individuos como miembros de una sociedad.<sup>32</sup>

En ese sentido, la Educación integral es orientadora de nuestras acciones tanto de las personas comunes como de los futuros agentes que dirigirían las instituciones públicas y privadas, una Educación que procura preparar al hombre para la resolución de dilemas jurídicos y morales, generalmente nacidos del confronto de intereses individuales y colectivos, una Educación también universal (común a todos), aplicable a todo, lo que conviene para todos.

Esta es nuestra tesis principal: *El ser humano es un ser libre, mas su libertad encuentra límites en la propia naturaleza y en la convivencia social. Los límites son ateridos por la razón, mas acatados por la consciencia.* Así, la probidad del ser humano depende de la razón y de la conciencia siendo que, las normas sociales: jurídicas y morales entran en juego cuando tales límites no son respetados. Más allá de la crítica existe una cosa sobre la cual podemos llegar a un consenso: la Educación difunde los valores y disemina sus límites y, por tanto, es necesaria para la convivencia.

<sup>31</sup> SKORUPSKI, John. Ética. In: BUNNIN, Nicholas; E.P. Tsui-James (Orgs). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 197-198.

<sup>32</sup> VILLORIA Mendieta, Manuel. **Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa**. Madrid: Tecnos, 2000, p. 18.

Varias son las razones de este segundo principio. Se trata de una orientación que, cuando observada, va a servir para la convivencia humana, esto es, al buen desempeño y a la probidad de los juristas, de los políticos, de los administradores, de los empresarios, etc., pues incide directa e indirectamente en la preparación del ser humano para la comprensión y la resolución de problemas sociales, tales como: a) las violaciones de los Derechos humanos; b) la informalidad y la violencia; c) los conflictos bélicos; d) la exclusión social; e) el desarrollo social; f) la agresión ambiental y, en fin, la desobediencia social.

### *c) Inclusión*

La Educación, ya explicamos, es un proceso de todos y para todos, esto es, un Derecho del hombre. Hablamos de aquella Educación que ha de alcanzar a todos los ciudadanos, pues se proyecta para todos los individuos, para todo ser humano.

Hablamos ahora de una Educación que llega para incluir a todos en la senda del desarrollo social y humano. La Educación no inclusiva contribuye para el aumento de las desigualdades y de la injusticia, problemas que indican la disminución de la dimensión humana y que también es objeto de nuestro interés científico.

## 8. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que la Educación, a partir de sus dos niveles o dimensiones. El primero, aquel que se refiere a la Educación escolar, donde se desarrolla un proceso educacional preconcebido y organizado y, el segundo, el que se refiere a las políticas educacionales que incluye las instituciones públicas, privadas y la comunidad en General (familia, sociedad y Estado). Mas, en este trabajo importa discutir como la escuela puede vivenciar y traducirse en acciones (en prácticas) un proyecto que permita internalizar los valores con el objetivo de edificar la conciencia social, o sea, demostrar como las políticas educacionales de un país o de un gobierno contribuye para la realización de esos valores.<sup>33</sup> Debido a la importancia de los principios, a seguir, discutiremos sus significados.

Hemos de observar que el principio de la inclusión envuelve la gratuidad de la educación (enseñanza) pública en establecimientos oficiales y su gestión democrática conforme a la ley. Por esa razón, es necesario dar una oportunidad a aquellos jóvenes que no pueden disfrutar de tales condiciones y que precisan de orientación para la formación y desarrollo de sus habilidades y talento.

La Educación no inclusiva es de hecho, la causa del aumento de la violencia, de la ilegalidad, de la inmoralidad, de la corrupción. Por causa de ella, la democracia y la ciudadanía pierden sus razones al ser quebrados los criterios en los cuales se basa su

<sup>33</sup> GOMES, Cândido Alberto. **Dos Valores Proclamados aos Valores Vividos**. Brasília: UNESCO, 2001, p. 101.

funcionamiento, dificultándose la comprensión de las políticas existentes, de sus alternativas y consecuencias posibles.

Así, “facilitar el acceso a la Educación, a estudiar y a profesionalizarse son desafíos de la educación moderna, en el sentido de superar las condiciones precarias de la enseñanza, la desigualdad en la distribución de oportunidades, formación insuficiente, bajos salarios, falta de recursos y la no determinación de las prioridades nacionales”<sup>34</sup>

Los desafíos que, los procesos educativos, imprime a la dinámica de la vida moderna alertan acerca de la necesidad de repensar los conceptos de la Educación tradicional e idealizar una Educación que permita la realización de la Ciudadanía. Pasaremos, así, en la presente sección, a considerar que la no efectución de la Educación inclusiva puede incidir en la no concretización de los Derechos Humanos y Fundamentales y, consecuentemente, en la no realización de la ciudadanía en los contextos socio-económicos y jurídicos contemporáneos.

En suma, la función de los principios, así concebidos, es la de contribuir para un modelo crítico que permita juzgar el sistema educacional de una sociedad de cara a la adecuada concretización del derecho a la educación, aquí concebido como el “bien primario” de los individuos que conviven y cooperan en una sociedad democrática.<sup>35</sup> La utilidad de los principios propuestos gira en torno de tres objetivos: aumentar el bienestar, respetar la dignidad y promover la conciencia.

## 9. REFERENCIAS

- ARAÑA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, c 1985, 1992.
- BARBAROSCH, Eduardo. **Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea**. Buenos Aires: La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Departamento de Publicación, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e juventude: conversas com Ricardo Mazzeo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CUNNINGHAM, William Francis. **Introdução à Educação: Problemas fundamentais, finalidades e técnicas**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1975.
- DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

<sup>34</sup> SEVERINO, António Joaquim. **Filosofia da Educação: construindo a Cidadania**. São Paulo: FTD, 1994. (Apresentação)

<sup>35</sup> BARBAROSCH, Eduardo. **Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea**. Buenos Aires: La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Departamento de Publicación, 2011, p 12-13.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.
- DEWEY, John. **Vida e Educação**. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.
- DÍAZ Bordenave, Juan e Martins Pereira, Adair. **Estratégias do ensino aprendizagem**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, [s.d.].
- DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Trad. de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- GAGNÉ, Robert. **Como se realiza a aprendizagem**. Trad. Thereziña Maria Ramos Tovar. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S. A / MEC. [s.d]
- GIUSEPPE Imídeo Nérici. **Metodologia do ensino. Uma introdução**. 4. ed. São Paulo: ATLAS, 1992.
- GOMES, Cândido Alberto. **Dos Valores Proclamados aos Valores Vividos**. Brasília: UNESCO, 2001.
- OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003.
- SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SEVERINO, António Joaquim. **Filosofia da Educação: construindo a Cidadania**. São Paulo: FTD, 1994.
- SILVA, Paulo Cesar da. Os valores fundamentais e o Biodireito. In: RAMPAZZO, Lino; SILVA, Paulo Cesar da (Orgs.). **Pessoa, Justiça Social e Bioética**. Campinas: Alínea, 2009.
- SKORUPSKI, John. Ética. In: BUNNIN, Nicholas; E.P. Tsui-James (Orgs.). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002.
- VILLORIA Mendieta, Manuel. **Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa**. Madrid: Tecnos, 2000, p. 18.



## La tutela jurisdiccional efectiva con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios: experiencia comparada entre Chile y Brasil frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

### *The effective jurisdictional protection with relation to the right to be judged within a reasonable time in tax proceedings: comparative experience between Chile and Brazil in regarding the American Convention on Human Rights*

ANTONIO FAÚNDEZ-UGALDE <sup>1\*</sup>

<sup>1</sup> Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

antonio.fandez@pucv.cl

<https://orcid.org/0000-0002-1293-1270>

**Recibido/Received:** 11.01.2019/ January 11<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 25.11.2019/ November 25<sup>th</sup>, 2019

#### Resumen:

El presente artículo aborda el problema de la colisión de derechos fundamentales con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios, postulando, como mecanismo de solución, la posibilidad de que el juez prescinda de la ley inconstitucional y sea leal a la Constitución y al derecho internacional en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el trabajo comenzará con el análisis de mecanismos efectivos de tutela, como derecho fundamental en sí mismo, y su relación con el derecho tributario material en procedimientos tributarios. Luego, se estudiarán casos de colisión normativa con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, para finalizar con propuestas de mecanismos de

#### Abstract:

*This article addresses the problem of the collision of fundamental rights in relation to the right to be tried within a reasonable time in tax proceedings, postulating, as a mechanism of solution, the possibility that the judge disregards the unconstitutional law and is loyal to the Constitution and international law in the application of the American Convention on Human Rights. Thus, the study will begin with the analysis of effective guardianship mechanisms, as a fundamental right in itself, and its relationship with the tax law material in tax procedures. Then, cases of normative collision will be studied in relation to the right to be judged within a reasonable period of time, to end with proposals for mechanisms of solution, considering the praxis in relevant judgments of Chilean courts. The methodology to be*

Como citar esse artigo/How to cite this article: FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio. La tutela jurisdiccional efectiva con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios: experiencia comparada entre Chile y Brasil frente a la Convención Americana de Derechos Humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 687-702, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.64284.

\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile). E-mail: antonio.fandez@pucv.cl.

solución, considerando la praxis en sentencias relevantes de tribunales chilenos. La metodología que se seguirá en esta investigación es aquella propia de las ciencias jurídicas, que se traduce en el estudio de la norma jurídica tributaria y sus fundamentos ideológicos, considerando, asimismo, las tres dimensiones de la dogmática jurídica propuesta por Alexy.

*followed in this research is that of the legal sciences, which translates into the study of the tax legal norm and its ideological foundations, also considering the three dimensions of legal dogma proposed by Alexy.*

**Palabras claves:** tutela jurisdiccional; colisión de derechos; derecho tributario; derechos fundamentales; Chile.

**Keywords:** jurisdictional protection; collision of rights; tax law; fundamental rights; Chile.

## SUMARIO

1. Introducción; 2. Tutela jurisdiccional efectiva y derecho material; 3. Colisión normativa frente al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; 4. Mecanismos de solución frente a la colisión normativa; 5. Tres sentencias; 6. Conclusiones; 7. Referencias.

### 1. INTRODUCCIÓN

La intervención jurisdiccional debe ser ejercida a través de un proceso que ofrezca un mínimo de garantías para las partes, situación que reviste importancia frente a la función del juez en la aplicación de las normas. Así, en todo proceso, la tutela jurisdiccional se presenta como el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas<sup>1</sup>. Por su parte, De Oliveira<sup>2</sup> define tutela jurisdiccional como el resultado de la actividad desarrollada por los órganos del Estado que ejercen la jurisdicción o que están autorizados para ello, con miras a la protección del patrimonio jurídico.

Sin embargo, reconocer el derecho a una tutela jurisdiccional no es suficiente sino se encamina a su efectividad en su aplicación. Así, Marononi<sup>3</sup> sostiene que la efectividad de la tutela jurisdiccional radica en que debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva. Es por esta razón que la tutela jurisdiccional efectiva en todo procedimiento tributario no limita su contenido en el derecho a acceder a un tribunal de justicia, sino que involucra, asimismo, el reconocimiento de garantías que impliquen un trato igualitario entre las partes del proceso, sea en virtud del derecho a presentar o debatir un acto de la autoridad fiscalizadora, sea el derecho de las partes de rendir prueba para acreditar sus pretensiones, o bien, garantizar el pronunciamiento del juez tributario dentro de un plazo razonable, como también, el derecho a obtener el cumplimiento de la sentencia o el restablecimiento del imperio del

<sup>1</sup> GONZÁLEZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Civitas, 1984. p. 29.

<sup>2</sup> DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. pp. 176-177.

<sup>3</sup> MARONONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 220.

derecho<sup>4</sup>. De Oliveira<sup>5</sup> indica que hay tutela incluso cuando se desestima lo pedido, ya que, en este caso, quedará protegida la posición sustancial del demandado. No obstante lo anterior, desde ya se hace presente, que la tutela jurisdiccional no queda radicada solamente en los derechos fundamentales, sino que, además, comprende la protección de derechos que no tienen un asidero constitucional<sup>6</sup>.

Ahora bien, dentro de las distintas formas de tutela jurisdiccional<sup>7</sup>, esta investigación tendrá como principal foco de estudio: el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, derecho fundamental consagrado en el n° 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>8</sup>. Si bien, “la más básica forma de tutela de los derechos está constituida por la propia norma del derecho material”<sup>9</sup>, nos hacemos partícipe de los que postulan que la protección de los derechos no puede quedar limitada a normas de derecho tributario material, sino que el proceso también constituye un mecanismo efectivo de tutela<sup>10</sup>. Por lo tanto, si bien el proceso es autónomo en relación

<sup>4</sup> Vallespín indica que “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE [Constitución española de 1978] no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia”, agrega que se “[e]xige también que el ‘fallo se cumpla’ y que el recurrente sea puesto en su derecho y compensado” (VALLESPÍN, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**. Barcelona: Atelier, 2002. pp. 142-143). González precisa que como norma general las violaciones del derecho a la tutela jurisdiccional se producirán en un proceso y procederán de un órgano jurisdiccional (GONZÁLEZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Civitas, 1984. p. 146).

<sup>5</sup> DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. p. 177.

<sup>6</sup> En este sentido se puede citar: MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 279. Aldunate plantea la problemática en la protección de derechos que carecen del reconocimiento constitucional, los que deberían quedar vinculados al reconocimiento que un juez pueda realizar considerando la ley o vías procesales reguladas por la ley (ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 205)

<sup>7</sup> El autor De Oliveira clasifica la tutela jurisdiccional en: (i) tutela declarativa: aquella que tiene por finalidad certificar la existencia de determinada relación jurídica, otorgándole certeza; (ii) tutela condenatoria: aquella que tiene por finalidad satisfacer la obligación de pagar; (iii) tutela constitutiva: tiene por finalidad satisfacer los derechos potestativos; y, (iv) tutela ejecutiva *lato sensu*: tiene por finalidad satisfacer obligaciones de dar y los deberes de constituir (DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. p. 218).

<sup>8</sup> Si bien partimos de la base de que los textos Constitucionales de cada Estado deben ser complementados con lo dispuesto en los tratados internacionales, asumimos que no es un tema pacífico. En tal sentido, nuestro trabajo no se hará cargo de dicha discusión doctrinaria sobre la jerarquía de los tratados sobre Derechos Humanos en el derecho interno, lo que podría exceder de los límites que se proponen. Un mayor análisis sobre este punto se puede consultar: HENRÍQUEZ, Miriam. Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989 – 2010). **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 2, pp. 745-762. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200022>.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 174.

<sup>10</sup> En este mismo sentido: VALLESPÍN, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**. Barcelona: Atelier, 2002. p. 142; MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 278; DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. p. 176; DE OLIVEIRA, Carlos. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales**. **Revista de Derecho**, Valdivia, vol. 22, n. 1, pp. 185-201. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100009>.

al derecho tributario material, no significa que él pueda ser neutro o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial.

Es precisamente en este punto en que radica el planteamiento del problema relativo a determinar, en un procedimiento tributario, si se presenta en forma permanente una tensión entre el derecho tributario material y la tutela jurisdiccional efectiva, con relación a la razonabilidad del plazo para ser juzgado. Si bien existe un complemento constante entre el derecho tributario material y la tutela jurisdiccional efectiva, resulta necesario establecer cuál es la esfera de uno y otro para la adecuada aplicación de las normas, especialmente cuando existe antinomia de derechos fundamentales<sup>11</sup>, caso en el cual el juez debe optar por el mejor mecanismo de solución que resguarde en forma preferente los derechos de todas las partes del proceso.

En el siguiente apartado se analizarán los mecanismos efectivos de tutela, como derecho fundamental en sí mismo, y su relación con el derecho tributario material en procedimientos tributarios, para luego dar paso a casos de colisión normativa con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Finalizaremos el estudio con propuestas de mecanismos de solución, considerando la *praxis* en sentencias relevantes de tribunales chilenos. La metodología que se seguirá en esta investigación es aquella propia de las ciencias jurídicas, que se traduce en el estudio de la norma jurídica tributaria y sus fundamentos ideológicos, considerando, asimismo, las tres dimensiones de la dogmática jurídica propuesta por Alexy<sup>12</sup>, esto es: la analítica, la empírica y la normativa. La analítica trata de las consideraciones sistemáticos-conceptuales sobre el derecho válido, que van desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros) y por el estudio de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales), hasta la cuestión de la fundamentación (por ejemplo, de la ponderación). La dogmática jurídica empírica tiene un doble significado: primero, el conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, de la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica. Este aspecto de la dimensión empírica alude al conocimiento de los elementos de hecho a ser involucrados, en el sistema de fuentes, como jurídicamente relevantes. Finalmente, la dimensión normativa trata de la orientación y crítica de la *praxis* jurídica, sobre todo de la *praxis* de la jurisprudencia

<sup>11</sup> Se habla de antinomia o colisión de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. El efecto jurídico es que el resultado adjudicado a uno va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 269).

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. España: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. pp. 29 -34.

judicial; tanto para cerrar las lagunas del material dado autoritativamente, como para abordar el problema de la fundamentación aportada por los tribunales como sustento de sus decisiones.

## 2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DERECHO MATERIAL

Es aceptación generalizada que la protección de los derechos no puede quedar limitada a normas de derecho material, sino que el efectivo mecanismo de tutela se produce por la complementación con un proceso que ofrezca garantías mínimas para las partes<sup>13</sup>.

A mediados del siglo XX, cuando empezó de forma sistemática el estudio de las relaciones entre el proceso y las normas constitucionales, poco se hablaba de la garantía de efectividad. Sin embargo, en estos días, la tutela jurisdiccional, constituyendo en sí misma un derecho fundamental, incide en la efectiva protección de los derechos de las partes en el proceso<sup>14</sup>.

En opinión de Marinoni<sup>15</sup>, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba el derecho a la técnica procesal adecuada; el derecho de participar a través del procedimiento adecuado; y, el derecho a la respuesta del juez. Agrega el mismo autor que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene relación, en primer lugar, con la posibilidad de participar y por eso presupone un derecho de participación.

Distintos autores se han manifestado sobre a la relación entre el derecho material y la tutela jurisdiccional, cuya complementación no les resulta indiferente. Marinoni<sup>16</sup> indica que el deber de protección requiere, es cierto, reglas de derecho material; el mismo autor sostiene que no hay duda de que el derecho de acción garantiza la tutela jurisdiccional efectiva<sup>17</sup>; de tal forma el derecho de acción, para ser comprendido, debe estar relacionado con las formas de protección jurisdiccional del derecho material<sup>18</sup>. Por su parte, Chiovenda<sup>19</sup> expresa que se ve una clara separación entre el derecho, como una

<sup>13</sup> En este sentido: VALLESPÍN, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**. Barcelona: Atelier, 2002. pp. 142-143; MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 278; DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. p. 176.

<sup>14</sup> FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio. Tutela jurisdiccional efectiva y derecho tributario: ¿Una tensión permanente en el procedimiento de reclamación por vulneración de derechos?. **Revista de Estudios Tributarios**, n. 5, pp. 207-224. 2011. DOI: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/view/41137/42676>.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. pp. 227-228.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 278.

<sup>17</sup> En el mismo sentido: PÉREZ, Álvaro; SILVA, Oscar. El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente. **Revista Ius Et Praxis**, Talca, vol. 15, n. 2, pp. 79-115. 2009. Disponible: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/180/173>.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz. **Teoría geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 227.

<sup>19</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene. 1960. p. 139.

expectativa de un bien, y el proceso, como un medio para conseguirlo, independiente de la voluntad del adversario. De Oliveira<sup>20</sup> indica que para la adecuación de la tutela jurisdiccional para la superación de la crisis sufrida por el derecho material, debe tener la aptitud de realizar la eficacia prometida por el derecho material, con la mayor efectividad y seguridad posibles. Por su parte, Proto<sup>21</sup> manifiesta que con la elaboración en el siglo XIX y en los primeros años del siglo pasado del derecho de acción, permitió reconciliar, de forma automática y necesaria, el derecho material (todos los derechos materiales) y la tutela jurisdiccional civil, colaborando así para la superación de los límites intrínsecos de la tipicidad de las acciones del derecho romano clásico.

En resumen, los autores coinciden en que la complementación entre el derecho material y el proceso resulta indispensable para una tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, cabe precisar, que la tutela jurisdiccional siempre estará presente, más no la tutela del derecho propiamente tal, el cual se manifestará en la medida de que la técnica procesal reconozca el derecho material, esto es, cuando la sentencia de lugar al derecho pretendido en la demanda<sup>22</sup>. Marinoni<sup>23</sup> señala que comprendida la necesidad de tutela de los derechos a través del proceso jurisdiccional, es correcto pensar que el juez y el legislador, al velar por la técnica procesal adecuada a la efectividad de la prestación jurisdiccional, prestan protección a los derechos y, en consecuencia, al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, los cuales, si no fuesen de esta manera, de nada valdrían.

Habiendo revelado la imperiosa necesidad de complementación entre el proceso y el derecho material, no se desconoce la posibilidad de una tensión permanente entre la tutela jurisdiccional y el derecho tributario material al momento de otorgar una protección efectiva de los derechos. Cabe recordar que la tutela jurisdiccional, en sí misma, constituye un derecho fundamental, y en tal sentido, éste puede entrar en conflicto con el derecho tributario material, lo que se analizará en los próximos planteamientos.

### 3. COLISIÓN NORMATIVA FRENTE AL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

La circunstancia de que la tutela jurisdiccional efectiva constituya en sí misma un derecho fundamental, surge la posibilidad de que exista una constante tensión con las normas de derecho tributario material. Así, la complementación entre el proceso y el derecho tributario material resulta esencial para una tutela efectiva; sin embargo, es

<sup>20</sup> DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008. p. 221.

<sup>21</sup> PROTO, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene. 2006. p. 51.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. pp. 174-175.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. pp. 231-232.

menester establecer qué ponderación se le asignará a cada uno de ellos para una adecuada aplicación de las normas por parte del juez, quien debe elegir el mejor mecanismo de solución en resguardo de los derechos pretendidos por las partes<sup>24</sup>. En atención a lo anterior, esta problemática se puede presentar –como se verá más adelante– en el caso en que el juicio tributario se prolongue por un tiempo que no resulta razonable frente a los plazos establecidos en cada una de las etapas del proceso.

En el caso de Chile, la fuente legal de la tutela jurisdiccional se encuentra radicada en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República, constituyendo, en sí misma, un derecho fundamental que incide principalmente en su efectiva protección en un proceso civil. Sin embargo, en una primera aproximación considerando la literalidad del texto, se podría sostener que el artículo 19 n° 3 inciso quinto se encuentra ligado a la idea de argumentación, pero no a la efectividad, generando un grado de incertidumbre frente al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En el caso de Brasil, si se revisa el n° 54 del artículo 5 de la Constitución Política del año 1988, se garantiza a los litigantes de un procedimiento judicial o administrativo, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma, sin embargo, dicha disposición no precisó si en el ejercicio de la defensa tendría relevancia la duración del proceso.

La falta de regulación en el derecho interno sobre la razonabilidad del plazo para ser juzgado, no inhibe la aplicación de aquellas normas que derivan del derecho internacional, incorporadas a través de convenios o tratados, debidamente ratificados por los Estados, destinadas a establecer límites para la duración de un juicio. Así, la mayoría de los países de la región tienen en común el respeto de los tratados internacionales ratificados por ambos países. En el caso de Brasil, el párrafo 2° de la Constitución indica que “*2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Asimismo, el párrafo 3° del artículo 5 indica que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se aprueban en cada Cámara del Congreso Nacional en dos rondas, por tres quintos de los votos de los miembros respectivos, siendo equivalentes a las enmiendas constitucionales, es decir, tienen estatuto constitucional<sup>25</sup>, lo que también ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Suprema Corte brasileña<sup>26</sup>. Por lo demás, la Corte Interamericana

<sup>24</sup> FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio. Tutela jurisdiccional efectiva y derecho tributario: ¿Una tensión permanente en el procedimiento de reclamación por vulneración de derechos?. **Revista de Estudios Tributarios**, n. 5, pp. 207-224. 2011. DOI: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/view/41137/42676>.

<sup>25</sup> ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Leticia. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 5, n. 2, pp. 35-56. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57577.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130.

de Derechos Humanos ha reconocido la posibilidad del control convencional de las normas de los países que violan las convenciones regionales<sup>27</sup>.

En Chile, una norma similar se encuentra en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Dichas disposiciones dejan de manifiesto la obligatoriedad en el respeto de los convenios internacionales ratificados por los países, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ratificada por Chile el 8 de octubre de 1990 y el 7 de septiembre de 1992, por Brasil. En tal caso, la Convención, en sí misma, constituye una contribución a la dogmática del derecho a la tutela judicial desde el momento que incorpora derechos y garantías procesales no directamente reconocidos en la Carta Fundamental de un país, y aporta nuevas perspectivas de interpretación de derechos y garantías sí reconocidos por el derecho interno<sup>28</sup>.

La referida CADH declara en el n° 1 del artículo 8 que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Por lo tanto, aplicar un criterio conforme a la razonabilidad del plazo para ser juzgado, puede encontrar sustento en lo establecido en el n° 1 del artículo 8 de la CADH, por

<sup>27</sup> ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Leticia. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 5, n. 2, pp. 35-56. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57577; CONTESE, Jorge. The International Authority if the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, vol. 22, n. 9, pp.1168-1191. 2018. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3078268>; OSWALDO, Ruiz-Chiriboga. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American and European Human Rights Journal**, vol. 3, n. 1-2, p. 200. 2010. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1929887>; DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the conventionality control by the inter-american court of human rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94. 2015. Disponible en: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2015-An-Inter-American-Constitutional-Court-The-Invention-of-the-Conventionality-Control-by-the/download>; SAGÚES, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade- m) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128. 2017. DOI: 10.5380/rinc. v4i1.48212.

<sup>28</sup> PALOMO, Diego. Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petrucci. **Revista Ius Et Praxis**, Talca, vol. 8, n. 2, 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200009>.

remisión que hacen los artículos 5 n° 54 de la Constitución Política de Brasil y el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República de Chile. Sin embargo, el problema se presenta en los casos en que el derecho para ser juzgado dentro de un plazo razonable reconocido en la CADH, entra en colisión con una norma interna de derecho material, como sería el caso de la autoridad administrativa que decide ejercer su acción de fiscalización dentro de un plazo que su derecho interno lo ampara, pero excede la razonabilidad de declara la CADH. En otras palabras, el plazo que otorga el derecho interno para el ejercicio de la acción fiscalizadora en la determinación de diferencias impositivas, podría ser considerado como no razonable si se suma todo el plazo que puede transcurrir, en sede jurisdiccional, frente a la impugnación del acto administrativo.

Para resolver la interrogante anterior, se debe hacer presente que el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional debe atender al derecho material. Siendo así, es dable concluir que el derecho a la efectividad debe estar ligado a técnicas procesales capaces de dar respuestas adecuadas a las necesidades que de él provienen. Sin embargo, en este caudal de técnicas procesales el juez encontrará dificultades en la aplicación del derecho en los casos en que se presenten antinomias de normas, caso en el cual, los mecanismos de solución no pueden obviar la efectiva tutela jurisdiccional. Se insiste en que la tutela jurisdiccional constituye, en sí misma, un derecho fundamental que incide principalmente en su efectiva protección en un proceso. Es por esta razón que en la esfera de aplicación de las normas entre el derecho material y la efectiva tutela jurisdiccional, existirá una tensión permanente, en donde el juez deberá valorar entre los distintos mecanismos procesales, cuál resultará más efectivo en el otorgamiento de la tutela de los derechos que las partes del proceso han invocado. Marinoni<sup>29</sup> indica que el proceso, frente a determinada construcción legal, puede no constituir una técnica capaz de responder efectivamente al derecho material; esta tensión de las normas puede ocurrir, por ejemplo, entre el trámite de admisibilidad de una acción –como técnica procesal– y la falta de fundamentos de la misma.

#### 4. MECANISMOS DE SOLUCIÓN FRENTE A LA COLISIÓN NORMATIVA

Como primer alcance en la búsqueda de una solución al problema, lo esencial es que las técnicas procesales de alguna forma deberán siempre adaptarse a las diferentes pretensiones de tutela de las partes del proceso vinculadas con el derecho material en cuestión, lo que permitirá la efectividad del proceso y, consecuentemente, su concordancia con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Así por ejemplo, si la acción del contribuyente en contra de un acto de la autoridad fiscalizadora es

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007. p. 177.

presentada fuera del plazo legal para hacerlo, la técnica procesal consistirá en la declaración de inadmisibilidad del reclamo como forma de establecer una tutela jurisdiccional efectiva respecto de la pretensión del órgano fiscalizador. La misma tensión de normas se presentará si la acción no es presentada cumpliendo las formalidades que establece la ley.

Sin perjuicio de que la tutela jurisdiccional abarca todo tipo de derechos, la tensión entre las normas revestirá mayor importancia cuando el derecho fundamental objeto del reclamo colisiona con la tutela jurisdiccional efectiva considerada, también, como un derecho fundamental. Esta situación debe ser apreciada por el juez caso a caso considerando los derechos fundamentales en pugna.

Aldunate<sup>30</sup> sintetiza distintas posiciones que buscan un mecanismo de solución a la colisión de normas: una primera solución se enmarca en la idea de establecer un orden de prelación o jerarquía determinable en abstracto, entre los diferentes derechos, idea que ha sido asimilada a la doctrina de los preferred rights de origen norteamericano. Se identifica en esta categoría el argumento de preferencia que debe dársele a aquellos derechos fundamentales que no sean renunciables para su titular (en especial, por estar asegurados en resguardo de la dignidad personal); a aquellos que posibilitan la realización de otros que devienen en posteriores, y por tanto, menos importantes que los primeros; a aquellos que cuentan con un positivo índice de garantía, reconocible a partir de la garantía otorgada vía acciones que ampara la Constitución; a aquellos cuya pérdida o supresión impacte en el ámbito institucional de modo más relevante; a aquellos derechos denominados “fines” en relación a los derechos “medios” para lograr esos fines y, por último, la preferencia que debe darse a aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana. Se ubican en esta postura a los autores Ruiz-Tagle y Cea Egaña.

Otra postura radica en la idea de ponderación de derechos en el caso concreto (balancing test) posición que implica que serán las circunstancias del caso las que aportarán los elementos determinantes de la preferencia que deba darse a un derecho por sobre otro, pero sólo en ese caso. La posibilidad de resolver la colisión de derechos por la vía de la ponderación se encuentra íntimamente vinculada a una concepción de derechos como principios, y es propuesta por Alexy con referencias al pensamiento de Dworkin. Alexy<sup>31</sup> expresa que en las circunstancias específicas de la hipótesis, es posible establecer entre los principios una relación de precedencia condicionada, con precisa indicación de las condiciones para que un precepto preceda a otro. Puede ocurrir,

<sup>30</sup> ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008. pp. 269 a 280; ALDUNATE, Eduardo. La colisión de derechos fundamentales. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 11, pp. 69-78. 2005. DOI: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17052>.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. España: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. pp. 90 y 91.

por eso, que, en otras condiciones, la precedencia se invierta. Agrega el mismo autor que el conflicto entre derechos fundamentales debería ser solucionado a través de un mecanismo de ponderación de los intereses opuestos. Explica este autor que en esta ponderación, de lo que se trata es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto; de esta forma, si la ponderación da como resultado que los intereses del reclamante, que se oponen a la intervención, tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental.

La tercera postura que sintetiza Aldunate es la idea de la armonización, concordancia práctica o del equilibrio adecuado. Para esta postura no se busca encontrar el criterio que permita a un derecho primar sobre otro, ni aún en el caso concreto, sino que debe buscarse una solución que permita lograr un óptimo de protección para los derechos que se enfrentan. Explica Aldunate que esta idea de armonización o concordancia práctica puede ser considerada, en sus efectos, una variante de la ponderación a la que se le suma el elemento teológico de buscar la óptima protección de los derechos en conflicto.

Finalmente, Aldunate considera y critica las diversas soluciones propuestas, planteando las siguientes hipótesis: la tesis de que no hay una solución general, sino que la Constitución distingue entre diversos derechos, de manera que las colisiones deben solucionarse de manera diversa según los derechos alegados; y, por otra parte, la tesis de que el uso constitucional de expresiones como ejercicio legítimo y restablecimiento del imperio del derecho implican que a nivel constitucional no existen criterios que permitan resolver las colisiones de derechos, sino que hay una remisión a las normas de nivel subconstitucional, en las que los jueces deberían hallar los criterios de solución so pena de verse abocados a crear derecho, para lo que no están autorizados.

Aldunate<sup>32</sup> se plantea la pregunta: ¿qué sucede cuando la antinomia se presenta entre el derecho fundamental de la tutela jurisdiccional efectiva y una norma inconstitucional? Al respecto, aborda dos hipótesis de solución: o bien, aceptar la posibilidad de que el juez prescinda de la ley inconstitucional y sea leal a la Constitución, o bien, mientras no exista un tribunal competente que declare la inconstitucionalidad de una ley, el juez se obliga a aplicar las leyes inconstitucionales.

Considerando las hipótesis anteriores, surge la siguiente inquietud: ¿frente a la colisión de una norma de derecho tributario material con un derecho fundamental, mientras no se declare la inconstitucionalidad de la primera, implica atentar contra la tutela jurisdiccional efectiva? Siguiendo a Aldunate<sup>33</sup>, si existe un tribunal con com-

<sup>32</sup> ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 203.

<sup>33</sup> ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008. pp. 203 y 204.

petencia para declarar inconstitucional un precepto legal a un caso en concreto, no soluciona la antinomia normativa, sino que dicha declaración tiene por finalidad impedir la. En este sentido, un juez perfectamente puede resolver dicha colisión, quedando la posibilidad que la referida aplicación de las normas sea revisada por los tribunales superiores. Por lo tanto, el pronunciamiento oportuno del juez de la instancia sobre la antinomia de normas, implica la protección efectiva de la tutela jurisdiccional.

## 5. TRES SENTENCIAS

El problema de colisión de derechos fundamentales con normas de derecho tributario material ha sido un tema discutido en la jurisprudencia chilena de los últimos años. En el caso *“Industrial Molina Limitada con Servicio de Impuestos Internos”*<sup>34</sup> dio paso a una de las primeras sentencias en establecer la primacía de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH por sobre normas de derecho material en el ámbito tributario. El conflicto se posicionaba en la prescripción de la acción de cobro de la autoridad fiscalizadora, en atención a que había transcurrido más de 6 años desde la presentación de la acción del contribuyente y la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia. La sentencia declaró en lo medular: *“que las normas constitucionales y de derecho internacional exigen que la acción de la justicia sea rápida y oportuna, tanto en escuchar a los justiciables como en resolver los problemas planteados, sean ellos del ámbito civil o del penal. En tal perspectiva, si bien estos sentenciadores comparten que la presentación del reclamo basta para suspender el curso de la prescripción que consagra el Código Tributario, no pueden aceptar, en razón de la antedicha normativa -preferentemente integrada, en lo internacional, por el pacto de San José de Costa Rica y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, además del artículo 5° de la Carta Política, en lo nacional-, que tal suspensión opere incluso por un período mayor que el asignado por la legislación para la prescripción adquisitiva extraordinaria, esto es, en la práctica de manera indefinida”*. La colisión normativa es evidente, estableciendo una primacía de la CADH por sobre el derecho interno. Si bien, se presentaron dos votos disidentes de la sentencia, éstos plantearon rechazar la defensa del contribuyente por *“la carencia de una regla de aplicación general entregada por el legislador, la aplicación del principio al que se recurre ha de ser consecuencia de las circunstancias del caso, esto es, resultado de hechos que obliguen a entender que ha tenido lugar una dilación inexcusable”*.

<sup>34</sup> Sentencia Corte Suprema de fecha 14 de abril de 2014, *“Industrial Molina Limitada con Servicio de Impuestos Internos”*; rol n° 5.165-2013.

Un año después del caso anterior, en la causa *"Distribuidora don Francis S.A. con Servicio de Impuestos Internos"*<sup>35</sup>, la Corte Suprema rechazó la defensa del contribuyente quien planteaba que la acción del Fisco estaba prescrita porque habían transcurrido 11 años desde la sentencia de primer grado, contraviniendo el n° 1 del artículo 8 de la CADH. La Corte sustentó su sentencia en que *"durante el tiempo transcurrido entre el 6 de diciembre de 2007, fecha en que la Corte de San Miguel ordenó reponer la causa al estado de proveer el reclamo, y la fecha en que éste se acogió a tramitación, la prescripción del artículo 200 del Código Tributario se encontraba suspendida, con ocasión del reclamo presentado por el contribuyente"*; y, concluye: *"la suspensión de la prescripción constituye un beneficio establecido por la ley a favor de determinadas personas, que a diferencia de la interrupción, no hace perder el tiempo de prescripción sino que ésta detiene su curso mientras subsista la causa que la produce. Desaparecida ella, continúa corriendo la prescripción, por lo que el tiempo se añadirá al que corra con posterioridad"*. Este es un claro caso en donde en la decisión del asunto controvertido primó el derecho interno por sobre la CADH. Sin embargo, en la misma sentencia el voto de minoría declaró la procedencia en reconocer los derechos de la CADH por sobre el derecho interno. En efecto, el voto disidente aceptó la *"prescripción de la acción de cobro, porque, en su concepto, consideraciones afincadas en el respeto a las normas constitucionales y de derecho internacional exigen que la acción de la justicia sea rápida y oportuna, tanto en escuchar a los justiciables como en resolver los problemas planteados, sean ellos del ámbito civil o del penal, debiendo resolverse el conflicto en un plazo razonable"*; y concluye: *"no puede aceptar, en razón de la antedicha normativa -preferentemente integrada, en lo internacional, por el Pacto de San José de Costa Rica y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, además del artículo 5° de la Carta Política, en lo nacional-, que el cobro se extienda por más una década, plazo considerado desde la data de exigibilidad de los impuestos hasta la fecha de expedición de esta sentencia; lo que aparece como contrario a toda lógica y por cierto a las citadas disposiciones internacionales, con evidente conculcación de los derechos del contribuyente reconocidos por tales normas. Resulta contradictorio que la máxima prescripción que contempla nuestro Código Civil opera al vencimiento del término de diez años y, en cambio, la prescripción en materia tributaria pueda requerir mayor plazo"*.

Una tercera sentencia a destacar es el caso *"Fernando Echavarrí Borssotto con Servicio de Impuestos Internos"*<sup>36</sup>, en donde la Corte Suprema nuevamente estuvo por acoger la prescripción de la acción del Fisco al haber transcurrido más de dos décadas desde la presentación de la reclamación. La sentencia indicó que el caso debía

<sup>35</sup> Sentencia Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 2015, **"Distribuidora don Francis S.A. con Servicio de Impuestos Internos"**, rol n° 16.644-2014.

<sup>36</sup> Sentencia Corte Suprema de fecha 10 de enero de 2017, **"Fernando Echavarrí Borssotto con Servicio de Impuestos Internos"**, rol n° 15.929-2016.

considerar *“la forma en que las disposiciones del derecho interno se relacionan con las normas constitucionales y de derecho internacional citadas, pues el respeto de estas últimas, exige que la acción de la justicia sea rápida y oportuna, tanto en escuchar a los justiciables, como en zanjar los problemas puestos en su conocimiento, sean ellos del ámbito civil o penal, debiendo resolverse el conflicto en un plazo razonable, esto es, ajustado a la razón. En tal perspectiva, si bien la conjunción de los artículos 201 incisos 2° y 3° dejan en claro que la presentación del reclamo basta para suspender el curso de la prescripción que consagra el Código Tributario y que ese estado se mantiene, de acuerdo con su inciso final, mientras los impuestos no pueden girarse, ya sea en primera instancia por disposición de la ley o enalzada a petición del reclamante (artículo 24 inciso 2° y 147), no es posible aceptar, en razón de la antedicha normativa -preferentemente integrada, en lo internacional, por el pacto de San José de Costa Rica y el artículo 5° de la Carta Política, en lo nacional-, que tal suspensión opere, en la práctica, de manera indefinida, deviniendo la acción de cobro del Fisco, en los hechos, en imprescriptible, sin fundamento legal”*. Esta sentencia también presentó dos votos de minoría, los que sostuvieron que, si bien, *“la Convención Americana de Derechos Humanos, es directamente aplicable por estar incorporada al ordenamiento jurídico nacional, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que carece de precisión legislativa dentro de los cuales se encuadre su aplicación, esto es, no contiene la determinación de lo que debe entenderse como un tiempo razonable para justificar un juzgamiento”*.

De acuerdo con las sentencias anteriores, la discusión aún no es pacífica, sin perjuicio de que hay una tendencia en aceptar la primacía de la CADH como forma de solucionar colisiones normativas con el derecho interno. En tal problemática, el mecanismo de solución ha sido aceptar la posibilidad de que el juez prescinda de la ley interna y sea leal a los derechos fundamentales recogidos por la CADH, sin necesidad de obtener, previamente, alguna declaración de inconstitucionalidad, lo que responde a una protección efectiva de la tutela jurisdiccional.

## 6. CONCLUSIONES

Un proceso que ofrezca garantías mínimas para las partes no puede quedar limitado solamente a la aplicación de las normas de derecho material. De acuerdo con ello, el mecanismo efectivo de tutela, como derecho fundamental en sí mismo, debe considerar una complementación con el derecho tributario material, no desconociendo la posibilidad de generar colisiones normativas. Dentro de las formas de solución de dichas colisiones entre una norma de derecho tributario material y un derecho fundamental, adherimos a la propuesta de Aldunate, esto es, aceptar la posibilidad de que el juez prescinda de la ley inconstitucional y sea leal a la Constitución. En tal sentido, si existe un tribunal con competencia para declarar inconstitucional un precepto legal a un caso en concreto, no soluciona la antinomia normativa, sino que dicha declaración

tiene por finalidad impedirlo. Por lo tanto, un juez puede resolver una colisión normativa sin necesidad de esperar una declaración de inconstitucionalidad de una norma de derecho tributario material, como se presentó en los casos chilenos “*Industrial Molina Limitada con Servicio de Impuestos Internos*” y “*Fernando Echavarrri Borssotto con Servicio de Impuestos Internos*”, lo que, perfectamente, puede tener aplicación en el ordenamiento jurídico brasileño.

## 7. REFERENCIAS

- ALDUNATE, Eduardo. **Derechos Fundamentales**. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- ALDUNATE, Eduardo. La colisión de derechos fundamentales. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 11, pp. 69-78. 2005. DOI: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17052>.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. España: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene. 1960.
- CONTESSÉ, Jorge. The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, vol. 22, n. 9, pp.1168-1191. 2018. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3078268>.
- DE OLIVEIRA, Carlos. **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales**. **Revista de Derecho**, Valdivia, vol. 22, n. 1, pp. 185-201. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100009>.
- DE OLIVEIRA, Carlos. **Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional**. Lima: Communitas, 2008.
- DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the conventionality control by the inter-american court of human rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94. 2015. Disponible en: <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2015-An-Inter-American-Constitutional-Court-The-Invention-of-the-Conventionality-Control-by-the-download>.
- FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio. Tutela jurisdiccional efectiva y derecho tributario: ¿Una tensión permanente en el procedimiento de reclamación por vulneración de derechos?. **Revista de Estudios Tributarios**, n. 5, pp. 207-224. 2011. DOI: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/view/41137/42676>.
- GONZÁLEZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Civitas, 1984.
- HENRÍQUEZ, Miriam. Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989 – 2010). **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 8, n. 2, pp. 745-762. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200022>.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 137-168. 2015. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44532>>.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade- m) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128. 2017. DOI: <10.5380/rinc.v4i1.48212>.

MARINONI, Luiz. **Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**. Lima: Palestra, 2007.

MARINONI, Luiz. **Teoría geral do proceso**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130.

OSWALDO, Ruiz-Chiriboga. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American and European Human Rights Journal**, vol. 3, n. 1-2, p. 200. 2010. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=1929887>>.

PALOMO, Diego. Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi. **Revista Ius Et Praxis**, Talca, vol. 8, n. 2, 2002. DOI: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200009>>.

PÉREZ, Álvaro; SILVA, Oscar. El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente. **Revista Ius Et Praxis**, Talca, vol. 15, n. 2, pp. 79-115. 2009. Disponible en: <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/180/173>>.

PROTO, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene. 2006.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 5, n. 2, pp. 35-56. 2018. DOI: <10.5380/rinc.v5i2.57577>.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32. 2014. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>>.

VALLESPÍN, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**. Barcelona: Atelier, 2002.



## Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos

### *Relative and supraconstitutional hierarchy of international human rights treaties*

FELIPE KLEIN GUSSOLI <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil)

gussoli@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2585-6548>

**Recebido/Received:** 24.05.2019 / May 24<sup>th</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 16.12.2019 / December 16<sup>th</sup>, 2019

#### Resumo

O artigo parte das classificações mais frequentes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico para diante delas sugerir o reconhecimento do status hierárquico supraconstitucional relativo das convenções internacionais daquela natureza. A proposta afasta-se das posições santificadoras da soberania constitucional como único horizonte viável no plano jurídico contemporâneo. Reposiciona, assim, o discurso da força normativa da Constituição e demonstra a emergência de um paradigma jurídico universalista em que a própria Constituição Federal de 1988 assentou a relativização de suas normas em favor de instrumentos jurídicos internacionais. A partir de uma perspectiva dogmática, aliada ao princípio *pro persona* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a pesquisa busca acima de tudo contribuir para a rediscussão do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal

#### Abstract

*The article starts from the most frequent classifications on the hierarchy of the international human rights treaties in the juridical order, therefor to suggest the recognition of the relative and supraconstitutional hierarchical status of the international conventions of human rights. The proposal departs from the sanctifying positions of constitutional sovereignty as the only viable horizon in the contemporary juridical plane. It thus replaces the discourse of the normative force of the Constitution and demonstrates the emergence of a universalist legal paradigm in which the Brazilian Federal Constitution of 1988 itself was based on the relativization of its norms in favor of international legal instruments. From a dogmatic perspective, and from the principle *pro persona* of International Human Rights Law, the research seeks above all to contribute to the re-discussion of the current position of the Brazilian Federal Supreme Court on the supralegal hierarchy of the treaties, as well as to initiate a*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058.

\* Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: gussoli@hotmail.com.

acerca da hierarquia supralegal dos tratados, bem como iniciar um diálogo com as teorias normativas heterárquicas em busca da formulação de critérios práticos para resolução de conflitos pelos julgadores.

*dialogue with the heterarchical normative theories in search of the formulation of practical criteria for conflict resolution by the judges.*

**Palavras-chave:** supraconstitucionalidade; controle de convencionalidade; tratado internacional de direitos humanos; hierarquia dos tratados internacionais; soberania.

**Keywords:** supraconstitutionality; conventionality control; international human rights treaty; hierarchy of international treaties; sovereignty.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Estado Constitucional e Convencional de Direito: o paradigma jurídico universalista; 3. Direito Internacional dos Direitos Humanos e força normativa dos tratados incorporados no Direito brasileiro; 4. Hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos admitida pela Constituição brasileira; 4.1. Hierarquia legal dos tratados internacionais de direitos humanos; 4.2. Hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos: posição atual do Supremo Tribunal Federal; 4.3. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; 4.4. Hierarquia Supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; 5. Relativização do critério hierárquico de ordenação das normas: hierarquia supraconstitucional a priori dos tratados internacionais de direitos humanos; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar as diferentes correntes sobre a hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos possuem na ordem jurídica a partir da interpretação das normas constitucionais sobre a matéria. E a partir disso, sugerir quais os caminhos que melhor se adaptam ao paradigma convencional do Direito global vivenciado no século XXI.

O objetivo central é problematizar os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao assentar a mera supralegalidade das Convenções internacionais incorporadas na ordem jurídica brasileira com base na supremacia irrestrita da Constituição. Apesar dos rompantes nacionalistas mais recentes no cenário brasileiro (e mundial), não é mais sustentável a defesa de uma soberania irrestrita na esfera das relações internacionais e das relações jurídicas globais. A existência de múltiplas ordens normativas, várias delas reconhecidas expressamente pelo Direito interno, precisa encarar como realidade imutável a sobreposição de princípios, regras e decisões. A formulação de um paradigma centralizador do humano e da natureza<sup>1</sup> nessa rede ou cadeia de nor-

<sup>1</sup> Os tratados de proteção do meio ambiente estão entre aqueles classificados como de direitos humanos. O ordenamento jurídico convencional contempla o respeito pelos direitos humanos e pelo meio ambiente (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad:** vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. p. 345).

mas fortalece o privilégio do Direito Internacional dos Direitos Humanos no cenário mundial.

Assim, com a consciência da cada vez mais veloz ruptura de critérios hierárquicos rígidos na relação entre as normas jurídicas vigentes no tempo e espaço mundial, após demonstrar as diversas correntes em oposição, propõe-se a adoção da hierarquia supraconstitucional *a priori* de todos os tratados de direitos humanos incorporados, o que tem fundamento no próprio sistema constitucional brasileiro.

## 2. ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO: O PARADIGMA JURÍDICO UNIVERSALISTA

O pressuposto da presente pesquisa é o de que vigora no Brasil o paradigma jurídico universalista,<sup>2</sup> cujo centro de irradiação são os direitos humanos. Desta forma, o pressuposto deste estudo é o reconhecimento de que o Brasil adota um modelo de Estado Constitucional e Convencional de Direito.<sup>3</sup> O Século XXI tem como marca a quebra do paradigma do Direito estadualista. Vive-se hoje o paradigma pós-estadualista ou pluralista, em que a produção normativa estatal exclusiva dá lugar à múltiplas fontes fabricantes de regras.<sup>4</sup> Neste paradigma a soberania está inquestionavelmente relativizada. O discurso da soberania atualmente é “frágil”.<sup>5</sup> Entre as diversas razões para

<sup>2</sup> Para uma abordagem histórica da atual fase que pode ser chamada de “constitucionalismo transnacional” (sinônimo de transconstitucionalismo), no qual rompe-se o padrão centralizado de poder e soberania e o Estado se sujeita à normativa internacional e não só às suas próprias leis, cf. TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

<sup>3</sup> O ordenamento jurídico convencional é aquele “derivado do consenso internacional em matéria de direitos humanos, o qual pelo simples pertencimento de um Estado à comunidade de nações, busca acima de tudo cimentar a paz, a justiça social e a consolidação de estandartes de normalidade que garantam às pessoas de todos os Estados partes, instituições fortes, plenamente respeitadas dos direitos humanos, (subjetivos e coletivos), mediante ordens constitucionais e legais que afirmem a ideia material de um Estado social e democrático de direito”. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 345).

<sup>4</sup> “Mas, a partir dos finais do sec. XVIII, a opinião mais corrente, embora não única, era a de que essa legitimidade dos Estados para impor normas aos cidadãos resultava de este ser o produto da vontade dos mesmos cidadãos, expressa pelos órgãos que oficialmente os representavam (em primeiro lugar, pelos parlamentos, em quem residia, por isso, o poder de fazer as leis que compunham o direito do Estado). (...) Hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação oficial; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a ‘sociedade global’ de todas as nações, ultrapassando fronteiras dos Estados e pouco atenta ao recorte oficial das fronteiras; à unidade de cada um dos vários direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autônomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global. O Estado tende a deixar de ser considerado quer como a origem única do direito quer como a fonte da sua legitimação última”. (HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 18)

<sup>5</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. p. 280.

tanto, aponta-se aqui a globalização e as próprias Constituições que reconhecem o papel de destaque dos tratados e tribunais internacionais na superação da lógica estado-cêntrica.<sup>6</sup> A estadualidade enfrenta crise. Sem que a importância do Estado seja reduzida a zero, ocorre um processo de resignificação da soberania, distribuição consensual de competências a órgãos internacionais, supranacionais ou transnacionais e expansão da relevância de Cortes judiciais internacionais. A distinção absoluta entre ordens jurídicas interna e externa enfrenta “diluição”, e cada vez mais os Poderes estatais se veem obrigados a normas procedimentais e materiais de origem internacional.<sup>7</sup>

Entre as consequências do reconhecimento de um Direito que já não é mais exclusivamente produto do Parlamento<sup>8</sup> está o fato de que a “globalização (sobretudo dos negócios, mas não apenas essa) apontaria forçosamente para uma ordem jurídica supranacional, tendencialmente global”.<sup>9</sup> Nessa ordem, o respeito à normativa internacional é o preço de participar da sociedade de Nações num mundo de isolamento impossível ou, no mínimo, insustentável.<sup>10</sup>

A estrutura normativa desse modelo de Estado de Direito Internacionalista<sup>11</sup> ou Convencional contempla, além da Constituição e leis inferiores, também os tratados internacionais. Eles são parte essencial da regulamentação da ordem jurídica mundial, para a qual soluções locais não são suficientes para o enfrentamento de problemas globais.<sup>12</sup> Por isso não é de nada estranho que a lei interna conviva com as convenções

<sup>6</sup> BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 33-66, maio/ago. 2015. p. 37-38.

<sup>7</sup> TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 78-91.

<sup>8</sup> “Conhecer o direito, na atualidade, significa conhecer todas as suas fontes, que são (a) regramento abaixo das leis (resoluções, decretos, portarias etc.); (b) leis e códigos; (c) Constituição e jurisprudência interna; (d) tratados internacionais, especialmente os que versam sobre direitos humanos, e jurisprudência internacional; (e) direito universal”. O *jus cogens* internacional está inserto no item “e” do Direito universal. (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156).

<sup>9</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico...** *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>10</sup> GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007. p. II-14.

<sup>11</sup> O Estado de Direito Internacionalista é uma fase classificatória do Estado de Direito proposta por Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli. Ela se caracteriza pela ampla proteção conferida aos direitos humanos e nasceu junto com o Estado de Direito Constitucional, mais precisamente com a Carta da ONU de 1945, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e os Pactos Internacionais dos Direitos Políticos e Civis e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Após a fase internacionalista os autores defendem a emergência do paradigma universalista do Estado de Direito, ainda em construção, na qual prevalecem as normas *supraconstitucionais*, das quais é exemplo o Tratado de Roma instituidor do Tribunal Penal Internacional, em 1998. A classificação dos autores ajuda compreender as transformações da ordem jurídica internacional ao longo dos séculos. No entanto é evolucionista, passível por isso de críticas. Para detalhes cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*

<sup>12</sup> “Não podemos enfrentar os problemas da globalização do Planeta (espetaculares aumentos dos preços dos alimentos, energia nuclear, aquecimento climático, fluxos incontrolados de imigrantes, crise financeira

produzidas no âmbito internacional, tal como instituições de natureza internacional convivem com as estruturas de organização estatal internas.<sup>13</sup>

Entre as espécies de tratados internacionais<sup>14</sup> está aquela que protege direitos humanos. A tendência mundial é a formação de um constitucionalismo que transita de “documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos”.<sup>15</sup> A importância desses tratados aloca-se na relevância da proteção do ser humano, finalidade precípua do Direito.<sup>16</sup> A finalidade de existência do Estado é propiciar o bem comum entre os seres humanos e garantir-lhes a vida digna, objetivo que põe em xeque o estadocentrismo.<sup>17</sup>

Ganha destaque, por isso, o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual são relevantes os tratados e decisões de Cortes internacionais de direitos humanos.<sup>18</sup> Todos os atos do Poder Público devem estar de acordo com a lei e a Constituição, mas também conforme a tratados internacionais de direitos humanos vigentes.<sup>19</sup> Na realidade, a superação da exclusividade da legalidade estrita como parâmetro

---

mundial etc.) somente com os instrumentos, o direito as Justiças nacionais ou regionais. (...) Na questão do tráfico de drogas, por exemplo, pouco vale a atuação de um só país (ainda que sua iniciativa seja adequada). Problemas mundiais requerem um controle, um Direito e uma Justiça globais, a exemplo também dos inúmeros problemas ambientais pelos quais tem passado o nosso Planeta”. (*Idem*, p. 149-150).

<sup>13</sup> GANHO, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014. p. 126.

<sup>14</sup> Os tratados podem ser divididos em tratados internacionais *comuns* e tratados internacionais de *direitos humanos*. Na categoria dos tratados comuns estão os tratados mercantis, territoriais e de cooperação, por exemplo. Esses últimos, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm valor legal, excepcionados os de Direito Tributário, com valor supralegal por disposição do Código Tributário Nacional. (MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009. p. 8-9).

<sup>15</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos – reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012. p. 183.

<sup>16</sup> “O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista - mormente na tratativa de um tema dessa importância - a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15).

<sup>17</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 126.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional... Op. Cit.**, p. 84.

<sup>19</sup> “Da mesma forma, os atos administrativos, que até pouco tempo eram dotados de mera legalidade e que, a muito custo, passaram a ser objeto de análise (administrativa e jurisdicional) de constitucionalidade (em virtude do recente fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, devem ser compatibilizados às normas convencionais, que estão abrangidas pelo conteúdo do princípio da juridicidade”. (LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017. p. 113).

único de aferição da validade dos comportamentos estatais tem lugar após a Segunda Guerra Mundial, momento em que ficou claro “que a proteção dos direitos humanos não pode ser tida como parte do *domínio reservado* de um Estado, pois as falhas na proteção local tinham possibilitado o terror nazista”.<sup>20</sup>

### 3. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INCORPORADOS NO DIREITO BRASILEIRO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugura a concepção contemporânea de direitos humanos. A segunda metade do século XX consolidou a passagem do Direito Internacional Público Clássico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há nessa passagem a substituição do paradigma da soberania estatal absoluta pelo paradigma humanista no Direito Internacional. A quebra da soberania absoluta foi reconhecida tanto no plano interno quanto no plano externo. Não estava mais autorizado ao Estado regular como bem entendesse a relação que tinha com seus cidadãos, nem mesmo dispor da força militar para atingir seus objetivos na arena internacional.<sup>21</sup>

Radica nesse período o nascedouro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo responsável pelo estudo e sistematização desses direitos caracterizados por serem “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.<sup>22</sup>

A autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos se sedimentou a partir de então com os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e posteriormente com as Conferências Mundiais de Direitos Humanos de Teerã (1968) e Viena (1993).<sup>23</sup> A disciplina se destaca pela importância que concede à vítima de violações a direitos humanos. Mas, diferentemente do que o senso comum midiático faz parecer, os direitos humanos não estão voltados à proteção unilateral dos acusados em processos penais, embora estes sejam também categorizados como vítima quando algum de seus direitos convencionais forem violados.<sup>24</sup> Os direitos humanos são aqueles essenciais à dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>, do quais ninguém

<sup>20</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

<sup>21</sup> SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p.135-162, jan./abr. 2014.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

<sup>23</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37.

<sup>24</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**... *Op. Cit.*, p. 92-93.

<sup>25</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso**... *Op. Cit.*, p. 50.

pode abrir mão enquanto detentores da qualidade que os torna humanos. Todos se beneficiam dos direitos humanos, sem os quais a existência digna estaria ameaçada por falta de limites à atuação estatal e por inexistência de deveres positivos dirigidos à igualdade material e ao desenvolvimento.

Antônio Augusto Cançado Trindade posiciona a fonte material do Direito Internacional dos Direitos Humanos na consciência jurídica universal, defensora da primazia protetiva do ser humano frente ao ente estatal abstrato. A disciplina conta com normas internacionais oriundas do sistema global e dos sistemas regionais de proteção, as quais inclusive preveem mecanismos de controle.<sup>26</sup> **A nota distintiva desse ramo do Direito Internacional é o destaque que reconhece à posição do ser humano em suas relações em face do Estado.** O Direito Internacional dos Direitos Humanos preocupa-se com os direitos da pessoa humana, o que o difere do Direito Internacional Público centrado na regulação das relações estatais.<sup>27</sup>

Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser estudados, lidos, interpretados e aplicados segundo a lógica exposta do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos pilares são a centralidade da pessoa humana e a cooperação entre os povos em torno da paz.<sup>28</sup> A Constituição brasileira de 1988 assim reconhece quando em seu art. 4º, II determina que a República Federativa do Brasil seja regida em suas relações internacionais pela “prevalência dos direitos humanos”.<sup>29</sup> **O dispositivo é inovador na história brasileira. Ao positivá-lo, o Constituinte originário “está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal”**<sup>30</sup>

Diversas Constituições latino-americanas reconheceram a partir do final dos anos 80 a força normativa dos tratados de direitos humanos,<sup>31</sup> o que era parte de uma corrente elogiável de expansão de direitos fundamentais e fortalecimento de instituições de garantia.<sup>32</sup> Entre elas, as Constituições do Chile, Peru, Venezuela, Equador, Bo-

<sup>26</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81.

<sup>28</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 54.

<sup>29</sup> (Constituição Federal) Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>31</sup> SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los derechos humanos en México: un reto impostergable. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 145-168, jan./abr. 2016.

<sup>32</sup> Sobre alguns dos impactos dessa expansão dos direitos humanos no Direito Público argentino, ver: GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016. ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1,

lívica e Colômbia.<sup>33</sup> No Brasil, a mesma Constituição que garante a primazia dos direitos humanos nas relações internacionais regulamenta a recepção dos tratados internacionais, resumida em quatro fases: (i) assinatura; (ii) aprovação congressional; (iii) ratificação; (iv) incorporação.<sup>34</sup> Segundo a posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, é o Decreto Presidencial que “*inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno”.<sup>35</sup> Desde o julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina, o Plenário da Corte definiu a necessidade de promulgação pelo Presidente da República seguida de *publicação* do decreto executivo em diário oficial para dar início à vigência dos tratados no plano interno.<sup>36</sup> A publicação em diário torna o tratado conhecido, diferentemente da mera ratificação, cujo momento em acontece não é de fácil conhecimento. É dizer, a publicação torna o tratado conhecido em todo o território nacional, enquanto a ratificação pode passar despercebida. Embora existam críticas e divergências entre os próprios Ministros a respeito do momento exato da incorporação<sup>37</sup>, a posição majoritária no Brasil é a que considera a publicação do texto do tratado em diário oficial na forma de decreto executivo o momento em que os tratados internacionais de qualquer espécie, inclusive os de direitos humanos, ganham força normativa vinculante em face de todos os Poderes de Estado e dos particulares.<sup>38</sup> Os efeitos internos do tratado dependerão, em todo caso e independentemente da publicação do decreto presidencial, do início da vigência do pacto no plano internacional.<sup>39</sup>

---

p. 283-300, ene./jun. 2015; CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, Munique, v. 16, p. 212-241, 2010. p. 219-220.

<sup>34</sup> Art. 49, I e 84, VIII da Constituição Federal de 1988.

<sup>35</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 384.

<sup>36</sup> “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em **17/06/1998. Publicado em 10/08/2000**).

<sup>37</sup> Há tese bastante sedutora que acolhe como data de início da vigência do tratado o momento do depósito do instrumento de ratificação. Tal posicionamento foi defendido pelo Min. Luiz Edson Fachin no Processo de Registro de Candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000-TSE, no qual Luiz Inácio Lula da Silva buscava candidatar-se à presidência, não obstante a suspensão de seus direitos políticos. O voto contém considerações importantes sobre o início da vigência dos tratados, defendendo que basta a aprovação congressional por Decreto Legislativo para garantir publicidade à normativa.

<sup>38</sup> FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004. p. 317.

<sup>39</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 155.

Uma vez em vigor no plano internacional, a partir da publicação do texto do tratado em diário oficial, momento em que se garante ampla publicidade à norma de origem internacional, é que se pode falar em vigência e em incidência do art. 5º, §1º da Constituição, garantia da autoaplicabilidade. Há quem sustente a existência de parâmetros para a autoaplicabilidade, condicionado sua incidência imediata apenas quando: (a) dele “deriva diretamente um direito ou uma pretensão a favor do indivíduo que comparece a um juiz solicitando sua aplicação, do que resulta extremamente importante a forma de redação da norma em questão”; ou (b) “a regra seja suficientemente específica para ser aplicada judicialmente, sem que sua execução esteja subordinada a um ato legislativo ou administrativo subsequente”.<sup>40</sup>

Esta, no entanto, não é a diretriz condizente com o regime jurídico dos direitos fundamentais<sup>41</sup> definido na Constituição brasileira. A autoaplicabilidade do tratado está, sim, delineada no art. 5º, §1º da Constituição, e significa a desnecessidade de intermediação legislativa para o fim de garantir o exercício dos direitos humanos consagrados nos pactos internacionais, o que exige condutas omissivas e comissivas por parte da Administração Pública, do Legislativo e do Judiciário. Os tratados de direitos humanos, antes celebrados de modo a impor obrigações aos Estados perante os cidadãos ou estrangeiros, reconhecem por força da norma constitucional direitos diretamente exigíveis pelo indivíduo.<sup>42</sup> O reconhecimento progressivo da personalidade jurídica da

<sup>40</sup> HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, San José, v. 39, p. 71-99, 2004. p. 83-84.

<sup>41</sup> A diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos para grande parte da doutrina está na positividade. Ambos seriam uma mesma classe de direitos, cuja diferença estaria no “espaço institucional de positividade”. Os direitos humanos são próprios do plano internacional. Os direitos fundamentais, do plano constitucional interno. (TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 96). Essa posição, aqui adotada, enfrenta críticas de quem sustenta ser a distinção um falso problema. Nesse sentido, disserta Alexandre Coutinho Pagliarini: “Má doutrina brasileira prega sobre ‘diferença’ entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais o seguinte: (i) os Direitos Humanos são provenientes da tradição do Direitos das Gentes; (ii) os Direitos Fundamentais são de matriz constitucional. Pois erram e mentem tais doutrinadores, e eles sabem disso. Erram e mentem pelo seguinte: a Constituição brasileira - e várias outras - têm em seus textos esta expressão; logo, ela não pode ser uma expressão de uso exclusivo do DIP justamente por ser da tradição constitucional o uso da expressão Direitos Humanos - a começar pela *Déclaration* francesa de 1789. Dizem os mesmos ‘doutrinadores’ que a expressão Direitos Fundamentais é de tradição nacionalista, comum das (e nas) Constituições; erram eles novamente, e a prova maior disso é que o mais importante documento normativo de Direitos Humanos que é usado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (de Estrasburgo) se chama justamente Carta Europeia de *Direitos Fundamentais*, aprovada em Nice numa Convenção ocorrida em 2002”. (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45).

<sup>42</sup> “Os instrumentos do sistema interamericano são de aplicação direta (...). O denominado ‘efeito direto’ das regras convencionais, do sistema universal e do interamericano, é a característica que se lhes dotou”. (SANTO-FIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 212).

pessoa pelo Direito Internacional logo permitiu à doutrina defender a aplicabilidade imediata dos tratados e a invocação dos direitos neles consagrados pelos indivíduos.<sup>43</sup>

A aplicabilidade direta das normas dos tratados, apesar de um desafio constante, é o mecanismo privilegiado de efetivação dos direitos humanos previstos nas convenções internacionais.<sup>44</sup> Os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro são *self-executing* na linguagem internacionalista. A expressão significa que qualquer tipo de norma de direitos humanos “consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais”, pois “não há, como a rigor nunca houve, qualquer impossibilidade lógica ou jurídica de que indivíduos, seres humanos, sejam beneficiários diretos de instrumentos internacionais”.<sup>45</sup> Entre esses direitos imediatamente aplicáveis estão inclusive aqueles classificados como direitos econômicos, sociais e culturais<sup>46</sup>, notadamente pela característica da indivisibilidade.<sup>47</sup>

A Constituição de 1988 impulsionou a ratificação de diversos tratados de direitos humanos por meio da regra que dá primazia aos direitos humanos nas relações internacionais, e na forma da sistemática acima explicada, esses tratados são aplicáveis imediatamente independentemente de mediação legal.<sup>48</sup> Em outras palavras, o tratado não deixa de ser norma internacional quando incorporado. A promulgação pelo Presidente da República apenas declara o fim do processo de inserção do tratado, que passa a garantir direitos subjetivos a partir da publicação do ato executivo no diário oficial com o tratado anexo.<sup>49</sup> Quer dizer, a publicação do decreto executivo é prática nacional que faz iniciar a vigência do tratado, porém o decreto não é efetivamente “positivador da norma pactícia internacional”. Como a Constituição em diversos dispositivos invoca a existência na ordem jurídica interna de *tratados* (e não de decretos com texto

<sup>43</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 392-393.

<sup>44</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>45</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 539.

<sup>46</sup> A multifuncionalidade dos direitos fundamentais afasta, quanto à negativa da aplicabilidade imediata, argumentos econômicos ou sobre a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais. A mesma lógica vale para os direitos humanos previstos em tratados, sejam eles direitos “cívicos e políticos” ou “direitos econômicos, culturais e sociais”. Para a construção completa e exaustiva das razões pelas quais o regime dos direitos de liberdade e direitos sociais é o mesmo, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 129-143.

<sup>47</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 478.

<sup>48</sup> LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 2, p. 87-102, ago./set. 2011. p. 94.

<sup>49</sup> FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado... *Op. Cit.*, p. 317.

idêntico), o que vige e serve de parâmetro de controle é o tratado em si, e portanto é *ele* a norma aplicável.<sup>50</sup>

Por essas razões de ordem técnica, os tratados de direitos humanos vigoram com força normativa no ordenamento jurídico brasileiro ao lado de qualquer outra norma produzida pelo Poder Legislativo. Uma vez em vigor, o “*tratado é norma jurídica* e será encampado como tal no âmbito do direito interno do Estado pactuante. *Produce efeitos*, como norma jurídica, com a mesma força que também produzem as normas jurídicas domésticas (...)”.<sup>51</sup>

Mas além dessas razões, outra de forte índole internacional confirma a vocação expansiva das normas vigentes no Direito brasileiro. No ano de 2009 foi promulgada e publicada em diário oficial a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, uma das mais importantes normas sobre o tema e que regula os principais aspectos de vigência, interpretação e aplicação de tratados internacionais no mundo todo.<sup>52</sup> A Convenção foi internalizada no Direito brasileiro pelo Decreto Executivo n. 7.030 de 14/12/2009 e agora há no ordenamento interno o reconhecimento expresso de princípios universais do costume internacional, tais como o livre-consentimento, a boa-fé e o *pacta sunt servanda*.<sup>53</sup>

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é fonte direta de Direito Internacional.<sup>54</sup> Com mais força ainda, desde que o Brasil internalizou a Convenção de Viena em 2009, passou a reconhecer o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual se obriga a cumprir de boa-fé os tratados incorporados, vedada a utilização de razões de Direito interno para escusar-se da aplicação dos tratados aos quais aderiu (art. 27).<sup>55</sup> É assente historicamente na doutrina internacional que o que torna obrigatório um tratado é o princípio do *pacta sunt servanda* consagrado ao longo dos séculos.<sup>56</sup> Assim como nos contratos,<sup>57</sup> o Estado que se obriga a um acordo deve cumpri-lo para fazer valer o Direito.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional**: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>52</sup> HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 215.

<sup>54</sup> RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>55</sup> (Convenção de Viena) Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

<sup>56</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad... Op. Cit.**, p. 291.

<sup>57</sup> “(...) os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões... Op. Cit.**, p. 177).

<sup>58</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 221.

Embora antes da recepção da Convenção de Viena em 2009 o Brasil já se vinculasse ao princípio, atualmente é totalmente seguro dizer que o país, a partir da publicação do Decreto Executivo n. 7.030 de 14/12/2009, detém regramento específico no sistema positivo que “orienta como se deve dar a relação entre direito interno e direito internacional pelas próximas gerações”.<sup>59</sup> O Brasil finalmente se adequou à tendência mundial de valorização do Direito Internacional,<sup>60</sup> e a integração da Convenção de Viena em 2009 assegurou o caminho à internacionalização do sistema jurídico e reconhecimento de uma ordem jurídica una.<sup>61</sup> O país aceitou expressamente a norma de que não pode invocar razões de Direito interno para descumprir uma obrigação internacional.<sup>62</sup>

#### 4. HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ADMITIDA PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A definição da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro centraliza as discussões doutrinárias e jurisprudenciais há tempos. Realmente, não passa despercebida a importância de definir em que patamar hierárquico se encontram as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais recepcionados pelo Direito brasileiro. Definir em que degrau da pirâmide normativa estão alocadas ditas normas importa para a aplicação do Direito objetivo e eleição

<sup>59</sup> HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual... Op. Cit.**, p. 236.

<sup>60</sup> “Efetivamente, a *tendência*, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, é a de começarem abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, e fugindo-se, destarte, do primitivismo aqui denunciado cientificamente. Tal *tendência* é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *quando*: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do Direito Internacional Consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”. (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Teoria geral e crítica... Op. Cit.*, p. 38).

<sup>61</sup> “Doravante, há de se incorporar à prática judicial e administrativa o que já foi recebido pelo direito positivo, no sentido de que o direito é mais vasto do que o conjunto de normas que se edita, em casa, nos âmbitos federal, estadual e municipal”. (HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual... Op. Cit.**, p. 236).

<sup>62</sup> Em matéria de direitos humanos, em alguns casos, declarações internacionais também são de aplicação obrigatória pelo Estado. A distinção classicamente aceita entre os métodos de codificação está entre a declaração internacional e as convenções ou tratados internacionais. Enquanto a declaração não teria força obrigatória, a convenção teria força jurídica vinculante depois de aceita pelos Estados. No entanto, para grande parte dos estudiosos de Direito Internacional dos Direitos Humanos algumas declarações, pela sua importância histórica e ética, seriam detentoras de força normativa, sendo o exemplo mais emblemático a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Cf. nesse sentido, FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

da norma prevalente em situações concretas, inclusive naquelas em que há conflito insanável entre normas. É dizer, encontrar o *status* hierárquico das normas será de suma importância para que a Administração Pública, o Poder Legislativo e o Judiciário no exercício de suas competências apliquem corretamente o Direito e não contribuam para incoerências, ilegalidades ou inconstitucionalidades em prejuízo dos destinatários das normas legais.

Na Teoria do Direito, a Constituição é a principal norma com potencial para admitir fontes jurídicas diversas, atribuindo a elas os modos de interpretação e hierarquia.<sup>63</sup> A Constituição é o instrumento normativo acumulador dos consensos e estabilizador das tensões sociais,<sup>64</sup> e seria de todo precipitado dispensar sua importância ou relativizar seu poder de gerar segurança social e servir de parâmetro orientador de validade e recepção das normas jurídicas.<sup>65</sup>

No Brasil, a Constituição não define categoricamente a hierarquia dos tratados internacionais. Há, contudo, dispositivos constitucionais que permitem inferir por meio de interpretação sistemática qual é o patamar hierárquico dos instrumentos internacionais. São eles: o art. 4º, I; art.5º, §§1º, 2º e 3º; art. 102, III, "b"; art.105, III, "a".<sup>66</sup> No entanto, a leitura dessas normas constitucionais abarca uma plêiade de interpretações que confere aos tratados internacionais tantas hierarquias no ordenamento jurídico brasileiro quanto autores dispostos a descrevê-las.

Ao levar dez anos desde a promulgação da Constituição para reconhecer sua submissão à jurisdição da Corte IDH, o Brasil demorou a considerar problemática a interpretação do art. 5º, §2º, norma de abertura constitucional aos tratados de direitos

<sup>63</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do Direito**: o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 537.

<sup>64</sup> Para além disso, as Constituições são hoje "documentos normativos do Estado e da sociedade. (...) A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *autoritates*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor da sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, positiva e negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, agora, acesso direito à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador". (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38).

<sup>65</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico**... *Op. Cit.*, p. 250-252.

<sup>66</sup> (Constituição Federal) Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

humanos. A temática, a rigor, só começou a ser discutida depois de um aprofundamento da influência de decisões internacionais, após a inserção de um grande número de tratados de direitos humanos na década de 90, e principalmente quando o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir sobre a possibilidade da prisão civil por dívidas.<sup>67</sup>

Se a Constituição é omissa ou dúbia no que tange à hierarquia dos tratados, tanto mais importante é o papel da jurisprudência nesse campo, a qual não pode ignorar a doutrina de maior relevo na atualidade.<sup>68</sup> Na linha do sobredito, existem inúmeras interpretações possíveis a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, e apesar de algumas se encontrarem em descompasso com o atual nível protetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todas são dignas de nota e respeito.

A seguir serão explicadas as principais correntes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, não havendo espaço para uma revisão de todas as nuances hermenêuticas do tema, as quais se aprofundaram a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 (EC n. 45/04). A emenda, entre tantas inovações, inseriu o §3º ao art. 5º da Constituição com o suposto intuito de resolver a controvérsia instaurada a partir de 1988 relativa ao patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil. Contudo, a norma não resolveu definitivamente a questão, deixando aspectos em aberto, conforme se demonstrará a seguir.

Fundamentalmente são quatro as correntes interpretativas do art. 5º, §§1º, 2º e 3º da Constituição sobre a posição ocupada pelos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro. Segundo cada qual, os tratados terão hierarquia: (4.1) *legal*, equiparada à posição das leis ordinárias; (4.2) *supralegal*, isto é, acima das leis e abaixo da Constituição; (4.3) *constitucional*, no mesmo patamar que as normas da Lei Fundamental; (4.4) *supraconstitucional*, com prevalência sobre qualquer norma interna, inclusive aquelas radicadas na Constituição.

Cada corrente explicada assume variações importantes, principalmente no ponto em que aceitam (ou não) a aplicação do critério de resolução de antinomia da prevalência da norma mais favorável ao ser humano. O que importa para os fins deste estudo, porém, é a demonstração dos principais argumentos de cada corrente e suas deficiências, o que tem como finalidade a verificação do patamar hierárquico que os tratados de direitos humanos assumem em comparação com outras espécies de normas jurídicas e de modo eles as afetam.

<sup>67</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005. p. 122.

<sup>68</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso... Op Cit.*, p. 131.

#### 4.1. Hierarquia legal dos tratados internacionais de direitos humanos

Na ordem proposta, em primeiro lugar aparece a corrente defensora do patamar hierárquico *legal* das normas definidoras de direitos humanos previstas em tratados internacionais. Essa posição, diga-se desde já, é absolutamente minoritária, embora tenha prevalecido no Supremo Tribunal Federal entre a década de 1970 até o ano de 2008, radicada no precedente do Recurso Extraordinário n. 80.004-SE.<sup>69</sup>

O principal argumento dessa corrente, hoje ultrapassada, é a afirmação de que a soberania estatal estaria em perigo acaso a recepção de tratados com hierarquia privilegiada fosse aceita mediante procedimento menos rigoroso do que o da aprovação de emendas constitucionais. Para essa corrente, o significado do art. 5º, §2º da Constituição seria limitado, e os tratados só serviriam para *reforçar* os direitos fundamentais previstos no próprio art. 5º ou assimilar princípios que com eles não conflitassem. Todo tratado contrário a um direito previsto na Constituição seria, portanto, inconstitucional, conclusão que levaria inclusive à possibilidade da previsão prisão civil do depositário infiel a despeito das vedações no do art. 11 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e do art. 7.7 do Pacto de São José da Costa Rica, ambos em vigor no Brasil.<sup>70</sup>

Entre os autores dessa corrente, alegadamente em defesa da supremacia da Constituição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho advoga pela hierarquia legal de *todos* os tratados internacionais. Conquanto se curve à atual posição do Supremo Tribunal Federal, mais abaixo explicada, o autor afirma que, no seu entendimento doutrinário, “as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevaleceriam sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Teriam apenas a força de legislação ordinária”.<sup>71</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que o art. 5º, §2º da Constituição serve somente para explicitar o *caráter declarativo* dos direitos previstos em tratados (direitos esses que estariam de qualquer forma previstos explícita ou implicitamente já na

<sup>69</sup> O recurso não discutia a incidência de normas de direitos humanos, mas de tratado de Direito Comercial, mais especificamente a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Naquela oportunidade, o tratado foi equiparado à lei ordinária e o conflito entre as normas foi resolvido pelo critério temporal (*lex posteriori*). A jurisprudência foi repetida mais tarde em matéria que envolvia a prisão civil do depositário infiel e a Convenção Americana da Direitos Humanos, tanto no Habeas Corpus n. 72.131-RJ quanto em outros julgados. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Tribunal Pleno. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em 01/06/1977. Publicado em 29/12/1977; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-RJ. Tribunal Pleno. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento em 23/11/1995. Publicado em 28/11/1995.

<sup>70</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-195.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125.

Constituição). O regime, em todo caso, seria diverso para os direitos convencionais, que seguiriam os preceitos aplicáveis à legislação ordinária, sendo permitido em relação a eles, portanto, até mesmo a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por lei posterior. Apenas aqueles tratados aprovados pelo procedimento do art. 5º, §3º da Constituição (similar ao de aprovação de emendas constitucionais) é que possuiriam, segundo o mesmo autor, hierarquia constitucional e seguiriam, desta forma, o mesmo regime dos direitos fundamentais.<sup>72</sup>

Igualmente em nome da soberania estatal, Alexandre de Moraes acompanha a corrente minoritária defensora da hierarquia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Também para ele, apenas os tratados incorporados na forma do art. 5º, §3º teriam hierarquia constitucional, resguardada a possibilidade de controle de sua constitucionalidade em virtude de serem equivalente a emendas.<sup>73</sup>

Essa corrente apoia-se ainda em outros dispositivos constitucionais regulamentadores dos recursos cabíveis no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para discussão sobre constitucionalidade de tratado (art. 102, III, “b”) e negativa de vigência de tratado (art. 105, III, “a”). A Constituição, ao prever a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal contra decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado, bem como a possibilidade de recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça contra decisão que contrariou ou negou vigência de tratado (tal como permite nos casos de negativa de vigência ou contrariedade à lei federal), estaria – segundo esses autores – admitindo implicitamente a hierarquia legal de todos os tratados. A norma do art. 102, III, “b” da Constituição reconheceria a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratados, o que, se acontecesse, deveria levar à denúncia do tratado segundo as regras de Direito Internacional.<sup>74</sup> O mesmo no caso em que uma lei posterior contraria e revoga as normas de um tratado (ou paralisa seus efeitos). Nesses casos, até que se completasse o processo de denúncia, o Brasil estaria sujeito a responsabilização internacional por descumprimento do tratado. Caberia como solução, por exemplo, o Judiciário modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a preservar o país de sofrer responsabilização internacional.

Essa corrente, no entanto, deixa de considerar que no tocante aos tratados internacionais de *direitos humanos* o entendimento deve ser outro. O argumento que se funda na interpretação do art. 102, III, “b” e do art. 105, III, “a” da Constituição, apesar de lógico, desconsidera o sentido da cláusula de abertura do art. 5º, §2º e a norma que estabelece a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, inserida no art. 4º, II da Constituição. A leitura sistemática da Constituição retira a força da tese da

<sup>72</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>73</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 360.

<sup>74</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso... Op. Cit.**, p. 132.

hierarquia legal, sustentada apenas por quem ignora os avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o processo de relativização de soberania por que passam todos os ordenamentos jurídicos do mundo. Por isso, atualmente poucos sustentam o patamar hierárquico legal dos tratados de direitos humanos.

## 4.2. Hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos: posição atual do Supremo Tribunal Federal

Em função da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ostentam hoje, *no mínimo*, uma posição mais vantajosa do que a lei produzida pelo Congresso brasileiro. Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, uma lei só será válida no ordenamento brasileiro quando passar pelo teste de dupla compatibilidade vertical com a Constituição e com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos.<sup>75</sup>

Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas<sup>76</sup>, originou-se no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal, após longo percurso de afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. No julgamento ocorrido em 03/12/2008 – mesma data em que foram julgados o Recurso Extraordinário n. 349.703/RS e os Habeas Corpus n. 92.566-SP e n. 87.585-TO – o Judiciário brasileiro reconheceu a impossibilidade de manutenção do entendimento retrógrado e fechado que pretendia a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos incorporados.

A controvérsia resumia-se à interpretação do art. 5º, LXVII e dos §§ 1º, 2º e 3º da Constituição à luz do art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A primeira é norma constitucional autorizadora da prisão civil do depositário infiel. O art. 5º e §§2º e 3º, como se viu, são normas de abertura do sistema à ordem jurídica internacional e de recepção de tratados de direitos humanos. Por fim, a norma do art. 7.7. do Pacto de São José da Costa Rica é garantia de que ninguém terá a liberdade restringida

<sup>75</sup> MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais... Op. Cit.*, p. 19.

<sup>76</sup> Há quem repute inconstitucional e contrária aos tratados internacionais de direitos humanos a Súmula Vinculante nº 25, porque ao ampliar as hipóteses em que proibida a prisão civil para as prisões decorrentes de infidelidade em depósitos *judiciais*, nos quais vigora uma relação de Direito Processual, a súmula teria ido além do que proíbe o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos no art. 11, o Pacto de São José da Costa Rica no art. 7º e a própria Constituição no art. 5º, LXVII. Ela teria extrapolado a normativa nacional e internacional quando estendeu a proibição a “todas as modalidades de depósito”. Para os defensores dessa posição, embora seja proibida a prisão civil *por dívidas*, e conseqüentemente a prisão do depositário infiel participe de relações privadas, não estaria proibida a prisão civil do depositário infiel participe de relação jurídica processual pública (o depositário judicial). Essa posição estaria em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva derivado do art. 5º, XXXV da Constituição. Para maiores detalhes sobre esse posicionamento, cf. OLIVEIRA, Douglas Henrique de; TACLA, Sílvia Regina. Reflexões acerca da possibilidade da Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel e tutela jurisdicional efetiva. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n. 1, p.189-214, jan./abr. 2013.

por dívidas, salvo uma exceção: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Por maioria,<sup>77</sup> superando a jurisprudência estabelecida na década de 1970, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento proposto pelo Min. Gilmar Mendes, atribuindo hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos. Os votos são díspares, e alguns dos Ministros nem mesmo entenderam necessário invocar o art. 5º, §§1º a 3º da Constituição para resolver o impasse trazido à Corte. Entretanto, a relevância do julgado está nos argumentos acatados pela maioria dos julgadores e que serviram à construção do entendimento em vigência sobre a hierarquia dos tratados.

O posicionamento prevalente no Supremo Tribunal Federal baseia-se, entre outros fundamentos, na EC n. 45/2004. Diante do art. 5º, §3º adicionado pelo Poder Reformador por meio da referida emenda em 2004, modificou-se a jurisprudência da Suprema Corte a partir de 2008, ano em que o Tribunal passou a adotar expressamente a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos. Os tratados incorporados pelo procedimento do art. 5º, §3º, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm *status* constitucional, enquanto os tratados de direitos humanos incorporados na forma tradicional ou antes da referida emenda têm hierarquia supralegal.<sup>78</sup> Teoricamente, dúvidas sobre a hierarquia dos tratados teriam se dissipado e todos os tratados de direitos humanos anteriormente incorporados só poderiam ostentar *status* equivalente ao de emendas constitucionais caso passassem pelo rigoroso rito previsto no art. 5º, §3º da Constituição,<sup>79</sup> não obstante outras interpretações tenham sido propostas.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Votaram pela tese da supralegalidade dos tratados os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Ayres Britto. A seu turno, votaram pela hierarquia constitucional dos tratados os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio não entenderam necessário adentrar na explicação da hierarquia dos tratados para resolver o caso.

<sup>78</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 396-397.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227.

<sup>80</sup> Paulo Ricardo Schier propôs o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos recepcionados antes da Emenda nº 45/2004. A teoria do *tempus regit actum* levaria ao entendimento de que os tratados anteriores à emenda automaticamente assumiriam o *status* de emenda constitucional, a exemplo das leis ordinárias anteriores à Constituição de 1988 recepcionadas como leis complementares, como o Código Tributário Nacional. A tese passava pelo pressuposto de que todos os tratados posteriores à emenda estariam sujeitos obrigatoriamente ao rito do §3º do art. 5º da Constituição. (SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161. Disponível em: <[www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf)>.)

A mesma EC n. 45/2004 reconheceu a importância distintiva dos direitos humanos por meio de outras normas que se incorporaram à Constituição.<sup>81</sup> Portanto, tornou-se anacrônica desde a emenda a tese da hierarquia legal desses tratados, outro motivo pelo qual cabia ao Supremo Tribunal Federal mudar seu posicionamento, e ao menos adotar a tese da suprallegalidade.<sup>82</sup> Apenas os tratados internacionais comuns teriam mantido a hierarquia legal.<sup>83</sup>

A solução técnica adotada na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP foi, ao invés de declarar revogado o preceito constitucional autorizador da prisão civil do depositário infiel, declarar a “eficácia paralisante” das disposições infraconstitucionais regentes da matéria (art. 1.287 do Código Civil de 1916, art. 652 do Código Civil de 2002 e art. 1º do Decreto-lei n. 911/1969). Desde a consolidação daquele posicionamento, a Suprema Corte entende que o art. 5º, LXVII da Lei Fundamental não pode ser aplicado porque se encontra “sem base legal”<sup>84</sup> para permitir a sua aplicabilidade, diante da força normativa dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil que bloqueiam os efeitos das normas legais que regulamentam o dispositivo constitucional. Assim evitou-se colocar a Constituição abaixo do tratado.

A decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal (que, aliás, não levou em consideração o art. 27 da Convenção de Viena, incorporada no ano seguinte no Brasil) merece ser criticada por ignorar a cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §2º da Constituição em sua redação originária.<sup>85</sup> Principalmente, a tese da suprallegalidade dos tratados não incorporados pelo procedimento do art. 5º, §3º da Constituição peca por atribuir regimes jurídicos diferentes a normas internacionais de mesma categoria e com o mesmo objetivo de proteção da pessoa humana.<sup>86</sup> A tese da hierarquia suprallegal também é problemática porque na realidade não existe efeito paralisante para o critério hierárquico de resolução de antinomias.

<sup>81</sup> Por exemplo, a norma que reconhece a competência do Tribunal Penal Internacional, e a norma de deslocamento de competência ao Superior Tribunal de Justiça de casos de graves violações aos direitos humanos.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 227-229.

<sup>83</sup> André de Ramos Carvalho indica que a interpretação do art. 27 da Convenção de Viena de 1969, incorporada em 2009, pode levar à alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados comuns, pois não é permitido ao Estado invocar razões de Direito interno para afastar um tratado (RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 386). Embora alguns tenham indicado que a mudança iniciou no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.331-RJ e do Agravo em Recurso Extraordinário n. 766.618-SP, em 25.05.2016, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu a prevalência da Convenção Varsóvia e de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, parece que a decisão dos Ministros seguiu a lógica da princípio da supremacia constitucional neste caso. Os votos adotaram a conclusão final fundamentando a prevalência da norma internacional no art. 178 da Constituição, e não na Convenção de Viena.

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>85</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008. p. 115.

<sup>86</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Supraconstitucional...* *Op. Cit.*, p. 89.

Segundo esse critério, ou a regra é compatível ou incompatível com a de maior hierarquia, e nesse último caso deve ser declarada inválida. Dentro da compreensão exarada, salvo se a cláusula constitucional é aberta a ponto de requerer uma regulamentação detalhada, por coerência o tratado deveria ser constitucional ou inconstitucional, sem admitir uma terceira via.<sup>87</sup> Não é essa a posição do Supremo Tribunal Federal, que encontrou um mecanismo inventivo de interpretação constitucional à luz de um tratado internacional (a eficácia paralisante).<sup>88</sup>

Há quem proponha soluções interessantes para as incoerências geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo a que admite em nível constitucional apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional.<sup>89</sup> Essas posições, entretanto, são isoladas em comparação com o entendimento jurisprudencial orientado pela Súmula Vinculante n. 25. Isto é, hoje os tribunais brasileiros, por força da sistemática de vinculação existente, entendem que os tratados de direitos humanos se situam em patamar hierárquico supralegal, salvo se incorporados na forma do art. 5º, §3º da Constituição, como foi por

<sup>87</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação... *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>88</sup> Basta cogitar situações em que o dispositivo constitucional não necessite de regulamentação legal. Nestes casos, "o entendimento do efeito paralisante ou impeditivo da lei disponibiliza a interpretação do conteúdo da Constituição ao disposto nos tratados, criando a figura da interpretação da Constituição conforme os Tratados". Veja-se que o entendimento é problemático caso mantida a orientação da natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, pois a visão de que uma norma inferior condiciona o sentido de uma norma superior é contrária ao edifício kelseniano. Por isso é que, para Marcos Maliksa, o voto condutor do Min. Gilmar Mendes a pretexto de proteger o princípio da supremacia da Constituição acaba fazendo o contrário. (*Idem*, p. 118).

<sup>89</sup> Caique Tomaz Leite Silva e Carlos Eduardo Sindona de Oliveira defendem a obrigatoriedade de incorporação dos tratados de direitos na forma do art. 5º, §3º. Para todos os tratados que não sejam *equivalentes* a emendas, a hierarquia infraconstitucional teria justificativa numa fundamentação denominada *hermenêutica*. O argumento parte da EC n. 45/04 e do §4º do art. 5º por ela incluído na Constituição. O dispositivo remete à submissão integral do Brasil ao Tribunal Penal Internacional. No entanto, o Brasil já assumira essa posição no ano de 2002, oportunidade em que o Decreto Executivo nº 4.388 determinou o cumprimento do Estatuto de Roma. Assim, para os autores houve a manifestação indireta do Poder Constituinte derivado no sentido de *constitucionalizar* situação já incorporada no ordenamento jurídico pátrio. A EC teria constitucionalizado *indiretamente* um tratado de direitos humanos por meio do §4º do art. 5º. Em relação a outros tratados, a emenda foi omissa e deixou aberta a constitucionalização pela via do art. 5º, §3º. Esse argumento parte do pressuposto de que se a emenda reforçou a incorporação do Estatuto de Roma já em vigência no Brasil, estaria implícito no ordenamento jurídico o *status* infraconstitucional de todo tratado anterior à EC n. 45/04 não reforçado. Ao passo que o Estatuto de Roma seria uma norma constitucional, outros tratados não o seriam a não ser se incorporados na forma do art. 5º, §3º da Constituição. E apesar do *status* infraconstitucional das Convenções anteriores à EC n. 45/04, em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos seria impossível a denúncia. A posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do efeito paralisante da Convenção sobre as disposições de Direito interno teria constitucionalizado o preceito que proíbe a prisão civil por dívidas e o Pacto de São José da Costa Rica como um todo. Esse tratado de direitos humanos, portanto, teria hierarquia constitucional porque o Supremo Tribunal Federal quando editou a Súmula Vinculante n. 25 o tornou norma materialmente constitucional. (cf. SILVA, Caique Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.11, n. 1, p. 137-162, jan./abr. 2016. p. 150-155).

exemplo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto n. 6.949/2009).<sup>90</sup>

Em função especialmente da apertada votação registrada nos precedentes que firmaram a tese da supralegalidade, ao contrário do que se pode supor, as discussões estão longe de se esgotar, o que torna o tema relevante e atual.<sup>91</sup> A crescente invocação das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos no cotidiano forense e a prevalência do entendimento doutrinário sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados ou não na forma do art. 5º, §3º da Constituição indica mudanças de rumo no futuro próximo.<sup>92</sup>

### 4.3. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

A corrente defensora da hierarquia *constitucional* dos tratados é a que conta com maior adesão doutrinária. Ela parte da leitura do art. 5º, §2º da Constituição, norma originária e, portanto, anterior às alterações da EC n. 45/2004. Para essa terceira corrente, todos os tratados de direitos humanos incorporados no Direito brasileiro teriam hierarquia constitucional por força do §2º do art. 5º, que ao estabelecer que os direitos fundamentais constitucionais “não excluem” direitos previstos nas normas internacionais “está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem”<sup>93</sup>

A norma de abertura do art. 5º, §2º da Constituição incorpora os tratados internacionais de direitos humanos no texto da Lei Fundamental, transformando os direitos

<sup>90</sup> Registre-se que, não obstante opiniões divergentes, a aprovação pelo rito do §3º do art. 5º é facultativa. Tanto é assim que houve desde 2004 a aprovação de tratados de direitos humanos pelo rito de maioria simples, como por exemplo o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (Decreto Legislativo n. 592/2009). Cabe ao Presidente da República solicitar a aprovação pelo quórum privilegiado de 3/5, ou então ao Congresso Nacional iniciar a aprovação do tratado nesses termos. A palavra final sobre o rito a ser adotado, no entanto, é sempre do Congresso, por força do art. 49, I da Constituição. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 398-399).

<sup>91</sup> MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 5, n. 9, p. 274-305, jan./jun. 2017. p. 303.

<sup>92</sup> Exemplo das rupturas vivenciadas no Brasil acerca do tema é, mais uma vez, o recente episódio no Processo de Registro de Candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000-TSE. No caso já citado neste trabalho, Luiz Inácio Lula da Silva buscava candidatar-se à presidência apesar da suspensão de seus direitos políticos. No voto que iniciou o julgamento, do Min. Fachin, foi emblemática a defesa do caráter obrigatório de recomendação da Comitê de Direitos Humanos da ONU, o que contribuiu para movimentar no cenário jurídico também a rediscussão da hierarquia de normas jurídicas e decisões internacionais em matéria de direitos humanos.

<sup>93</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional... Op. Cit.**, p. 103.

previstos nas convenções em normas materialmente constitucionais.<sup>94</sup> Em favor dessa posição, estão argumentos como: (i) a abertura à ordem internacional como fator legitimador do Direito interno; (ii) a natureza constitucional material dos direitos fundamentais; (iii) o princípio da máxima efetividade da Constituição, cuja orientação é conferir às normas constitucionais a interpretação que melhor contribua para sua efetividade; (iv) a natureza especial dos tratados de direitos humanos, os quais objetivam a proteção da pessoa humana prioritariamente às razões de Estado; e (v) a interpretação teleológica e sistemática da Constituição, que tem na dignidade da pessoa humano seu eixo de sustentação.<sup>95</sup>

Antônio Augusto Cançado Trindade, que no cargo de Consultor Jurídico do Itamaraty sugeriu a redação do art. 5º, §2º da Constituição em sua versão original, é árduo defensor da hierarquia diferenciada dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados. Em respeito ao art. 5º, §§1º e 2º, os tratados de direitos humanos, segundo o autor, passam a “integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”.<sup>96</sup>

A dificuldade, no entanto, está em interpretar a hierarquia constitucional dos tratados em face da norma do art. 5º, §3º da Constituição, de consagração do rito mais rígido para recepção de tratados *equivalentes a emendas constitucionais*. Diante da emergência dessa norma, há até mesmo quem considere um retrocesso a inserção do §3º no art. 5º.<sup>97</sup> Outros defendem pura e simplesmente a inconstitucionalidade da EC n. 45/2004, como Alexandre Coutinho Pagliarini, para quem o §3º inserido seria inconstitucional “por violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou a diminuir o grau de abrangência) dos Direitos Fundamentais”.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Essa é a posição compartilhada, entre outros autores de igual importância, por: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 118; RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 401; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria geral e crítica...** *Op. Cit.*; HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 339; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 127; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 900; MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 168; SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 325-344, jul./dez. 2011. p. 342-343; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 513; LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 16-17; FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam** Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-163; GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e MERCOSUL (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013. p. 235.

<sup>95</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 120-134.

<sup>96</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 513.

<sup>97</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>98</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria geral e crítica...** *Op. Cit.*, p. 42.

Entretanto, não é preciso recorrer aos extremos a ponto de sustentar a inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 neste ponto, porque uma interpretação conforme a Constituição autoriza a preservação da norma segundo uma leitura constitucionalmente adequada.<sup>99</sup> A inclusão do §3º no art. 5º não é inconstitucional, pois não afetou o núcleo essencial da norma do §2º do mesmo artigo. Existem interpretações que tornam possível a compatibilização dos dispositivos e essa é a diretriz a ser seguida. Além disso, é difícil sustentar a inconstitucionalidade de emenda contra uma das *interpretações* sobre o *status* dos tratados de direitos humanos (ainda que a majoritária), de sorte que a tese da inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 não passa por uma análise mais cuidadosa.<sup>100</sup>

É preciso, portanto, interpretar o art. 5º, §3º sistematicamente na Constituição, principalmente em conjunto com o §2º, para compreender seu sentido. Uma posição possível é aquela que defende, de um lado, a constitucionalidade *material* dos tratados recepcionados anteriormente à EC n. 45/2004 (ou que, posteriormente a ela, foram aprovados por maioria simples no Congresso), e, de outro lado, a constitucionalidade *material* e *formal* dos tratados equivalentes a emendas constitucionais aprovados com quórum de 3/5 em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional.

A norma do art. 5º, §3º não descaracterizaria a natureza materialmente constitucional dos tratados. Assim, a regra deveria ser lida em conjunto com o §2º do mesmo artigo, e “está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno”.<sup>101</sup> A lógica interpretativa das normas constitucionais e normas internacionais de direitos humanos, o art. 5º, §2º da Constituição e a teoria da recepção adotada no Brasil<sup>102</sup> reforçariam o argumento de que o §3º adicionado ao art. 5º é meramente uma regra que atribui o *status* de norma constitucional formal aos tratados incorporados posteriormente à mencionada emenda.<sup>103</sup> As consequências de recepcionar um tratado com *status* equivalente ao de emendas seriam: (i) reformar a Constituição quando a norma prevista no tratado for mais benéfica; (ii) impossibilitar a denúncia do tratado agora protegido como cláusula pétrea.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 300.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 342.

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito**... *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>102</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados... *Op. Cit.*

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito**... *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>104</sup> EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p.1-34, abr./maio, 2008. p. 24.

Valerio Mazzuoli e André de Carvalho Ramos discordam da segunda consequência. Para o primeiro, a impossibilidade de renúncia do tratado de direitos humanos existiria tanto para os tratados incorporados na forma do §2º do art. 5º quanto na forma do §3º. O fato de serem materialmente constitucionais já impediria a denúncia dos tratados de direitos humanos incorporados, porque teriam se tornado cláusula pétrea. A diferença nos regimes, segundo Mazzuoli, estaria na consequência interna atribuída à denúncia pelo Presidente: no caso dos tratados materialmente constitucionais, o Presidente não estaria sujeito a crime de responsabilidade, porque o tratado não integrou formalmente a Constituição, não incidindo o art. 85, *caput* e inciso III da Constituição. Ao contrário, o Presidente cometeria crime de responsabilidade caso denunciasse o tratado de direitos humanos que fosse material e *formalmente* constitucional, já que neste caso tentou abolir cláusula pétrea constante do bloco de constitucionalidade.<sup>105</sup> Por isso, para esse autor, a interpretação sistemática do art. 5º, §§2º e 3º admite a incorporação de tratados materialmente constitucionais e tratados material e formalmente constitucionais, e neste último caso as consequências da recepção equivalente a emenda constitucional seriam: (i) reforma do texto da Constituição; (ii) ocorrência de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de denúncia do tratado (art. 85 da Constituição);<sup>106</sup> (iii) inserção das regras do tratado no conjunto de normas parâmetro para elaboração do controle concentrado de convencionalidade (art. 103 da Constituição).<sup>107</sup>

Já para André de Carvalho Ramos, a denúncia de tratados de direitos humanos no Brasil seria vedada em decorrência da proibição do retrocesso.<sup>108</sup> Pela tese, controversa, não poderia o país retroceder a níveis superados de proteção incipiente de direitos humanos denunciando tratados. Assim, a denúncia estaria proibida e normas de tratados de direitos humanos estariam irrevogavelmente incorporadas no ordenamento jurídico, o que não deixa de ser contraditório com os próprios dispositivos de tratados de direitos humanos que regulamentam o processo de denúncia.<sup>109</sup>

<sup>105</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso... Op. Cit.*, p. 922-923.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 915.

<sup>107</sup> É justamente pelo fato de que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição que, em relação aos tratados incorporados formalmente à Lei Fundamental, é possível o controle concentrado de convencionalidade. "Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. p. 133).

<sup>108</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 401.

<sup>109</sup> A exemplo do que prevê, por exemplo, o art. 78 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A norma permite a denúncia da Convenção, que foi realizada pela Venezuela em 2012 em processo de denúncia acatado pela Corte Interamericana.

Seja como for, a dita “equivalência” dos tratados mencionada no art. 5º, §3º diz respeito à integração dos tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade.<sup>110</sup> Eis aí a maior consequência da formalização dos tratados de direitos humanos: a incorporação da norma ao bloco de constitucionalidade “faz com que a origem internacional pública da nova ordem suprema seja sempre e de plano reconhecível”.<sup>111</sup> O tratado, ainda que não modifique o texto da Constituição, adere ao bloco e transmuta as normas materialmente constitucionais.<sup>112</sup>

Haveria, portanto, diferença entre os tratados equivalentes a normas constitucionais integrados no ordenamento segundo o rito do §3º do art. 5º (norma do constituinte derivado) e os tratados com *status* constitucional recepcionados pelo art. 5º, §2º (uma norma do constituinte originário). Uma vez que a norma do art. 5º, §2º da Constituição é produto do constituinte originário, tratados recepcionados de acordo com ela e que conflitassem com as normas da Constituição deveriam ser *interpretados de modo a compatibilizar as normas*. Afinal, foi uma opção do constituinte abrir o catálogo para normas de direitos humanos.<sup>113</sup>

Por sua vez, se alguma norma recepcionada de acordo com o rito do art. 5º, §3º conflita com os direitos fundamentais previstos na Constituição, ela seria materialmente inconstitucional,<sup>114</sup> porque a norma é produto do Constituinte derivado e não pode afrontar cláusulas pétreas.<sup>115</sup>

De outro lado, a interpretação sistemática a favor da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos coloca-se contra o argumento de que existem outras normas constitucionais que implicitamente indicam a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos. A previsão de cabimento de recurso extraordinário contra decisão

<sup>110</sup> Sobre a noção de bloco de constitucionalidade, ver: FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas a noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018; HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: O desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015.

<sup>111</sup> MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 296.

<sup>112</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 168.

<sup>114</sup> A declaração de inconstitucionalidade, porém, só existirá em caso de conflito insolúvel. Na maioria das vezes não haveria colisão de direitos previstos constitucionalmente e no tratado. Em vários deles há concorrência, isto é, possibilidade de compatibilização das normas. Em todo caso, controvérsia na aplicação de direitos de mesma hierarquia previstos em tratado e Constituição se resolve a partir da teoria dos limites dos direitos fundamentais, mais precisamente a partir do critério da proporcionalidade (Cf. MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 311).

<sup>115</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 168.

que julgar *inconstitucional* tratado não impede tampouco o reconhecimento da constitucionalidade material de tratados. O mesmo em relação aos recursos especiais cabíveis, como já explicado. O art. 102 e art. 105 da Constituição não podem ser lidos isoladamente, descuidando da previsão do art. 5º, §2º e olvidando da diferença entre tratados comuns e tratados de direitos humanos.<sup>116</sup> Os recursos extraordinário e especial, portanto, só caberiam em face de decisões sobre tratados comuns.

Do exposto, observa-se que, em relação à tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a defesa da constitucionalidade material de todos os tratados radica na norma do art. 5º, §2º, enquanto o art. 5º, §3º viria somente *reforçar* o regime jurídico ao contribuir para a constitucionalidade também formal das normas. Além do mais, a maior legitimidade democrática desses tratados quando passam pelo rito de aprovação de emendas é fator de relevância tanto no plano interno quando internacional.<sup>117</sup> Assim, para a terceira corrente apresentada, os tratados incorporados na forma do art. 5º, §3º gozariam do mesmo regime protetivo dos tratados de direitos humanos: um regime mais reforçado.

#### 4.4. Hierarquia Supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Em termos de valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a terceira corrente só não é mais prestigiada do que aquela que defende a *supraconstitucionalidade* dos tratados de direitos humanos. A corrente da supraconstitucionalidade, embora seja majoritária na jurisprudência das Cortes internacionais, conta com poucos adeptos na doutrina brasileira. Jaime Orlando Santofímio Gamboa lembra que nos casos *Última Tentação de Cristo vs. Chile*;<sup>118</sup> *Hilare, Constantine, Benjamin e outros vs.*

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 339.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 331.

<sup>118</sup> No caso, paradigmático por contrapor um tratado a uma Constituição, a Corte IDH decidiu que o dispositivo constitucional que previa a censura prévia de espetáculos cinematográficos no Chile era contrário à Convenção, por afrontar o direito à liberdade de expressão do art. 13. Condenou ainda o Estado a alterar sua Lei Fundamental para adequá-la às obrigações internacionais assumidas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001).

Trinidad e Tobago;<sup>119</sup> *Caesar vs. Trinidad e Tobago*;<sup>120</sup> *Boyce e outros vs. Barbados*<sup>121</sup> e *Dacosta Cadogan vs. Barbados*<sup>122</sup> ficou claro que a questão da hierarquia dos tratados fica de lado quando a Corte IDH decide a convencionalidade de uma norma. Pouco importa se a norma é constitucional, pois, para a Corte, se ela desrespeita algum preceito da Convenção ela é anticonvencional e deve ser afastada, o que atribui ao tratado *status* supraconstitucional.<sup>123</sup> É a relevância das normas de direitos humanos que satisfaria a condição necessária para posicioná-las no topo da hierarquia legal.

As críticas a essa quarta corrente são uma constante. A mais contundente afirma que colocar os tratados de direitos humanos acima da Constituição encontraria óbice no princípio da supremacia constitucional.<sup>124</sup> A própria Constituição brasileira afastaria esse entendimento ao albergar preceitos sobre o controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, “b”) e sobre o processo *legislativo* de sua incorporação (art. 49, I e 84, IV).<sup>125</sup> Note-se que neste ponto o argumento é o mesmo dos defensores da hierarquia legal dos tratados. Mas além disso, para os críticos nem mesmo a afirmação da natureza especial e da relevância dos direitos humanos no contexto atual serviria de argumento. Segundo Gilmar Mendes, a vagueza dos dispositivos dos tratados e a possibilidade de atribuir a diversos deles natureza de tratado de direitos humanos colocaria em risco a posição da Constituição no topo da pirâmide normativa,<sup>126</sup> já que os direitos nela previstos seriam superiores aos direitos originários do plano internacional.

A crítica não resiste a uma análise mais atenta. Em oposição ao argumento de Gilmar Mendes de que na expressão “direitos humanos” poderia caber qualquer

<sup>119</sup> Neste caso, a Corte IDH considerou anticonvencional por afronta ao art. 4 da Convenção Americana a Lei de Delitos contra a Pessoa de Trinidad e Tobago, de 1925, por determinar a aplicação obrigatória de pena de morte na hipótese de homicídio doloso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 27 nov. 2003. § 103).

<sup>120</sup> A Corte IDH neste caso julgou anticonvencional a Lei de Penas Corporais de Trinidad e Tobago que considerava lícita a ordem de Tribunais nacionais de aplicar a homens penas corporais. Os flagelos admitidos pela legislação interna foram declarados contrários à Convenção por afronta ao art. 5, sobre o direito à integridade corporal. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Publicado em 11 mar. 2005).

<sup>121</sup> Neste caso foi declarada contrária à Convenção Americana a Lei de Delitos contra as Pessoas de Barbados, de 1994, que impunha a pena de morte. A lei interna afrontou, de acordo com o julgado internacional, o art. 4 do Pacto de São José da Costa Rica. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Boyce e outros vs. Barbados*. Publicado em 20 nov. 2007).

<sup>122</sup> Igualmente, a Corte IDH considerou a legislação sobre pena de morte contrária à Convenção de que é intérprete. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Publicado em 24 set. 2009).

<sup>123</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** Op. Cit., p. 255-256.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados... Op. Cit., p. 223.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 224.

<sup>126</sup> “(...) sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’ poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanentes”. (MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade... Op. Cit., p. 224).

conteúdo, fator incompatível com a dignidade de direitos fundamentais de hierarquia constitucional, Ingo Sarlet lembra que é suficiente a utilização de critérios hermenêuticos de apreensão dos significados.<sup>127</sup> Nesse ponto não é preciso se alongar.

Em contraposição à defesa do princípio da supremacia constitucional, a questão está posicionada na relativização da soberania, tema já traçado, e da imprescindibilidade de outorgar às normas de proteção do ser humano a maior efetividade possível. Nesse sentido é que para Celso Duvivier de Albuquerque Mello, em atenção à jurisprudência internacional e ao princípio *pro persona*, as normas de tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Brasil seriam dotadas de hierarquia supraconstitucional.<sup>128</sup>

Apesar da utilidade prática da teoria constitucional, o paradigma pós-estadualista na realidade põe em dúvida alguns dos postulados aos quais o jurista assenta seu ponto de partida. O Direito estatal sofre de rupturas identificadas na prática. Essas tensões estão cada vez mais elasticizadas e não parece indicado resistir à tendência humanista.<sup>129</sup> A defesa da supraconstitucionalidade não se baseia só na natureza privilegiada da norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, conquanto essa seja a principal defesa do argumento. Ela se baseia também na voluntariedade. Isto é, no

<sup>127</sup> “Eventuais distorções - assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art., 5º, §2º) - haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação e proporcionalidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 339).

<sup>128</sup> *In verbis*: “A Constituição de 1988 no §2 do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25).

<sup>129</sup> “No plano teórico, torna-se difícil continuar a sustentar que a constituição do Estado ocupe o topo de uma pirâmide de normas que incluiria também os direitos não estaduais. Nomeadamente porque, em relação às normas jurídicas não estaduais, não é teoricamente fácil explicar como e onde é que elas seriam incluídas nesta pirâmide cujo topo seria a constituição do Estado. Realmente, uma visão pluralista da superfície do direito despreveria esta, não tanto como uma pirâmide de normas, mas antes como uma ‘cordilheira’ de várias pirâmides, uma das quais seria o direito oficial, outras compreendendo a conjuntos - eventualmente também hierarquizados - de normas não estaduais. Constituiria, porém, uma forma inaceitável de conceitualismo ou de formalismo partir desse argumento teórico para resolver definitivamente um problema que tem também dimensões práticas, pois a bondade da resposta depende também das suas consequências práticas, avaliadas do ponto de vista da democraticidade do direito, que aqui tem sido aproximada da sua capacidade de satisfazer expectativas geralmente consensuais”. (HESPAHNA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico**... *Op. Cit.*, p. 248).

princípio segundo o qual a adesão a um tratado derroga qualquer disposição de Direito interno.<sup>130</sup>

O art. 27 da Convenção de Viena (incorporada no Direito brasileiro, como se viu acima) nada mais faz do que reconhecer o princípio da primazia do Direito Internacional, usualmente posto em patamar privilegiado pela doutrina internacionalista.<sup>131</sup> A jurisprudência internacional e a Convenção de Viena de 1969 nos artigos 26 e 27 excluem a possibilidade de o Estado invocar razões de Direito interno para escusar-se de obrigações internacionais, o que leva ao entendimento da hierarquia supraconstitucional de qualquer tratado. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros investigaram ainda os documentos dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena<sup>132</sup> para consignar que a norma do art. 27 foi proposta pela delegação do Paquistão “*com a intenção declarada de impedir que os Estados invocassem a respectiva Constituição a fim de se subtraírem ao cumprimento dos tratados por eles livremente concluídos*”.<sup>133</sup>

Mas mesmo que seja verdade que a tese esbarra nos dispositivos expressos na Constituição que assumem, a partir de uma leitura enviesada, a hierarquia infraconstitucional de tratados, também é verdade que a Constituição – ao menos a brasileira – em normas como aquela do art. 4º, II dá primazia aos direitos humanos e tem no art. 5º, §2º sua cláusula de abertura.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito nacional estão integrados em virtude das próprias normas consagradas na Constituição brasileira. Para além da polêmica entre dualistas e monistas, o fato é que a jurisprudência internacional aceita a primazia da norma internacional,<sup>134</sup> e reconhecer que o Direito é *um só* é a direção coerente com os tempos de integração econômica e social.<sup>135</sup>

Para Agustín Gordillo, as normas supranacionais instituidoras de garantias mínimas aos cidadãos do mundo devem se sobrepor às regulamentações internas, não importa qual for a hierarquia da norma. Segundo o autor, esse é o preço a pagar pela

<sup>130</sup> SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45... *Op. Cit.*, p. 142-143.

<sup>131</sup> “É este um princípio que rege as obrigações internacionais, um princípio de responsabilidade internacional e mesmo de direito costumeiro: um Estado *não* pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno (ou quaisquer atos emanados do poder público - legislativos, executivos ou judiciais)”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 44).

<sup>132</sup> Lembre-se que, caso se compreenda a Convenção de Viena uma norma de *jus cogens* internacional ou norma integrada no costume internacional com *status* supraconstitucional, é possível até mesmo sustentar a derrogação dos dispositivos constitucionais sobre controle de constitucionalidade de tratados e prevalência de qualquer norma de Direito Internacional perante a Constituição. (PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 123).

<sup>133</sup> *Idem*, p. 120. Grifos no original.

<sup>134</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 135.

convivência pacífica e ordeira no mundo atual.<sup>136</sup> Ademais, há um fundamento lógico na atribuição de supraconstitucionalidade às normas de direitos humanos previstas em tratados: “Não tem sentido decidir pela submissão a uma ordem jurídica supranacional, e a um tribunal com competência formal para aplicá-la e sancionar ao descumpridor, para logo pretender *a suposta supremacia da ordem local sobre a ordem internacional*”.<sup>137</sup> A supraconstitucionalidade de uma norma poderia ainda ser fundamentada em objetivos relevantes do Estado Constitucional e Humanista de Direito, com as seguintes características: (i) orientação de suas ações fundada na ética da alteridade; (ii) reconhecimento da diversidade cultural existente no mundo; (iii) desnecessidade de aceite dos Estados para obrigarem-se às regras universais; (iv) consagração de uma “justiça planetária”; (v) quebra o conceito de soberania estatal; (vi) contribuição para o avanço civilizatório da humanidade.<sup>138</sup>

É preciso cautela no entendimento de que o reconhecimento da hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos levaria ao fim do princípio da supremacia da Constituição. Não se nega que pode enfraquecer o princípio, mas não o anula, uma vez que desde o início do constitucionalismo o objetivo do movimento coincide com a finalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, qual seja, “resguardar a pessoa humana em sua convivência política”.<sup>139</sup> E mesmo que o reconhecimento da hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos dependa do reconhecimento desta condição pelo ordenamento interno,<sup>140</sup> normas previstas em tratados de direitos humanos classificadas como *jus cogens* têm sempre hierarquia supraconstitucional,<sup>141</sup> o que nunca foi necessariamente um problema para a soberania estatal.

Aliás, é curioso notar que o Supremo Tribunal Federal, ao passo que se posicionou por maioria pela suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, ao editar a Súmula Vinculante n. 25 terminou por esvaziar o conteúdo de uma norma constitucional que permite ao menos uma modalidade de prisão por dívidas. Na prática, a par da construção da tese da “eficácia paralisante” dos tratados, pode se dizer que houve um reconhecimento (ainda que não manifesto) do *status supraconstitucional* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que houve um bloqueio *indireto*

<sup>136</sup> GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos...** *Op. Cit.*, p. III-7-8.

<sup>137</sup> *Idem*, p. III-7.

<sup>138</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 166-173.

<sup>139</sup> CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. p. 353.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 319-321; PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 118.

da norma constitucional por aplicação de tratado.<sup>142</sup> Ou seja, na prática jurisprudencial brasileira já se estabeleceu – ainda que de forma incipiente, enviesada e não expressa, é verdade – a prevalência da norma internacional sobre a norma constitucional, ainda que pela via interpretativa. Esse fato é exemplificativo da tendência doutrinária e jurisprudencial cada vez mais frequente de admissão da existência de normas superiores àquelas previstas na Constituição.

## 5. RELATIVIZAÇÃO DO CRITÉRIO HIERÁRQUICO DE ORDENAÇÃO DAS NORMAS: HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL *A PRIORI* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Aos poucos, o paradigma do princípio da supremacia absoluta da Constituição cede à normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, *jus cogens* ou não. Diante disso, e por isso mesmo é que se adere à doutrina da supraconstitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Direito brasileiro, embora a proposta aqui seja de defesa da supraconstitucionalidade *a priori* ou *relativa*.

Supraconstitucionalidade *relativa* porque a solução hierarquizante para solução de conflitos não é absoluta. Ela cede ao critério *pro persona* e às interpretações jurisprudenciais internacionais e nacionais vinculantes aos Poderes de Estado.<sup>143</sup> Afinal, quando se trata de definir questões que envolvem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no fim das contas é equivocado falar em prevalência do Direito interno sobre o Direito Internacional, ou vice-versa. Diante da percepção de uma solução *menos benéfica* ou *pior* para o ser humano em caso de prevalência da norma de maior hierarquia na solução do caso, caberá ao operador desconsiderar o grau hierárquico da norma e privilegiar a opção mais protetiva à pessoa.<sup>144</sup> Resumidamente, o critério é o seguinte: para reconhecer direitos, procede-se na interpretação ou aplicação mais ampla da norma, e para limitar direitos na interpretação ou aplicação mais restrita da norma. Apelidou-se o instituto que regula essa técnica de princípio *pro persona*, *pro homine*, ou princípio da primazia da norma mais favorável.<sup>145</sup> Designa-se *princípio* (e não *regra*) *pro persona* com base nos dois principais critérios de distinção de normas entre princípios e regras

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 344.

<sup>143</sup> O princípio *pro persona* foi reconhecido como critério de interpretação pela Corte IDH no Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile, em 2001. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo... *Op. Cit.*

<sup>144</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007. p. 17.

<sup>145</sup> Conquanto a doutrina use as expressões indistintamente, o trabalho dá preferência à expressão “princípio *pro persona*”, mais inclusiva do que expressões que poderiam dar a impressão de redução do princípio à proteção do ser humano do gênero masculino (v.g. princípio *pro homine*).

adotados pela doutrina brasileira, isto é, tanto com fulcro no critério da fundamentalidade, quanto com arrimo no critério do modo de aplicação.<sup>146</sup> Neste trabalho, no entanto, o princípio *pro persona* é designado assim dado o seu grau de importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Diante do princípio *pro persona*, a relevância da hierarquia conferida às normas jurídicas diminui. Em outras palavras, o critério da hierarquia torna-se “flexível”. Até mesmo em conflitos entre tratados e a Constituição, em função do objetivo que anima o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sempre prevalecerá a norma mais favorável ao sujeito de direito.<sup>147</sup> Formalmente, o ordenamento ainda é uma pirâmide, mas materialmente as normas seguem a lógica da prevalência da norma mais protetiva. Por essa razão, a expressão técnica mais adequada para o fenômeno jurídico que ocorre nos casos de aparente conflito de normas não é “revogação”, pois o que acontece na verdade é simplesmente o afastamento das normas menos protetivas nos casos concretos, sem que elas sejam extirpadas do ordenamento.<sup>148</sup> A solução aproxima-se daquilo que o Supremo Tribunal Federal já designou de eficácia paralisante das normas internacionais.

Para que o princípio não seja utilizado de modo a privilegiar argumentos opostos com a mesma força, há três critérios para sua aplicação: (i) *Aplicação da norma mais protetiva*: independentemente da hierarquia da norma, diante de disposições conflitantes o aplicador deve privilegiar o dispositivo mais favorável ao indivíduo ou vítima. O critério vale entre normas internacionais conflitantes ou entre uma norma internacional e outra nacional. Os problemas técnicos a enfrentar no âmbito desse critério surgem quando o intérprete precisa optar no conjunto pela norma mais favorável, ou

<sup>146</sup> A definição do que é princípio para o Direito admite critérios diferenciados. Entre os mais utilizados pela doutrina brasileira, dois deles merecem referência. O primeiro critério é o do grau de fundamentalidade, segundo o qual uma norma é considerada princípio e se diferencia das regras pelo seu grau de importância no sistema jurídico. A importância de que um princípio se reveste permitirá verificar o modo de funcionamento de um sistema jurídico e de seus ramos, a compatibilidade de normas com o sistema e inclusive derivar normas desse sistema. É expoente dessa corrente o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que define princípios como “mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce”, base da qual se orienta para interpretar e aplicar as normas peculiares de um ramo do Direito. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54). O segundo critério de definição aqui mencionado (e de diferenciação entre princípios e regras) é o critério lógico-estrutural. Segundo esse critério, o que distingue um princípio de uma regra é um dado lógico: possuem estrutura diferenciada e forma de aplicação distinta. A natureza de cada uma das normas varia segundo sua estrutura e seu modo diferenciado de aplicação, o que permite diferenciar igualmente o modo de resolução de conflitos entre essas diferentes espécies de normas. São expoentes dessa corrente Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para ambos, pouco importa o grau de fundamentalidade da norma para sua classificação como princípio (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 29). Para explicação teórica sobre os dois modelos e sua possibilidade de convivência no Direito Administrativo brasileiro, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>147</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 112-113.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 119.

quando precisa decidir se aplica artigos de cada norma em separado de modo a conjugar o melhor dos mundos para o destinatário; (ii) *Conservação da norma mais protetiva*: quando uma norma é revogada tácita ou expressamente por norma posterior, esse critério interpretativo indica que, não obstante o comando legal, prevalece a norma anterior caso seja mais favorável ao indivíduo ou à vítima. O brocardo *lex posteriori derogat priori* é afastado, como se os termos da questão fossem alterados e um problema de revogação fosse convertido em um problema hermenêutico; (iii) *Interpretação protetiva*: esse critério se aplica quando o intérprete está diante de uma única norma (e não duas ou mais), e existem vários sentidos possíveis a serem conferidos à lei ou ao tratado. Nesse caso, o critério hermenêutico da interpretação protetiva demanda a escolha do sentido que proteja melhor o indivíduo ou vítima, ressalvada a proibição de conferir interpretação contrária à finalidade da norma eleita pelo legislador ou prevista no tratado internacional.<sup>149</sup>

Se apenas parcela da norma for mais favorável, é lícito ao “intérprete, aplicar *ambas* as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que têm de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos *tradicionais* de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*)”.<sup>150</sup> A consagração do princípio *pro persona* tem, portanto, como consequências: (a) a redução de potenciais conflitos normativos; (b) maior coordenação entre normas na dimensão vertical entre tratados e normas internas; (c) a maior coordenação entre normas na dimensão horizontal entre dois ou mais tratados.<sup>151</sup>

A expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da principiologia *pro persona*, bem como a necessidade premente de intensificação de proteção do ser humano e do meio ambiente do qual o ser humano faz parte já seriam motivos fortalecedores da tese da derrogação de normas constitucionais em caso de conflito insanável, situação que só se constata após a utilização de técnicas hermenêuticas e de compatibilização de normas. Mas, em atenção à natureza deste estudo, a principal razão para admissão da corrente da supraconstitucionalidade relativa é dogmática, calcada em uma interpretação das decisões tomadas pelo constituinte brasileiro e traduzida em disposições constitucionais.

Foi a própria Constituição brasileira que desde sua promulgação admitiu a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos devidamente incorporados. Em primeiro lugar, a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos encontra fundamento no art. 5º, §2º da Constituição. Se de acordo com a regra os

<sup>149</sup> HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales... *Op. Cit.*, p. 93-95.

<sup>150</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 900.

<sup>151</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito...* *Op. Cit.*, p. 544.

direitos fundamentais expressos na Lei Fundamental *não excluem* outros direitos aplicáveis do Direito Internacional (outros direitos não listados nela e reconhecidos como fundamentais internacionalmente), isso quer dizer naquela cláusula de abertura a própria Constituição visou *dar preferência* ao regramento externo que ela não previu.<sup>152</sup> Afirmar “não excluem” seria equivalente a dizer “dá preferência”.

Em segundo lugar, desde que sigam o procedimento de incorporação, seja mediante aprovação por maioria simples ou qualificada no Congresso Nacional, os tratados de direitos humanos em vigor prevalecem sobre qualquer norma em virtude do comando do art. 4º, II da Constituição. É dizer, a República Federativa do Brasil tem como *princípio fundamental* a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Ao admiti-lo, todo tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma prevista constitucionalmente adere ao ordenamento jurídico brasileiro em plano superior ao constitucional, desde que mais favorável ao ser humano.<sup>153</sup> É este um princípio fundamental da República em consonância com a jurisprudência internacional de Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a perspectiva humanista retomada após a Segunda Guerra Mundial, agora mais necessária do que nunca diante das novas tecnologias que interligam os continentes e pessoas, dos conflitos emergentes no globo, do terrorismo e do problema ambiental.

Em terceiro lugar, uma vez que o princípio *pro persona* integra o ordenamento como modo qualificado de solução de conflitos, o status supraconstitucional *a priori* das normas de tratados de direitos humanos obriga uma interpretação convencionalmente adequada do art. 102, III, “b” e art. 105, III, “a” da Constituição. A norma do art. 102, III, “b” da Constituição, segundo a qual cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal quando decisão judicial de única ou última instância declarar inconstitucional tratado internacional, só vale para os tratados comuns. Isto é, se aplica somente a tratados internacionais que regulam outros aspectos da vida humana, como por exemplo tratados comerciais, territoriais, etc., os quais não são de direitos humanos e não têm hierarquia supraconstitucional, mas hierarquia suprallegal (ou hierarquia legal, segundo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal). Por sua vez, a norma do art. 105, III, “a” da Constituição, segundo a qual cabe recurso especial quando a decisão de única ou última instância contrariar ou negar vigência a tratado, desde que interpretada segundo critérios hermenêuticos de Direito Internacional de Direitos Humanos,

<sup>152</sup> O argumento pertence a André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros e indica a natureza supraconstitucional dos tratados na ordem jurídica portuguesa. Mas se aplica perfeitamente ao caso brasileiro, pois o art. 5º, §2º da Constituição guarda similitude com o art. 16, n. 1 da Constituição portuguesa. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual... Op. Cit.*, p. 117.

<sup>153</sup> Mesmo nos países que adotam a tese da suprallegalidade dos tratados, o princípio *pro persona* permite que uma lei posterior prevaleça sobre a disposição do tratado de direitos humanos quando aquela for mais favorável ao indivíduo ou menos restritiva de sua esfera jurídica. Apesar de inferior em hierarquia, neste caso a lei torna inaplicável o tratado. Cf. HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales... Op. Cit.*, p. 80-81.

indica o cabimento de dito recurso ao Superior Tribunal de Justiça quando qualquer tratado, seja ele comum ou de direitos humanos, for contrariado por decisão de tribunal ou este negar-lhe vigência. Portanto, a solução da supraconstitucionalidade não contrasta com a Constituição.

## 6. CONCLUSÃO

A primazia da norma mais favorável como fundamento para hierarquia supraconstitucional dos tratados não está isenta de críticas.<sup>154</sup> Especialmente, pode ser encarada como problemática para aqueles que defendem soluções não hierárquicas para solução de problemas envolvendo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se nega que os tempos atuais são de *sincretismo constitucional*, realidade em que normas nacionais e internacionais são complementares.<sup>155</sup> Nesse sentido, os autores transconstitucionalistas<sup>156</sup> discorrem aprofundadamente sobre os perigos de definir hierarquias rígidas das normas.

Com apoio na teoria transconstitucional de Marcelo Neves,<sup>157</sup> Marcelo Torelly indica o modo de relacionamento *não hierárquico* (heterárquico) das ordens jurídicas no contexto da governança transversal dos direitos fundamentais. O processo considera “a especial relevância que os *problemas* constitucionais têm no sistema jurídico, mas sem

<sup>154</sup> Como nem mesmo o caráter autoritário e ativista das Cortes Internacionais em relação às suas decisões que partem da autoridade do princípio *pro persona*. Para uma introdução, cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

<sup>155</sup> SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45... *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>156</sup> Anderson Teixeira define o fenômeno transconstitucional do seguinte modo: “(...) o constitucionalismo global pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo a integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais”. (TEIXEIRA, Anderson Vichikesni. Constitucionalismo transnacional... *Op. Cit.*, p. 159).

<sup>157</sup> O transconstitucionalismo admite “hierarquia entrelaçadas” de ordens jurídicas nacionais e nacionais e supranacionais (ou entre múltiplas ordens, o que acresce em complexidade a análise). As relações entre os sistemas, embora haja hierarquia dentro deles, são heterárquicas, nas quais nenhum deles detém a palavra final sobre o problema a resolver. A teoria parte do pressuposto de que os ordenamentos estão constituídos em “redes construtivas” de normas e sentidos, no que há aprendizado recíproco. Nesse sentido, cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 255-284; NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

determinar uma prevalência *a priori* do direito constitucional doméstico sobre o direito internacional dos direitos humanos ou vice-versa”.<sup>158</sup> A negativa de uma solução hierarquizante leva à retroalimentação das decisões pelas Cortes nacionais e internacionais,<sup>159</sup> o que representa um processo de construção e reconstrução da jurisprudência sobre direitos humanos.<sup>160</sup>

No entanto, soluções heterárquicas do transconstitucionalismo e aquelas típicas dos diálogos jurisdicionais não são incompatíveis com o estabelecimento de critérios especiais de resolução de conflitos. Notadamente porque em face de um problema constitucional, imerso na diversidade das normas jurídicas, o aplicador do Direito obriga-se a, primeiramente, definir *a priori* qual a norma de maior hierarquia que prevalecerá e iluminará a interpretação das normas inferiores. O critério *pro persona* convive com essa proposta, relativizando-a e compreendendo até mesmo a utilidade da proposta heterárquica, possibilitando que o diálogo entre as Cortes aconteça sob o fundo comum da proteção máxima do ser humano.

O que se quer dizer é que mais importante do que definir a hierarquia dos tratados de direitos humanos, possivelmente seja estabelecer os métodos para um diálogo frutífero e efetivo em um contexto de pluralismo que depende inclusive de mecanismos de respeito às decisões de Cortes internacionais.<sup>161</sup> Do mesmo modo, independentemente da técnica jurídica empregada (e aqui defende-se a utilidade e plena aplicabilidade do princípio *pro persona*), o importante é a aceitação do novo paradigma de cooperação entre Estados vivido, no qual os textos normativos se abrem às experiências externas e se legitimam na medida de seu comprometimento com as causas mundiais comuns.<sup>162</sup>

Se o que une a humanidade é a condição idêntica dos indivíduos que a compõem, as normas protetivas dessa mesma condição devem se aplicar a todos os seres humanos indistintamente de modo a superar em hierarquia as normas estatais de países diferentes, sejam elas legais ou constitucionais. A relativização da soberania é o preço a ser pago para participar da comunidade global de nações, orientadas à

<sup>158</sup> TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 99.

<sup>159</sup> A retroalimentação das decisões é a consequência da perspectiva horizontal de um Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável segundo a lógica do Direito Comparado: “Como todas as linguagens, incluindo o Direito, refletem o mundo que seus falantes habitam, o que encontra expressão para um pode não encontrar ou ressoar no outro. Como uma forma de tradução, o Direito Comparado está atento ao fato de que uma lei estrangeira com frequência precisará ser adaptada”. (KNOP, Karen. *Here and there: International law in domestic courts*. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000. p. 529).

<sup>160</sup> TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>161</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. p. 522.

<sup>162</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação... *Op. Cit.*, p. 120-121.

proteção do ser humano e do meio ambiente com caráter prioritário. De outro lado, razões dogmáticas também respaldam a hierarquia supraconstitucional de normas de tratados de direitos humanos internalizados na ordem jurídica brasileira. Primeiramente, o preâmbulo da Constituição de 1988 consagra o reconhecimento da ordem jurídica interna e internacional como *locus* primordial de solução pacífica das controvérsias às quais estão sujeitas todas as sociedades. Em segundo lugar, a interpretação sistemática de normas específicas previstas na Constituição segundo critérios hermenêuticos que favorecem a pessoa humana e lhes dão a maior eficácia possível (especialmente o princípio *pro persona*) levam ao mesmo entendimento. O art. 4º, II da Constituição prevê que o Brasil se rege em suas relações internacionais pela *prevalência* dos direitos humanos, norma que denota a opção constituinte de privilegiar os direitos humanos no cenário internacional durante a assinatura e adesão a tratados. Por sua vez, o art. 5º prevê para esses mesmos direitos um regime jurídico diferenciado. O art. 5º, §1º prevê a aplicabilidade imediata deles, confirmando a jurisprudência dominante nas Cortes internacionais acerca do caráter auto-executável (*self-executing*) dos tratados de direitos humanos, técnica condizente com a busca de efetividade da proteção da pessoa humana. O art. 5º, §2º prevê que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Na medida em que esta regra de abertura afirma que direitos previstos no plano interno *não excluem* direitos do plano externo, ela visa a *privilegiar* aqueles direitos de origem internacional classificados como direitos humanos que a Constituição não previu, mas que têm caráter cronológico e lógico antecedente à própria edição da Constituição. Esta é a interpretação mais benéfica ao ser humano e mais compatível com o art. 4º, II da Constituição.

A corrente supraconstitucional relativa de hierarquia de tratados de direitos humanos aqui defendida assume como válido e eficaz o art. 5º, § 3º da Constituição. Ao aprovar o ingresso de algum tratado segundo um procedimento mais rigoroso e torná-lo equivalente a emenda constitucional, o Congresso brasileiro estaria integrando o tratado no bloco de constitucionalidade e permitindo o controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 5º, §3º seria, portanto, regra de Direito Processual Constitucional tendente a ampliar as normas que servem de parâmetro para controle abstrato de constitucionalidade em ações típicas definidas na Constituição, o que de resto não impediria o controle de convencionalidade concreto pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais juízes e tribunais. Além disso, ao incorporar-se com *status* de emenda constitucional o tratado estaria definitivamente protegido como cláusula pétreia, sendo vedada a partir de então sua denúncia. Ressalva-se que neste trabalho defende-se a possibilidade de denúncia de tratados de direitos humanos, desde que obedecido o procedimento definido pelas respectivas convenções. A norma inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ao fim e ao cabo, *estende* o

espectro de ações cabíveis para a defesa dos direitos humanos e *umenta* o grau de proteção da pessoa humana.

Não bastassem esses argumentos, a hierarquia supraconstitucional dos tratados é a posição consolidada na jurisprudência internacional. Para as Cortes internacionais, a norma internacional de direitos humanos está acima das Constituições nacionais. A hierarquia definida nos ordenamentos internos para normas não convencionais é tomada como mero *fato* pelas Cortes internacionais, que buscam verificar em seus julgados a compatibilidade de qualquer norma interna com normas de tratados de direitos humanos integradas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou esse entendimento, entre outros, no Casos Última Tentação de Cristo vs. Chile, de 2001. A posição da jurisprudência internacional tem como principal fundamento o princípio da boa-fé e o princípio costumeiro do *pacta sunt servada*, cuja natureza é de *jus cogens*. Norma positiva albergou esses princípios na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, vigente no Brasil desde a publicação do Decreto n. 7.030/2009. A Convenção de Viena prevê no art. 26 que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” e no art. 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. A regra do art. 27 foi projetada para evitar que os Estados deixassem de cumprir as obrigações internacionais assumidas legitimamente e contempla na expressão “direito interno” *inclusive* as normas previstas nas Constituições. Não haveria sentido o Estado assumir uma obrigação internacional e a competência jurisdicional de Cortes de direitos humanos para posteriormente negar-lhes obrigatoriedade e vinculação a pretexto de preservar um esquema teórico ultrapassado de soberania nacional. Tamaña contradição não é admitida como interpretação válida perante o Direito Internacional Público e muito menos perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A supraconstitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Direito brasileiro e das normas definidas costumeiramente como *jus cogens*, cumpre salientar, é *relativa*. Perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a solução hierarquizante para a solução de conflitos normativos não é absoluta. Diga-se o mesmo sobre os critérios temporal e de especialidade. Os critérios usuais de solução de antinomia cedem ao critério *pro persona* e às interpretações jurisprudenciais internacionais e nacionais vinculantes aos Poderes de Estado. Restringindo-se ao *status*, desde que uma norma de hierarquia inferior seja *mais benéfica* ou *menos prejudicial* ao interesse do ser humano sujeito à sua incidência ou irradiação, ela deverá prevalecer perante normas que sejam de hierarquia superior. O critério hierárquico é flexível na pirâmide de normas: se *a priori* um tratado está no ápice do sistema, isso não impede que em algumas hipóteses um tratado de direitos humanos ceda em face da Constituição ou mesmo de normas legais ou atos administrativos, desde que sua norma não seja a mais favorável ou menos prejudicial. Mas o princípio *pro persona*

ou *pro homine*, previsto em diversos tratados internacionais, entre eles no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, não serve apenas para solução de conflitos insanáveis entre normas. Ele além disso serve de guia hermenêutico. Orienta o intérprete a proceder na interpretação ou aplicação da norma mais ampla para reconhecer direitos, e a proceder na interpretação e aplicação mais restrita para limitá-los. E mesmo que haja dificuldades práticas na aplicação do princípio *pro persona*, por exemplo em definir qual seria a melhor norma ou a menos pior, isso não impede que por meio dos métodos usuais de interpretação jurídica e argumentação chegue-se a soluções ótimas ou tendentes ao ótimo. O princípio *pro persona*, aliás, é plenamente compatível com a técnica da ponderação, cujo maior mérito é conciliar princípios a uma primeira vista antagônicos no caso concreto. Em suma, o princípio *pro persona* tem a virtude de acrescentar um elemento menos abstrato de resolução no processo de decisão, qual seja, o privilégio da defesa da pessoa humana mesmo quando estejam sendo sopesados direitos com conteúdos inicialmente inconciliáveis.

O reconhecimento da supraconstitucionalidade não minora o papel institucional da Constituição nem sua força normativa. A Lei Fundamental ainda é o documento constituinte da sociedade política e jurídica do Estado brasileiro, que preserva sua soberania no esquema de organização, distribuição e exercício de competências nela definidos. Os direitos fundamentais e seu regime jurídico peculiar continuam intactos, do mesmo modo que o conjunto cultural e normativo nacional plasmado no bloco de constitucionalidade de cada país. Assumir a hierarquia supraconstitucional relativa apenas termina com esquemas teóricos ultrapassados sobre o conceito de soberania nacional, uma opção encampada pelo próprio constituinte em 1988. Diferentemente do que se poderia pensar, outorgar prevalência aos tratados de direitos humanos ou situá-los em patamar hierárquico superior *não ultraja a normatividade constitucional* construída a duras penas desde 1988 e ainda em processo de edificação. Ao contrário, a supraconstitucionalidade dos tratados é compatível com os desígnios do constituinte originário que, como visto, determinou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e a inclusão preferencial de direitos humanos no catálogo de direitos com regime jurídico diferenciado de aplicabilidade imediata. Foi o constituinte que, afinado com as tendências globalizantes e supranacionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, relativizou em matéria de direitos humanos a soberania estatal e optou por patamares protetivos mínimos da pessoa humana e do meio ambiente. Esses patamares são definidos em consenso pelas nações em compromissos internacionais e interpretados por Cortes internacionais com competência consultiva e contenciosa voluntariamente reconhecida pelo Estado brasileiro. No mais, prevalece o posicionamento interno naquilo em que a Constituição e a interpretação dos tribunais brasileiros forem mais benéficas para o ser humano. Nesse quesito, a teoria dos diálogos jurisdicionais serve de apoio para afastar teses que façam prevalecer a todo custo a posição de

Cortes externas ou normas internacionais não condizentes com a finalidade protetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## 7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 33-66, maio/ago. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em **17/06/1998**. Publicado em **10/08/2000**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-RJ. Tribunal Pleno. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento em 23/11/1995. Publicado em 28/11/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Tribunal Pleno. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em 01/06/1977. Publicado em 29/12/1977.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Boyce e outros vs. Barbados. Publicado em 20 nov. 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 11 mar. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Publicado em 24 set. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 27 nov. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p.1-34, abr./maio, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis Um diálogo sobre a autonomia da constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas a noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GANHO, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014.

GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e MERCOSUL (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007.

GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: O desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, San José, v. 39, p. 71-99, 2004.

HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, Munique, v. 16, p. 212-241, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópico do Direito: o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 2, p. 87-102, ago./set. 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 5, n. 9, p. 274-305, jan./jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

OLIVEIRA, Douglas Henrique de; TACLA, Sílvia Regina. Reflexões acerca da possibilidade da Prisão Civil do Depositário Judicial Infel e tutela jurisdicional efetiva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.8, n. 1, p.189-214, jan./abr. 2013.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional**: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-195.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los derechos humanos en México: un reto impostergable. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 145-168, jan./abr. 2016.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras.

Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 325-344, jul./dez. 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161. Disponível em: <[www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf)>.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p.135-162, jan./abr. 2014.

SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n. 1, p. 137-162, jan./abr. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluri-versalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos – reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012.





## Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias

### *Technology, environment, and democracy: some approaches*

**CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO** <sup>I, II, \*</sup>

<sup>I</sup> Universidade Tiradentes (São Cristóvão-SE, Brasil)

<sup>II</sup> Universidade Federal de Sergipe (Brasil)  
cmachado@infonet.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-2834-9699>

**AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE** <sup>I, \*\*</sup>

<sup>I</sup> Universidade Tiradentes (Aracaju-SE, Brasil)  
aclresende@bol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-1199-7817>

**Recebido/Received:** 08.06.2018 / June 8<sup>th</sup>, 2018

**Aprovado/Approved:** 17.12.2019 / December 17<sup>th</sup>, 2019

#### Resumo

A efetividade do direito ao meio ambiente sadio depende primordialmente da implementação de políticas públicas ambientais, o que envolve o dispêndio de recursos públicos, que são escassos. Por essa razão, o presente artigo tem como objetivo principal apresentar, a partir de uma pesquisa doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis no sentido de que a tecnologia, que está na base da atual crise ecológica, pode ser utilizada como ferramenta de minimização da reserva do possível e, por consequência, de maximização da efetividade dos direitos fundamentais. Para tanto, tratar-se-á, inicialmente,

#### Abstract

*The effectiveness of the right to a healthy environment depends primarily on the implementation of environmental policies, which involves the expenditure of public funds, which are scarce. Therefore, this article aims to present the main, from a doctrinal and legislative research, arguments favorable to the how technology, which is the basis of the ecological crisis, can be used as a tool of mitigation of reserve possible and hence to maximize the effectiveness of fundamental rights. Thus shall be treated, initially, the relationship of technology with the environmental crisis. After, it will be to examine how information and communication*

---

Como citar esse artigo/How to cite this article: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; RESENDE, Augusto César Leite de. Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 749-771, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59847.

\* Professor de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Sergipe – UFS (São Cristóvão-SE, Brasil) e da Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju-SE, Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe. E-mail: cmachado@infonet.com.br.

\*\* Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes - UNIT (Aracaju-SE, Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina - UNISUL. Promotor de Justiça em Sergipe. E-mail: aclresende@bol.com.br.

da relação da tecnologia com a crise ambiental. Após, analisar-se-á o papel da tecnologia na abertura de novos espaços de participação política e de transparência administrativa. E, por fim, demonstrar-se-á que a internet é um instrumento facilitador do controle social dos gastos da Administração Pública e, por isso, de concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio.

**Palavras-chave:** tecnologia; meio ambiente; democracia; reserva do possível; controle da administração pública.

*technologies have enabled the opening of new spaces for political participation and administrative transparency. Finally, it will be to demonstrate that the Internet is a facilitator of social control of public spending and so the application of the fundamental right to a healthy environment.*

**Keywords:** technology; environment; democracy; reserve of the possible; control of the public administration.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** A tecnologia na base da crise socioambiental; **3.** Direito fundamental ao meio ambiente sadio e a reserva do possível; **4.** A internet como ferramenta de fortalecimento da democracia, da cidadania e dos direitos fundamentais; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho científico se inspirou no fato de que a tecnologia está na base da crise socioambiental, uma vez que as inovações tecnológicas intensificaram o ritmo de produção e consumo na sociedade contemporânea, o que está esgotando as reservas naturais e colocando em xeque a existência da vida no planeta, de modo que urge solucionar a contradição existente entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente, uma vez que o capitalismo, em regra, busca sempre o crescimento ilimitado e despreza os limites da natureza.

São necessárias a promoção do desenvolvimento sustentável e a concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio. A proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações é, à luz do disposto no art. 225 da Constituição Federal, dever do Estado e da coletividade e a garantia do desenvolvimento nacional sustentável é, nos termos do art. 3º, inciso II, da Carta Política, objetivo da República Federativa do Brasil.

O Estado é, assim, constitucionalmente obrigado a empreender ações concretas, inclusive políticas públicas, voltadas à tutela da natureza, o que envolve necessariamente o dispêndio de recursos públicos, que são, por sua vez, escassos. Desse modo, a reserva do possível é verdadeiro limite à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais e os ambientais, que são bastante custosos.

Nesse contexto, é mister levar a sério a reserva do possível<sup>1</sup>, notadamente através dos controles social e judicial das opções orçamentárias, dos gastos públicos e do

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 472.

cumprimento da responsabilidade fiscal, uma vez que com isso se poderá minimizar os respectivos efeitos<sup>2</sup>.

As tecnologias de informação e de comunicação produzem consequências contraditórias ao ser humano e à natureza. Elas podem ser uma ameaça aos direitos humanos e aos direitos fundamentais<sup>3</sup> e ao mesmo tempo instrumentos de exercício da democracia e de controle da Administração Pública pelos cidadãos<sup>4</sup>.

Nesse toar, o presente artigo científico tem por finalidade precípua analisar, a partir de uma pesquisa doutrinária e legislativa, como a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de minimização da reserva do possível e, por consequência, de maximização da efetividade dos direitos fundamentais.

Primeiramente, tratar-se-á da crise ecológica da atualidade, haja vista a tecnologia ter aumentado a produção e o consumo, nas últimas décadas, que foram fomentados à base da destruição do meio ambiente, à custa de degradação de florestas, lagos, rios, oceanos, solo e ar, com possibilidade real de aniquilação do ser humano.

Posteriormente, discutir-se-á a necessidade de concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e a interligação entre direitos fundamentais, reserva do possível e o controle das despesas públicas pela sociedade.

Em seguida, demonstrar-se-á que as tecnologias de informação e de comunicação permitiram a abertura de novos espaços de debate público e de transparência administrativa. E, por fim, analisar-se-á como a tecnologia pode ser utilizada como instrumento de controle social dos gastos da Administração Pública e, ainda, como antes destacado e por via de consequência, proporcionar a minimização da reserva do possível e maximização da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente o direito ao meio ambiente sadio.

## 2. A TECNOLOGIA NA BASE DA CRISE SOCIOAMBIENTAL

A modernidade, que Anthony Giddens conceitua como “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”<sup>5</sup>, provocou mudanças

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direito Fundamentais: orçamento e reserve do possível**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-50, 2013, p. 33-34.

<sup>3</sup> MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 40, n. 132, p. 63-87, dezembro de 2013, p. 70.

<sup>4</sup> DUTT, Mallika; RASUL, Nadia. Conscientização digital: uma análise das oportunidades e dos riscos enfrentados pelos ativistas de direitos humanos no Brasil. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 11, n. 20, p. 441-451, jun. 2014, p. 441.

<sup>5</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 11.

extremamente rápidas e significativas no meio social, especialmente no que toca à tecnologia<sup>6</sup>.

O capitalismo e a industrialização, duas dimensões da modernidade<sup>7</sup>, ensejaram avanços científicos e tecnológicos, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, que transformaram a sociedade ocidental moderna em uma sociedade de risco e de consumo, acarretando graves problemas socioambientais.

A sociedade de consumo se caracteriza como um grupo social em estágio avançado de desenvolvimento industrial, com grande circulação e consumo de bens e serviços oferecidos graças a uma produção intensiva, pois o homem contemporâneo tem uma necessidade ilimitada de adquirir e usar inúmeros bens e serviços<sup>8</sup>.

Os produtos não são fabricados em função do seu respectivo valor de uso ou da sua utilidade, mas antes em função de seu precimento calculado, da sua morte<sup>9</sup>. Trata-se da chamada “obsolescência programada”, consistente na “prática adotada pelos fornecedores no intuito de abreviar a vida útil dos produtos, em clara prática insustentável e que visa apenas a maximização do lucro, prejudicando-se o meio ambiente e a sociedade”<sup>10</sup>.

Enfim, e na esteira dos ensinamentos de Zygmunt Bauman, “os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preençam”<sup>11</sup>, por meio da inserção de novos bens e serviços no mercado.

Já em 1964, Herbert Marcuse<sup>12</sup> alertava que a sociedade industrial à época era totalitária, no sentido de que a tecnologia e a economia criavam artificialmente necessidades nas pessoas, que se tornaram manipuláveis<sup>13</sup>. Tal pensamento ainda é atual, pois os agentes econômicos se utilizam de técnicas de persuasão, através da tecnologia da comunicação e da informação, especialmente a publicidade de massa, para manipular as pessoas em prol do mercado e do lucro, afetando negativa e decisivamente a

<sup>6</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 16.

<sup>7</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 67.

<sup>8</sup> FAJARDO, Elias. **Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010, p. 14.

<sup>9</sup> BOUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 3.ed. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 44.

<sup>10</sup> EFING, Antônio Carlos; PAIVA; Leonardo Lindroth de. Consumo e obsolescência programada: sustentabilidade e responsabilidade do fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-135, jul./dez. 2016, p. 118.

<sup>11</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 128.

<sup>12</sup> MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada**. São Paulo: EDIPRO, 2015.

<sup>13</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Revoluções utópicas dos anos 60: a revolução estudantil e a revolução política na igreja**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2006, p. 82.

liberdade dos indivíduos no que toca à liberdade de escolha na aquisição de bens e serviços. Isto porque a sociedade e as empresas produzem carências e desejos, passando as pessoas a serem julgadas por aquilo que consomem, vestem ou calçam, pelos locais que frequentam, pelos bens materiais que exibem em público<sup>14</sup>.

Os indivíduos são incentivados pelos diversos veículos de publicidade a consumir cada vez mais, de modo que a tecnologia da comunicação de massa passa a ser usada para aumentar os lucros das grandes corporações, pois, como refere Jean Boudrillard, a “publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com o único fim, não de acrescentar, mas de *tirar o valor* de uso dos objectos, de diminuir o seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada”<sup>15</sup>, já que incute na mente das pessoas que os seus produtos se tornaram defasados, induzindo-as, assim, a adquirir novos produtos.

A sobrevivência da sociedade de consumo depende da criação de falsas necessidades por novas mercadorias. É preciso, pois, embutir na consciência dos homens a necessidade de adquirir novos bens e serviços, a fim de que o produto, ao ser inserido no mercado, seja ao máximo consumido e, em seguida, substituído por outra mercadoria<sup>16</sup>.

Zygmunt Bauman afirma que “o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos”<sup>17</sup>, ou seja, é uma necessidade vital do ser humano. Consume-se para viver.

O consumismo, acrescente-se, conceituado por Fátima Portilho, como a “expansão de um conjunto de valores hedonistas que estimula o indivíduo, ou a sociedade, a buscar satisfação e felicidade através da aquisição e exibição pública de uma grande quantidade de bens e serviços”<sup>18</sup>, passou a ser, inegavelmente, um dos principais problemas da sociedade moderna.

Hoje, os indivíduos consomem com os olhos e emoções, quase sempre voltados apenas para eles mesmos, num ato extremamente individualista e egoísta, sem

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Consumo sustentável**: manual de educação. Brasília: Consumers International/MMA/MEC/IDEC, 2005, p. 15. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao8.pdf>>. Acesso em 07 de junho de 2018.

<sup>15</sup> BOUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 3.ed. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 45.

<sup>16</sup> PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 21-22.

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 37.

<sup>18</sup> PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 25.

se preocupar com as consequências socioambientais de suas decisões de consumo<sup>19</sup>. Vive-se, por assim dizer, em uma cultura de consumismo, associada, de igual forma, a uma cultura do descarte.

Ademais, o desenvolvimento industrial, tecnológico e científico ensejou, a partir da segunda metade do século XX, a transformação da sociedade industrial em uma sociedade de risco. As atividades humanas produzem riscos à vida dos elementos humanos e não humanos da natureza, que transbordam, inclusive, as fronteiras de tempo e espaço<sup>20</sup>, ou seja, as ameaças são globalizantes, supranacionais e independentes de classe, como destaca Ulrich Beck<sup>21</sup>.

Os riscos produzidos na atualidade não são unicamente concretos e sensorialmente perceptíveis, mas também invisíveis, incertos e imprevisíveis, escapando completamente à percepção humana imediata<sup>22</sup>. Além disso, os riscos decorrentes das ações humanas contêm um efeito bumerangue, na medida em que eles alcançarão, inevitavelmente, todos aqueles que os produziram ou que lucraram com eles, inclusive sob a forma de ameaças ecológicas<sup>23</sup>.

A atual crise socioambiental é agravada, pelo que Ulrich Beck chama de “irresponsabilidade organizada”<sup>24</sup>, na medida em que reflete o processo de ocultamento ou dissimulação, pelo Estado e pelos particulares, das consequências dos perigos ecológicos de larga escala advindas das atividades dos homens, especialmente dos avanços tecnológicos, a fim de atender seus interesses econômicos e políticos<sup>25</sup>.

Enfim, a tecnologia está na base da crise socioambiental da atualidade. Contudo, a tecnologia é construída e desenvolvida pelos seres humanos de acordo com seus interesses, valores e objetivos, de modo que ela não produz somente consequências negativas ao homem e à natureza. A tecnologia também pode promover impactos positivos na sociedade, notadamente para os direitos fundamentais e para a democracia.

<sup>19</sup> EFING, Antônio Carlos; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente: um dever do Estado. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 197-224, maio/ago. 2015, p. 210.

<sup>20</sup> BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n.1, p. 127-147, jan./jun. 2010, p. 131.

<sup>21</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010, p. 16.

<sup>22</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010, p. 27.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010, p. 27.

<sup>24</sup> BECK, Ulrich. **Ecological Politics in an Age of Risk**. Londres: Polity Publications, 1995.

<sup>25</sup> SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Processos coletivos para a tutela do risco ecológico: a construção de um patrimônio comum coletivo**. 2011. 441f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, p. 42.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A RESERVA DO POSSÍVEL

No Estado liberal do século XIX, a lei era a fonte hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, limitar o poder estatal e manifestar a vontade popular<sup>26</sup>, de maneira que o pensamento jurídico vigente até primeira metade do século XX, o positivismo jurídico, fundava-se na ideia da observância quase “cega” da lei, afastando do Direito a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça<sup>27</sup>.

A negativa de abertura do sistema jurídico aos valores permitiu que o Estado produzisse um Direito marcado pela tirania e pelo descarte do ser humano<sup>28</sup>. Nesse cenário, tem-se a ascensão do fascismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

As concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porquanto não mais se aceitava, no pensamento jurídico do pós-guerra, tais ideias<sup>29</sup>.

Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do pós-positivismo, que promoveu o rompimento da separação do ser e do dever ser defendido pelo positivismo jurídico com a reaproximação entre o Direito e a ética e entre o Direito e a moral, exigindo-se, agora, uma leitura social, humana e moral do Direito, isto é, vai-se além da estrita legalidade, mas não se descuida do direito posto<sup>30</sup>.

Tem-se a abertura do Direito aos valores. E os valores vigentes na sociedade estão referenciados no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e positivados, expressa ou implicitamente, na própria Carta Constitucional na forma de princípios. Desse

<sup>26</sup> MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>28</sup> ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012, p. 135.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270-272.

modo, os valores fundantes do sistema jurídico brasileiro condicionam a compreensão e a interpretação dos textos normativos, especialmente do Direito Privado<sup>31</sup>.

Os valores são preexistentes às regras e aos princípios. Eles integram a norma, mas não são normas jurídicas<sup>32</sup>. Os valores influenciam a construção dos significados nos textos normativos, razão pela qual se houver alteração dos valores que permeiam a vida em sociedade e fundamentam o sistema, ter-se-á modificação do sentido das normas<sup>33</sup>.

Uma das grandes mudanças de paradigma, ocorridas na segunda metade do século XX, foi o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios. Konrad Hesse assentou que “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”<sup>34</sup>.

A Constituição é, indiscutivelmente, uma norma jurídica e, como tal, dotada de imperatividade e que, por isso mesmo, seus preceitos são obrigatórios e vinculativos. Não se trata de mero documento político, de um simples convite ao administrador público a dar plena efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais nela consagrados, cuja concretização fica ao alvedrio, ou melhor, sob a discricionariedade do chefe do Poder Executivo.

Sob a influência do neoconstitucionalismo e da redemocratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou um amplo e extenso leque de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, impondo ao Poder Público o dever de adotar medidas efetivas e adequadas de proteção e promoção de tais direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito fundamental<sup>35</sup>, mas, enquanto princípio fundamental do Estado brasileiro<sup>36</sup>, é a fonte e a base dos direitos fundamentais e dos direitos humanos<sup>37</sup>, conferindo, ao lado dos valores e do

<sup>31</sup> ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013, p. 80.

<sup>32</sup> ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013, p. 95.

<sup>33</sup> ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013, p. 96.

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

<sup>36</sup> ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do levitã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012, p. 96.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

princípio estruturante do Estado Social Democrático de Direito, sentido e legitimidade à ordem constitucional<sup>38</sup>.

A dignidade da pessoa humana tem uma dimensão ecológica, que alberga a qualidade de vida e a higidez do ambiente em que a vida, humana e não humana, desenvolve-se, ou seja, a qualidade de vida é elemento normativo integrante do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>39</sup>. Desse modo, faz-se mister a existência de um ambiente equilibrado e seguro para que existam condições bióticas e abióticas favoráveis ao desenvolvimento pleno da vida com qualidade e, conseqüentemente, com dignidade.

O direito ao meio ambiente sadio está diretamente fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana porque essencial à qualidade de vida e à própria existência humana. Não há que se falar em dignidade humana, se não houver um ambiente favorável ao bem-estar, à saúde e à vida humana, isto é, que proporcione ao homem uma sadia qualidade de vida. Assim não se pode negar a fundamentalidade material do direito ao meio ambiente sadio.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, típico direito fundamental de terceira dimensão, assim como os direitos civis e políticos (primeira dimensão) e os direitos econômicos, sociais e culturais (segunda dimensão), implica para o Estado as obrigações: a) de respeitar o direito, ou seja, de não os violar, por meio de sua conduta; b) de proteger o direito das agressões de terceiros; e c) de satisfazer o direito, cujos casos de violações decorrem, como regra, de omissões do Estado<sup>40</sup>, o que envolve necessariamente o dispêndio de recursos públicos.

Na verdade, o efetivo exercício de todos os direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais, culturais ou ambientais, custa dinheiro e, por conseqüência, envolve o gasto de recursos públicos<sup>41</sup>. O Estado, porém, dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais e ambientais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui limite jurídico e fático dos

<sup>38</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito civil brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 1, n. 1, p. 833-865, 2012, p. 844.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89.

<sup>40</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed.. Madrid: Trotta, 2004, p. 133-134.

<sup>41</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 15.

direitos fundamentais<sup>42</sup>. É a chamada reserva do possível, uma das faces ocultas dos direitos fundamentais<sup>43</sup>.

Como ensina Ana Paula de Barcellos, existem duas espécies da reserva do possível, a fática e a jurídica. A primeira refere-se à inexistência material e real de recursos, ou seja, indisponibilidade de caixa. A segunda compreende a inexistência de autorização orçamentária para a realização de determinada despesa<sup>44</sup>.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais e a execução das demais tarefas do Estado exigem o financiamento do próprio Estado por meio dos tributos. Por isso, a tributação é tradicionalmente pensada como forma de arrecadação de receitas para o custeio das atividades estatais e, mais recentemente, como formas de indução de condutas virtuosas ou de desestímulo de comportamentos inadequados, inconvenientes ou inoportunos<sup>45</sup>.

O Estado precisa arrecadar para custear a implementação dos direitos fundamentais e a arrecadação se fará, principalmente, por meio da tributação<sup>46</sup>. A tributação é utilizada, portanto, para financiar a satisfação dos direitos fundamentais, aumentando a disponibilidade de caixa e, por consequência, as possibilidades de cumprimento dos direitos fundamentais. Por tais motivos, há clara relação entre a reserva do possível, os direitos fundamentais e a tributação<sup>47</sup>.

A crise de efetividade dos direitos fundamentais está diretamente relacionada com a carência de recursos públicos necessários para a execução de políticas públicas sociais<sup>48</sup>. Assim, levar os direitos fundamentais a sério significa, na lição de Holmes e Sustain, levar a sério o problema de escassez de recursos públicos<sup>49</sup>. E levar a sério a reserva do possível significa que cabe ao Estado comprovar a insuficiência de recursos

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 296.

<sup>43</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262-263.

<sup>45</sup> CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder com finalidade extrafiscal. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. vol. 33, n. 02, p. 171-206, jul./dez. 2013, p. 172.

<sup>46</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 195-208, 2008, p. 204.

<sup>47</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 195-208, 2008, p. 206.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 472.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 473.

públicos necessários à concretização dos direitos fundamentais, bem como o uso eficiente e correto de tais recursos<sup>50</sup>.

É dever jurídico do Estado agir pautado nos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência, da publicidade e da transparência em relação aos gastos públicos e à escassez de recursos financeiros, com o objetivo de garantir em nível satisfatório a efetividade dos direitos sociais e ambientais<sup>51</sup>.

A publicidade e a transparência permitem o controle judicial e, sobretudo, o social sobre as opções orçamentárias do Administrador Público e sobre o cumprimento da legislação relativa aos gastos públicos e à responsabilidade fiscal. Desse modo, o controle social da Administração Pública é instrumento necessário para a minimização dos efeitos da reserva do possível<sup>52</sup>.

Nesse contexto, a tecnologia pode ser utilizada como um útil mecanismo de controle social do Estado, de minimização da reserva do possível e, por consequência, de maximização da efetividade dos direitos fundamentais?

#### 4 A INTERNET COMO FERRAMENTA DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição portuguesa é um sistema interno de regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa, que se assenta em princípios estruturantes, que, por sua vez, ganham concretização através dos princípios constitucionais gerais, que se densificam através dos princípios constitucionais especiais, e que, por fim, se concretizam por meio das regras constitucionais<sup>53</sup>.

No que toca ao sistema jurídico brasileiro, Ricardo Aronne ensina que o princípio estruturante, enfeixador dos valores constitucionalmente garantidos, é o princípio do Estado Social Democrático de Direito e fonte normativa da ordem jurídica brasileira. Os princípios fundamentais decorrem do princípio estruturante e são as bases do ordenamento jurídico nacional; os princípios gerais densificam, por sua vez, os fundamentais e visam concretizá-los, dentre os quais se destacam os princípios da liberdade e da igualdade. Os princípios especiais explicitam os gerais em ramos específicos do Direito. As regras são normas jurídicas que regulam condutas, fatos ou atos. E, por fim,

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 474.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 473.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 474.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 1173-1174.

as normas individuais são as decisões judiciais e as disposições contratuais e, portanto, regentes de casos concretos<sup>54</sup>.

A República Federal do Brasil se constitui em Estado Social e Democrático de Direito, princípio este em que se assenta a ordem jurídica nacional, porque todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.

A opção do legislador constituinte foi adotar primeiramente a chamada democracia indireta ou representativa, ante a impossibilidade real e prática da adoção da democracia direta em sua plenitude porque entendeu, ao que parece, ser inviável a convocação de constantes pronunciamentos diretos do povo sobre todos os aspectos da vida político-institucional do Estado.

Na democracia representativa, o povo participa do processo de formação das decisões políticas do Estado indiretamente, isto é, através de seus representantes eleitos para, em seu nome, tomar decisões e externar a vontade popular, como se o povo estivesse realmente governando.

A Constituição da República adotou, porém, institutos de participação direta do povo na vida política do Estado, tais como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular (art. 14, I, II e III - CF) e a ação popular (art. 5º, LXXIII - CF), característicos da democracia direta (ou da democracia semidireta, para ser mais preciso), mas que não permitem a ampla e plural discussão popular sobre todas as questões controversas no seio da sociedade.

A Carta Magna também permite a abertura de espaços públicos, onde os indivíduos possam, no pleno exercício da cidadania, conjuntamente e em igualdade, dialogar e discutir entre si, participando e influenciando diretamente na tomada de decisões políticas e jurídicas do Estado<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012, p.96-97.

<sup>55</sup> Sobre o tema e desenvolvendo a matéria no campo da democracia participativa, ver o estudo de MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Fraternidade e Democracia: Considerações sobre os mecanismos de participação popular e fraterna na Carta Constitucional do Brasil de 1988*. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **O Direito no Século XXI – O que a Fraternidade tem a dizer**. Florianópolis: Editora Insular, 2016, p. 67-69: “[...] as situações que materializaram o compromisso constituinte com a democracia participativa não se limitaram aos institutos antes comentados. Ao longo de todo o texto constitucional é possível encontrar dispositivos que conclamam a sociedade civil, mais especificamente a cidadania, a se apresentar como protagonista da gestão pública, emprestando a sua valiosa colaboração na construção das decisões, integrando Conselhos Populares, exercendo controle social sobre determinados atos do governo ou, mesmo, mediando deliberações onde os interesses sociais estejam em jogo. Disposições constitucionais afinadas nesse diapasão se apresentam ao longo do texto originário da Constituição Federal ou resultado de Emendas Constitucionais (EC) promulgadas em momento posterior, todas adiante identificadas: a) Direito de ingresso de Ação Popular: “Art. 5º. (...): LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”; b) Participação obrigatória de

## Hannah Arendt explica a distinção entre espaço público e espaço privado a

organizações sindicais nas negociações coletivas de trabalho: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)”; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”; c) Direito de Participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos: “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”; d) Controle Social das Contas Públicas: “Art. 31. (...)” § 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”; e) Direito de Participação do Usuário de Serviços Públicos: “Art. 37. (...)” § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998); f) Denúncia de irregularidades: “Art. 74. (...)” § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”; g) Participação na gestão da seguridade social: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...); VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (Redação dada pela EC nº 20, de 1998); h) Participação na gestão do Serviço Único de Saúde: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)”; III - participação da comunidade”; i) Participação da Sociedade na formulação das políticas públicas de Assistência Social e no controle de tais ações: “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...)”; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”; j) Participação na gestão do Ensino Público: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...); VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei”; k) Promoção e proteção do patrimônio cultural: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)” § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”; l) Participação na gestão e controle de Políticas Públicas de Cultura: “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: (...)”; X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social”; (Dispositivos incluídos pela EC nº 71, de 2012); m) Participação social no Conselho Consultivo do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida (Incluído inicialmente pela EC nº 31/2000, com alteração da Emenda Constitucional nº 42/2003 e da Emenda Constitucional nº 67/2010). Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei” (Incluído pela EC nº 31/2000); n) Participação social na gestão do Fundo Estadual e Municipal de Combate à Pobreza: ADCT – “Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil” (Incluído pela EC nº 31/2000)”.

partir do conceito de *vita activa*, que é utilizada para designar as três atividades humanas fundamentais: trabalho, obra e ação. Segundo a referida filósofa, o trabalho e a obra se situam no espaço privado porque o trabalho é a atividade desenvolvida pelo homem para satisfazer as necessidades vitais e biológicas humanas, enquanto que a obra é a atividade de transformação da natureza pelo homem, proporcionando a criação de um mundo não natural, a fabricação de bens artificiais<sup>56</sup>. Por fim, “a ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”<sup>57</sup>.

A ação, enquanto condição humana, desenvolve-se em espaços públicos especificamente destinados ao exercício da cidadania através da discussão política sobre questões de interesse da sociedade, o que pode ser feito através do uso da *internet* em fóruns virtuais e nas redes sociais, como o *facebook*.

As novas tecnologias da informação e comunicação podem trazer riscos aos direitos fundamentais, em especial ao direito à intimidade<sup>58</sup>, mas também oferecem oportunidades para o seu desenvolvimento e concretização<sup>59</sup>. Assim, diante desse contexto de expansão digital, não se pode negar que os velhos mecanismos constitucionais de exercício da democracia semidireta (plebiscito, referendo, ação popular e iniciativa popular) já são insuficientes e inadequados para assegurar a plena gerência do povo nos negócios políticos do Estado.

Além disso, Caroline Müller Bitencourt e Eduarda Simonetti Pase aduzem claramente que os meios de exercício da democracia participativa previstos na Constituição Federal de 1988 não são suficientes porque “não se aprofundam as formas de compreensão do fenômeno político e governamental aos destinatários das ações do Estado, que almejem uma sociabilidade maior e mais igualitária nesse processo de tomada de decisões”<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 08.

<sup>57</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 8.

<sup>58</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 167-200, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295.

<sup>59</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. Museus necessitam manter a continuidade das suas funções culturais no domínio digital como expressão de um direito cultural (esta missão é desafiadora porque essas instituições necessitam de mais e melhores recursos humanos, financeiros e tecnológicos nem sempre disponíveis). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 1, p. 215-241, jan./abr. 2018, p. 227.

<sup>60</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>, p. 302.

É mister a ampliação dos instrumentos de participação no poder pelo povo, uma vez que “grande parte da vida das pessoas acontece online”<sup>61</sup>. A internet modificou as relações e interações entre as pessoas, com potencialidade de afetar a democracia, de acordo com o contexto político e social<sup>62</sup>.

O momento atual é a da “era dos computadores, e-mails, telefones celulares, televisão por satélite, mídias e redes sociais”<sup>63</sup>. Como resultado dessas novas tecnologias, tem-se a modificação do modo como os governos se comunicam e interagem com seus cidadãos, propiciando, inclusive, o surgimento da “e-democracia” consistente no uso da tecnologia para aproximar a população do Estado mediante a ampliação das formas de participação popular nas tomadas de decisão da Administração Pública<sup>64</sup>.

O exercício da cidadania, sem a intermediação de partidos ou representantes políticos, é possível graças à tecnologia da informação, notadamente as redes sociais, que são verdadeiras fontes de comunicação de massa. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a politização eletrônica abre uma via direta e muito diversificada, que supera comícios e palanques, para expressar a vontade popular independentemente de canais tradicionais midiáticos e, notadamente, partidários”<sup>65</sup>.

A “e-democracia”, na lição de William H. Dutton, permite a interação e o diálogo entre cidadãos com pontos de vistas diferentes, estimulando a participação mais informada da população nos debates políticos e na formulação de políticas públicas<sup>66</sup>. O debate político pode ser exercido para além de fronteiras e tempo porque as manifestações locais podem ser divulgadas ao mundo, isto é, ir do local ao global, sem a necessidade de passar pelo nacional<sup>67</sup>.

A internet é um instrumento de difusão rápida de movimentos e opiniões contra-hegemônicos, com ampla possibilidade de ultrapassar os limites da grande mídia

<sup>61</sup> RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014, p. 357.

<sup>62</sup> RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014, p. 359.

<sup>63</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. Museus necessitam manter a continuidade das suas funções culturais no domínio digital como expressão de um direito cultural (esta missão é desafiadora porque essas instituições necessitam de mais e melhores recursos humanos, financeiros e tecnológicos nem sempre disponíveis). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 1, p. 215-241, jan./abr. 2018, p. 223.

<sup>64</sup> DUTTON, William H.. **Social transformation in a information society: rethinking access to you and the world**. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – UNESCO. Paris, 2004, p. 98.

<sup>65</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia: e crise e superação**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 48.

<sup>66</sup> DUTTON, William H.. **Social transformation in a information society: rethinking access to you and the world**. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – UNESCO. Paris, 2004, p. 103.

<sup>67</sup> RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014, p. 366.

e, por isso, de se tornar num instrumento de disseminação de poder<sup>68</sup>. O sociólogo espanhol Manuel Castells, em entrevista à Folha de São Paulo no dia 21 de setembro de 2010, aduziu que a internet amedronta o poder político porque

*[...] o poder sempre esteve baseado no controle e, às vezes, na manipulação da informação. O grau de autonomia das pessoas para se comunicar, informar e organizar suas próprias redes de sociabilidade é muito mais potente com a internet. Ela é a construção da autonomia da sociedade civil. Os governos sempre tiveram horror a isso<sup>69</sup>.*

A tecnologia, por meio da internet, permitiu a ampliação e a abertura de novos canais de participação política direta do cidadão na gestão da coisa pública, isto é, sem intermediários<sup>70</sup>. A internet facilita o acesso à informação e a transparência das ações governamentais, ampliando qualitativa e quantitativamente o controle social do Estado porque mais pessoas com perspectivas, visões de mundo e formações diversas poderão observar o Poder Público, de modo que a tecnologia pode ser usada para empoderar o cidadão, que passa a agir politicamente e a influenciar a agenda do Estado<sup>71</sup>.

A participação social nos processos de tomada de decisão do Poder Público aproxima a comunidade do Estado e permite que as escolhas administrativas sejam feitas a partir da análise e da ponderação das necessidades sociais apresentadas pelo povo à Administração Pública e recaiam sobre aquelas mais consentâneas com o dever de eficiência<sup>72</sup>.

O controle social da Administração Pública depende, porém, da publicidade dos atos estatais, da transparência administrativa e do acesso à informação<sup>73</sup>, que são facilitados pelo uso da internet. Afinal, como explicita Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, as novas tecnologias oferecem ao cidadão o acesso facilitado à informação pública, propiciam maior transparência dos dados públicos e, especialmente e permitem o cidadão

<sup>68</sup> RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014, p. 366-367.

<sup>69</sup> CASTELLS, Manuel. Se um país não quer mudar, não é a rede que irá mudá-lo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de setembro de 2010. Entrevista concedida a Alec Duarte. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/osp/poder/po2109201022.htm>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

<sup>70</sup> NOGUEIRA, Juliana Pires Ferreira; CASTRO, Carlos Portiara. Internet, democracia e comunicação do governo: análise da página do *facebook* do Portal Brasil da Presidência da República. **Revista de Estudos da Comunicação**, Curitiba, v. 15, n. 37, p. 134-151, jan./mar/ 2014, p. 142.

<sup>71</sup> RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014, p. 367.

<sup>72</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336.

<sup>73</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331.

participar na tomada de decisões pelo Estado, propiciando, em suma, o bom governo e a boa administração<sup>74</sup>.

A publicidade e a transparência administrativa são da essência do Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que os atos do Poder Público devem ser do conhecimento geral da população. Aliás, Norberto Nobbio define a democracia como o “poder em público”, para indicar que os governantes são obrigados a tomarem suas decisões às claras e permitam que os governados vejam tais escolhas estatais<sup>75</sup>.

Os princípios da publicidade e da transparência não são conceitos sinônimos. A publicidade é a marca daquilo que é público e não mantido em sigilo, ao passo que a transparência é atributo do que é claro, límpido, cristalino, de modo que os atos do Estado devem ser públicos e transparentes, isto é, devem ser levados a conhecimento de todos e permitir que os interessados possam enxergar com clareza, inclusive de linguagem, seu conteúdo a fim de seja possível efetivar o controle<sup>76</sup>.

Tais princípios constitucionais permitem a visibilidade das atividades administrativas do Estado e o acesso à informação pública pelos cidadãos, propiciando, destarte, a fiscalização e o controle da Administração Pública pela população, além de dificultar a corrupção e o desvio de poder.

No Brasil, o art. 8º da Lei N.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) impõe aos órgãos e entidades públicas a obrigação de promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, inclusive em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas<sup>77</sup>.

O art. 48 da Lei Complementar N.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) aduz que são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 65.

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 386.

<sup>76</sup> MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49819>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

<sup>77</sup> BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Edição Extra.

<sup>78</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de maio de 2000.

Ademais, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são obrigados a publicar na internet, especificamente no chamado portal da transparência, os dados relativos à execução orçamentária e financeira, com informações específicas sobre receitas e despesas, transferências voluntárias, salários, cargos e lotação dos servidores, diárias, convênios, dentre outras informações<sup>79</sup>, permitindo-se, com isso, que os cidadãos possam exercer, com a obtenção da informação pública, o controle da Administração Pública.

A legislação brasileira impõe o uso da internet como ferramenta de publicidade dos atos do Poder Público, facilitando, por consequência, o acesso à informação pública, de modo que, como averba Têmis Limberger, “por meio da informação disponível por meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício do poder mais transparente e, portanto, mais democrático”<sup>80</sup>.

Embora a efetividade do controle social do Estado através da tecnologia dependa primordialmente do acesso à internet<sup>81</sup>, que é considerado um direito fundamental porque promove a dignidade humana, na medida em que permite o exercício da cidadania e dos direitos políticos, notadamente o controle da atuação estatal pelos cidadãos<sup>82</sup>, não se pode negar que a tecnologia, por meio da internet, facilita o controle e a fiscalização dos gastos da Administração Pública pelo povo.

E o controle popular da Administração Pública influencia, por sua vez, a tomada de decisões do Poder Público, especialmente na seara orçamentário-financeira, e promove a diminuição dos desvios de recursos públicos e da corrupção, contribuindo, portanto, para a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal através da minimização da reserva do possível.

Enfim, a internet ampliou o grau de publicidade e de transparência administrativa e facilitou o acesso do cidadão à informação. E a maior visibilidade da gestão pública aumenta quantitativa e qualitativamente o controle social e, por isso, serve de fator psicológico de desestímulo à corrupção, ao desvio de poder e à má aplicação dos recursos públicos, minimizando, por via de consequência, os efeitos da reserva do possível e maximizando a concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>79</sup> CAMPOS, Rosana; PAIVA, Denise; GOMES, Suely. Gestão da informação pública: um estudo sobre o Portal Transparência Goiás. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 28, n. 2, p. 421-446, maio/ago. 2013, p. 436.

<sup>80</sup> LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, N. 244, p. 248-263, 2007, p. 263.

<sup>81</sup> O direito fundamental de acesso à internet não será aqui analisado porque tal tema foge dos objetivos da presente pesquisa.

<sup>82</sup> HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. **Revista de Derecho Informático**, n. 118, maio/2008. Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/ivar\\_hartmann.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf). Acesso em 07 de junho de 2018.

## 5. CONCLUSÃO

A tecnologia contribuiu decisivamente, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, para a intensificação dos impactos negativos da interferência do ser humano na natureza, demonstrando a necessidade de conciliar o desenvolvimento econômico e social com a preservação e a proteção do meio ambiente.

A crise ambiental fez surgir a necessidade de uma proteção jurídica efetiva do meio ambiente. Nesta perspectiva, a Constituição Federal consagrou o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Estado o dever fundamental de garantir e proteger o meio ambiente, obrigando o Poder Público a adotar medidas efetivas e adequadas de proteção ao meio ambiente.

Ocorre que, a concretização do direito ao meio ambiente sadio envolve o dispêndio de dinheiro público e os recursos são limitados, daí porque ser sustentado que o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado. A reserva do possível deve ser levada a sério, o que significa que cabe ao Estado utilizar os recursos públicos disponíveis com probidade e eficiência e aos cidadãos controlar os gastos da Administração Pública.

Nesse contexto, a tecnologia permitiu a ampliação e a abertura de novos canais de participação política do cidadão na gestão da coisa pública e no controle da Administração Pública, uma vez que a internet facilita o acesso à informação e a transparência das ações governamentais.

A maior visibilidade da gestão da coisa pública, proporcionada pela tecnologia, aumenta quantitativa e qualitativamente o controle social e, por isso, serve de desestímulo à prática de atos de improbidade administrativa e de crimes contra a Administração Pública.

Portanto, a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de minimização da reserva do possível e de maximização da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais e ambientais, mediante a publicidade e a transparência dos atos do Poder Público e da participação popular na internet.

## 6. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed.. Madrid: Trotta, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.

ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 167-200, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295.

BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n.1, p. 127-147, jan./jun. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Ecological Politics in an Age of Risk**. Londres: Polity Publications, 1995.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 3.ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Edição Extra.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de maio de 2000.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Consumo sustentável: manual de educação**. Brasília: Consumers International/MMA/MEC/IDEC, 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao8.pdf>>.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Revoluções utópicas dos anos 60: a revolução estudantil e a revolução política na igreja**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2006.

CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder com finalidade extrafiscal. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. vol. 33, n. 02, p. 171-206, jul./dez. 2013.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 195-208, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2011.

CASTELLS, Manuel. Se um país não quer mudar, não é a rede que irá mudá-lo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de setembro de 2010. Entrevista concedida a Alec Duarte. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2109201022.htm>>.

DUTT, Mallika; RASUL, Nadia. Conscientização digital: uma análise das oportunidades e dos riscos enfrentados pelos ativistas de direitos humanos no Brasil. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 11, n. 20, p. 441-451, jun. 2014.

DUTTON, William H.. **Social transformation in a information society: rethinking access to you and the world**. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – UNESCO. Paris, 2004.

EFING, Antônio Carlos; PAIVA; Leonardo Lindroth de. Consumo e obsolescência programada: sustentabilidade e responsabilidade do fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-135, jul./dez. 2016.

EFING, Antônio Carlos; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente: um dever do Estado. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 197-224, maio/ago. 2015.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito civil brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 1, n. 1, p. 833-865, 2012.

FAJARDO, Elias. **Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. **Revista de Direito Informático**, n. 118, maio/2008. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/ivar\\_hartmann.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf)>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, N. 244, p. 248-263, 2007.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Fraternidade e Democracia: Considerações sobre os mecanismos de participação popular e fraterna na Carta Constitucional do Brasil de 1988. In: VERO-NESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **O Direito no Século XXI – O que a Fraternidade tem a dizer**. Florianópolis: Editora Insular, p. 59-71, 2016.

MOLINARO, Carlos Alberto. Museus necessitam manter a continuidade das suas funções culturais no domínio digital como expressão de um direito cultural (esta missão é desafiadora porque essas instituições necessitam de mais e melhores recursos humanos, financeiros e tecnológicos nem sempre disponíveis). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 1, p. 215-241, jan./abr. 2018.

NOGUEIRA, Juliana Pires Ferreira; CASTRO, Carlos Portiara. Internet, democracia e comunicação do governo: análise da página do *facebook* do Portal Brasil da Presidência da República. **Revista de Estudos da Comunicação**, Curitiba, v. 15, n. 37, p. 134-151, jan./mar/ 2014.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigiância: algumas aproximações. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 40, n. 132, p. 63-87, dezembro de 2013.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia**: e crise e superação. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49819>>.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Internet e democracia: o papel do direito como vetor de integração. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Coord.). **Direito e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 357-378, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço jurídico**. v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direito Fundamentais: orçamento e reserve do possível**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-50, 2013.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Processos coletivos para a tutela do risco ecológico: a construção de um patrimônio comum coletivo**. 2011. 441f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis.





## As políticas públicas como concretização dos direitos sociais

### Public policies as realization of social rights

OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Faculdade Estácio de Sá de Goiás (Goiânia-GO, Brasil)

osvaldopesquisador@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-0926-7046>

**Recebido/Received:** 31.05.2018 / May 31<sup>st</sup>, 2018

**Aprovado/Approved:** 16.12.2019 / December 16<sup>th</sup>, 2019

#### Resumo

Este artigo busca examinar as políticas públicas como concretização dos direitos sociais no âmbito do hodierno Estado Social, corporificado por um extenso catálogo de direitos sociais e, a partir da consagração jurídico-constitucional de tais direitos, eles constituem fundamento das políticas públicas de desenvolvimento ao interessar, aqui, a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. Assim, é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Ademais, as políticas públicas, nos Estados Constitucionais, se coadunam com o ativismo judicial, já que o Poder Judiciário ao exercer o controle das políticas públicas não substitui as funções dos Poderes Legislativo e Executivo, mas implica, por sua vez, não deixar que a pessoa humana fique desprovida do exercício de um direito fundamental, reconhecido na Constituição ou na lei, porque o Poder Público foi inerte ou omissivo. O artigo analisará, ainda, sobre a discricionariedade administrativa na tomada de decisão do agente público no contexto das políticas públicas de direitos sociais. A pesquisa bibliográfica foi, assim, direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo

#### Abstract

*This article seeks to examine public policies as the realization of social rights within the current Social State, embodied by an extensive catalog of social rights and, from the juridical and constitutional consecration of these rights, they constitute the foundation of public development policies to the interest, here, the vision that frames social rights as a framework for action of public policies. Thus, it is through public policies that the State concretizes fundamental rights, especially social rights. In addition, public policies in constitutional states are in line with judicial activism, since the judiciary in exercising control of public policies does not replace the functions of the legislative and executive branches, but implies, in turn, human being is deprived of the exercise of a fundamental right, recognized in the Constitution or in the law, because the Public Power was inert or omission. The article will also analyze the administrative discretion in the decision making of the public agent in the context of the public policies of social rights. The bibliographical research was thus directed to the more detailed consultation of ample material available by concentrating all the synergies for the systematization of theoretical and juridical elements with the purpose of erecting*

Como citar esse artigo/How to cite this article: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730.

\* Professor da Faculdade Estácio de Sá de Goiás (Goiânia-GO). Pós-doutorando e Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Docência do Ensino Superior. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás). Professor universitário. Pesquisador. E-mail: osvaldopesquisador@gmail.com..

material disponível ao concentrar todas as sinergias para a sistematização de elementos teóricos e jurídicos com o fim erigir argumentos ou soluções que enquadrem os direitos sociais como objeto usual das políticas públicas estatais.

*arguments or solutions that frame social rights as usual object of the state public policies.*

**Palavras-chave:** Estado Social; Políticas públicas; Direitos sociais; Discrecionalidade; Controle judicial..

**Keywords:** Social State; Public policy; Social rights; Discretionary; Judicial control.

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Do estado Social ao papel essencial das políticas públicas como resposta a problemas sociais; 3. Os direitos sociais como marco das políticas públicas de desenvolvimento; 4. Diversos âmbitos e alcances da intervenção jurisdicional sobre as políticas públicas de direitos sociais; 5. Discrecionalidade administrativa na formulação de políticas públicas de direitos sociais; 6. Conclusão; 7. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

As políticas públicas (*public policies*), embora tenham já sido muito estudadas no âmbito da Ciência Política, da Sociologia, Economia Política, da ciência da Administração e até da Filosofia moral, têm sido correntemente esquecidas do ponto de vista jurídico pela doutrina brasileira.

Os novos problemas que as políticas públicas apresentam continuam a residir na natureza *dirigente* da Constituição por orientar a ação governamental do estado ao propor que se adote um programa de conformação da sociedade, no sentido de estabelecer uma direção política permanente. Ademais, os atuais problemas atinentes à temática políticas públicas abarcam, ainda, a discrecionalidade legislativa, a liberdade de conformação do legislador, bem como a discrecionalidade administrativa. A ação político-estatal explica-se pela definição do interesse público primário e da consecução do interesse público secundário, ambos tipicamente compreendidos na atividade estatal, legislativa e administrativa.

A relação entre os direitos sociais e as políticas públicas que procedem à sua realização prática é de extrema importância, pois reside nas políticas públicas a efetiva valorização estatal dos designados direitos sociais não poucas vezes depreciados. Ao levar em conta essa perspectiva, os direitos fundamentais definem-se e aplicam-se como uma espécie de marco ou programa que guia ou orienta as políticas públicas dos Estados ao contribuir para as instituições democráticas.

Expostas as ideias preambulares acima, o objetivo deste artigo busca identificar o papel fundamental das políticas públicas no âmbito do Estado Social de Direito para, em seguida, a partir da concepção de direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, identificar qual a vinculação do Estado referente à consecução de políticas

públicas de direitos sociais e, ao final, apontar que ligada à eficácia jurídica dos direitos sociais poderá configurar a suposta possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

Este estudo move-se, dentro do Direito Constitucional, entre a matéria dos *direitos fundamentais*, sobretudo dos *direitos sociais*. A análise das políticas públicas, claramente heterogênea, para além do Direito Constitucional, também chama à colação o Direito Administrativo<sup>1</sup> de quem é parente próximo e, ainda, outras ciências sociais não normativas como, por exemplo, a Ciência Política.<sup>2</sup>

A complexidade do tema proposto perpassa em grande medida da sua heterogeneidade temática ao impedir optar, pura e simplesmente, por um método específico. Poderíamos dizer que nos aproximamos, de certa forma, de uma perspectiva *estruturalista*, como panorama operante não só mediante análise dos dados textuais constitucionais, legais, doutrinários referentes ao problema a resolver, mas tendo também atenção aos processos de decisão regulados pelas normas atinentes ao problema e à realidade social que para ele remete. Também não exclui o chamado *realismo jurídico* ao postular a possibilidade de tirar dos princípios imutáveis de justiça as regras de conduta jurídica.

Impende esclarecer que foram privilegiadas, quanto às fontes consultadas, no quadro do objeto de estudo escolhido e delimitado, as obras consideradas como mais importantes, atentando-se com o maior desvelo possível para a atualidade das obras ante as limitações próprias da natureza desta investigação específica. A pesquisa bibliográfica foi, assim, direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo material nos idiomas espanhol, inglês e português (abarcando obras brasileiras e portuguesas). Concentraram-se todas as sinergias numa exaustiva sistematização dos elementos teóricos, jurídicos e metodológicos a fim de erigir um pujante texto límpido, concatenado com vários argumentos e, na ciência de sua incompletude e limitação, submetê-lo ao debate e à crítica.

<sup>1</sup> A expressão *políticas públicas* ingressou recentemente na linguagem e no temário do Direito Administrativo, originada de estudos das ciências sociais realizados nos Estados Unidos. MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 190.

<sup>2</sup> Veja-se, a propósito, o garboso texto de Maria Tereza Sadek ao examinar o tema políticas públicas sob a perspectiva da Ciência Política. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1–32.

## 2. DO ESTADO SOCIAL AO PAPEL ESSENCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO RESPOSTA A PROBLEMAS SOCIAIS

O estudo referente às políticas públicas está intrinsecamente relacionado à existência de um Estado Social<sup>3</sup> desde a Constituição de Weimar de 1919,<sup>4</sup> de modo que é imprescindível elucidar o conceito de política pública ao torná-lo operacional para o escopo principal deste artigo que consiste em perceber as políticas públicas como concretização dos direitos sociais e, por consequência, se há possibilidade de controle jurisdicional sobre a rubrica de política pública ao visar a efetivar direitos reconhecidos na Constituição, notadamente os direitos sociais, ante a ausência ou insuficiência ou, ainda, a não concretização de política pública na respectiva matéria.<sup>5</sup>

Pode-se, sem pretensão de precisão, afirmar que os objetivos mais importantes do Estado Social passam pela ajuda contra a necessidade e a pobreza, pela garantia de uma renda mínima que venha assegurar a dignidade da pessoa humana, pelo aumento da igualdade para a superação da dependência, pela segurança contra as vicissitudes da vida (risco social) e pela criação e ampliação de prosperidade. Esquemáticamente, impende destacar que, em geral, os objetivos do Estado Social passam a almejar: (a) a segurança econômica e social; (b) a redução das diversas desigualdades; e (c) a redução da pobreza.<sup>6</sup> Aqui se vê facilmente a função própria que os direitos sociais assumem ao ser possível resumir a sua caracterização em quatro aspectos: (1º) a sua orientação em função do princípio da igualdade material; (2º) o seu vínculo com a satisfação de necessidades individuais; (3º) a intensificação do elemento público que atribui ao Estado

<sup>3</sup> O Estado Social caracteriza-se pelo adensamento (consolidação) da compreensão da pessoa humana e inerente dignidade, pelo aprofundamento da justiça distributiva e pela promoção entre a igualdade de todos os membros da comunidade, por um apelo a um alargado sentimento de solidariedade. E, nesse pressuposto, ficam os poderes públicos obrigados a intervir para que a igualdade jurídico-política a qual assegura o Estado de Direito se transforme numa autêntica igualdade social, econômica e cultural, o que culmina numa atitude corretiva das desigualdades. O Estado Social (de Direito) assume a atribuição de conformação da ordem social com o intuito de alcançar a justiça social porque a garantia das condições materiais do cidadão digno não dispensa a atuação prestacional do Estado na efetiva realização dos direitos sociais. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 105, 233; SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 167; MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Tomo II. v. 2. p. 110–139; BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182–204; DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171–249; GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14–16, 22; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245; NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 30–46.

<sup>4</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81.

<sup>5</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 232.

<sup>6</sup> ZAMORA, Miguel Agudo. **Estado Social y felicidad: la exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual**. Madrid: Ediciones del Laberinto, 2007. p. 50–52.

a responsabilidade em matéria social; e (4º) a sua virtualidade como elementos que operam diante dos mecanismos do mercado.<sup>7</sup>

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, políticas públicas traduzem “[...] um complexo de processos juspolíticos, destinado à efetivação dos direitos fundamentais”.<sup>8</sup> Em alusão à lição de Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas constituem “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>9</sup> Ainda, segundo a autora, políticas públicas “são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.<sup>10</sup> Assim, por exemplo, erradicar o analfabetismo no Brasil seria uma política pública ao envolver um plano de múltiplas atividades, vários atores<sup>11</sup> públicos e privados, alocação de recursos, aferição contínua de resultados.<sup>12</sup>

O reconhecimento jurídico-constitucional de direitos fundamentais, ainda que não seja absoluto,<sup>13</sup> impõe subjetivamente ao Estado obrigações<sup>14</sup> negativas, tais como a proibição de restrições de direitos desarrazoáveis ou discriminatórias.<sup>15</sup> Por outro lado, os direitos sociais impõem também ações positivas como, por exemplo, criar

<sup>7</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 169.

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 124.

<sup>9</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

<sup>10</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

<sup>11</sup> Para Jorge Silva Sampaio, qualquer indivíduo, pessoa jurídica ou grupo social envolvido no problema coletivo que origina a política pública é ator potencial que poderá entrar no espaço da política em causa. SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 74.

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 192.

<sup>13</sup> Há quem não reconhece a existência de direitos fundamentais sociais como, por exemplo, Fernando Atria, o qual admite apenas o *significado político de direitos* ao constituir o único sentido político de direitos fundamentais sociais, rechaçando o seu sentido jurídico por não serem tais direitos juridicamente exigíveis, de modo que a linguagem do direito é a linguagem da política. ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9–46, nomeadamente as páginas 24–25, 35–37. Para uma crítica às objeções expostas por Fernando Atria, veja as análises realizadas por Carlos Bernal Pulido no seguinte artigo de sua autoria: PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?”* de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137–175.

<sup>14</sup> Tradicionalmente são consideradas obrigações do Estado em matéria de direitos sociais (inclusive, em termos mais gerais, em relação a todos os direitos fundamentais) ao compreender três níveis: respeitar, proteger e cumprir ou realizar. Nesse sentido: CARBONELL, Miguel. *Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa*. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado Constitucional**. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2013. p. 220; CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49–50.

<sup>15</sup> Em relação às restrições a direitos fundamentais, conferir: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 155–192.

instituições dirigidas à ajuda de grupos sociais que se encontrem em situações de desigualdade estrutural, atribuir prestações básicas para suprir necessidades de subsistência, de educação, saúde, moradia e, além disso, impõem o dever positivo de legislar a fim de impedir situações extremas de abuso de partes mais poderosas nas relações contratuais entre particulares, bem como é exigido do Poder Público a observância de regras básicas de procedimento, relacionadas ao modo de organizar serviços e à gestão administrativa dos programas. Logo, a margem de discricionariedade legislativa e administrativa está limitada quando o Estado pretende desenhar (formular) e implementar políticas públicas de concretização do conteúdo de um direito social.<sup>16</sup>

De certa forma, a satisfação de alguns direitos fundamentais sociais como o direito a uma moradia condigna, à educação, à saúde, ao transporte constitui uma “[...] *condição material básica para levar uma vida digna, para desenvolver livremente a personalidade e para participar nos assuntos públicos*”.<sup>17</sup>

É daqui que provém a necessidade de intervenção estatal na vida econômica e social ao estabelecer uma estreita relação entre os direitos sociais e o Estado Social, porquanto “[...] *é o Estado que tem capacidade e legitimação para tomar as medidas políticas, econômicas e jurídicas necessárias para favorecer a realização e desenvolvimento dos direitos sociais*”.<sup>18</sup> O Estado Social aparece, assim, perante o Estado de Direito ao estabelecer estas suas bases essencialmente na autonomia privada, “[...] *adotando como princípio fundamental a realização da justiça social, entendida como correção dos efeitos negativos externos da atividade econômica na situação dos indivíduos*”.<sup>19</sup>

Não se discute que a obrigação do indivíduo de se “autogovernar” se situa em primeiro plano, também não se hesita afirmar que, subsidiariamente e caso o indivíduo não seja capaz de obter sozinho os meios que lhe permitam a sua subsistência, é necessária (e, dentro do possível, obrigatória) a ajuda estatal.

Os direitos sociais têm como objetivo último proporcionar os meios necessários aos desfavorecidos para que estes possam, verdadeiramente, participar e desenvolver as suas faculdades na sociedade, o que justifica o Estado Social.<sup>20</sup> Infelizmente, a privação da riqueza é um dos maiores obstáculos a que as pessoas possam satisfazer por si

<sup>16</sup> ABRAMOVICH, Victor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 1.

<sup>17</sup> SARDÀ, Clara Marquet. **Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco**: estudio de una categoría normativa. Barcelona: Atelier, 2010. p. 70.

<sup>18</sup> GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67

<sup>19</sup> SARDÀ, Clara Marquet. **Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco**: estudio de una categoría normativa. Barcelona: Atelier, 2010. p. 70.

<sup>20</sup> Acerca do fundamento e a justificação dos direitos sociais no modelo do Estado Social, conferir: CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado Constitucional**. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2013. p. 201–203.

próprias as suas necessidades e usufruir dos seus direitos ao implicar, pois, a imprescindível (re)distribuição da riqueza que, em última análise, só poderá ser efetuada pelo Estado.<sup>21</sup>

É esta a razão que, perante políticas estatais de redistribuição da riqueza ao encaixar a justiça social e a igualdade material inerentes ao bem-estar – que em sede de Estado Social são verdadeiros *“fins essenciais do Estado”*<sup>22</sup> –, *a igualdade deixa de ser o ponto de partida do Direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.*<sup>23</sup> *Desse modo, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva ao distribuir bens de conteúdo material, sendo designado pelos alemães como Estado que se responsabiliza pela procura existencial, isto é, o indivíduo desenvolve sua existência dentro de um âmbito constituído por um leque de situações, de bens e serviços materiais e imateriais, cujas possibilidades de existência o indivíduo não pode assegurar por si mesmo.*<sup>24</sup>

*Em síntese, o Estado assume um dever duplo* no âmbito de todos os direitos fundamentais ao se traduzir na realização de políticas públicas de direitos sociais que serão materializadas tanto por atuações normativas como a aprovação de leis, como por atuações fáticas, ligadas normalmente à execução dessas leis. Por um lado, o Estado encontra-se jurídico-constitucionalmente comprometido com um *dever de proteção* dos direitos fundamentais e, por outro lado, com um *dever de promoção* desses mesmos direitos.<sup>25</sup> É a consecução estatal destes dois deveres que corporiza normativamente as políticas públicas de direitos sociais.

A Constituição delimita, desta forma, ela própria o modo de concretização do Estado Social mediante definição de tarefas ou incumbências ao impor constitucionalmente deveres ao Estado e, deixando neste campo, a atividade pública finalística ou teleologicamente orientada para a realização de um fim: os *direitos sociais*.<sup>26</sup> Cabe ao texto constitucional proceder à articulação entre um conjunto de princípios políticos para os quais as instituições estatais devem efetivar, entre os quais se encontram quase sempre direitos fundamentais e os respectivos deveres estatais. E, nesse sentido, os direitos fundamentais (como os sociais), qual agenda pública conformadora, servem para canalizar ou orientar as instituições públicas.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67.

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 31.

<sup>23</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 162.

<sup>24</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14-16.

<sup>25</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 261-262.

<sup>26</sup> OTERO, Paulo. **Direito constitucional português: identidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1. p. 101.

<sup>27</sup> KING, Jeff. **Judging social rights**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012. p. 51.

A ação estatal, com as políticas públicas, deixa de ser programada para meramente cumprir e executar normas. O Estado ganha uma função comunitária flexível, identificável pelos fins que tem realizar e que, para além disso, não podem ser definidos em toda a sua dimensão, porquanto os processos de evolução da vida, pela sua complexidade, não se deixam abranger por prognósticos em si incompletos.

Apesar desta íntima e nítida relação entre *direitos fundamentais e políticas públicas*, e do exposto mandato constitucional, o mundo das políticas públicas sociais sempre esteve relutante em assumir as derivações do debate constitucional sobre o reconhecimento da *exigibilidade dos direitos sociais*. Os versados em políticas sociais costumavam reputar que os direitos têm pouco a dizer sobre políticas públicas e que a ambiguidade e indeterminação das normas que os consagram não permitiriam que se fixassem como marcos ou guias orientadoras na formulação das políticas. Para além disso, a visão dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, como orientadores ou critérios de fiscalização poderia “[...] atar as políticas a esquemas rígidos, próprios do mundo jurídico, que não permitiriam responder às variáveis conjunturas e obstavam à consecução eficaz da ação pública”.<sup>28</sup>

Em suma, embora apareçam hoje como aliados óbvios, os *direitos sociais* e as *políticas públicas* permaneceram distantes por muito tempo. Com efeito, apenas recentemente as políticas têm constituído um verdadeiro instrumento para a proteção, garantia e promoção dos direitos fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular.<sup>29</sup> O futuro dos direitos sociais e o futuro de milhões de pessoas excluídas e condenadas a viver na pobreza depende de um uso coerente e inteligente de diversas estratégias, tanto políticas como sociais, jurídicas e econômicas para a realização efetiva dos direitos fundamentais em contextos desvantajosos pela ausência do desenho institucional adequado por falta de vontade política e pela carência de um trabalho intelectual constante e imaginativo para resolver os problemas sociais que afligem o fraturado e complexo mundo atual.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 8. Tradução nossa.

<sup>29</sup> MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez. Introducción. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio**: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: DeJuSticia, 2007. p. 17.

<sup>30</sup> ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro. **Cuaderno Electrónico**, Madrid, n. 5, p. 17–18, 2009.

### 3. OS DIREITOS SOCIAIS COMO MARCO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO

Em nosso entender os direitos fundamentais ao abranger os direitos sociais, a partir da sua consagração jurídico-constitucional, apresentam-se não apenas como limites, mas também como fundamento das políticas públicas de desenvolvimento<sup>31</sup> e interessa-nos a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas.<sup>32</sup> Além disso, as políticas públicas constituem a base de um conjunto de atividades a ser realizadas pela Administração Pública, para que os fins consagrados no texto constitucional sejam cumpridos, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.<sup>33</sup>

Essa corrente de interpretação das políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, foi desenvolvida por organismos internacionais de cooperação para o desenvolvimento e realização dos direitos humanos.<sup>34</sup> Buscamos, pois, alçar a ideia dos direitos sociais como importantes marcos, fundamentos para as políticas públicas de direitos sociais.

Em primeiro lugar, cumpre consignar que a utilização de direitos como marco das políticas de desenvolvimento não é propriamente um tema consensual no âmbito dos formuladores de políticas públicas e dos organismos multilaterais de cooperação para o desenvolvimento e de direitos humanos.<sup>35</sup> O que acontece é que, às vezes, a ado-

<sup>31</sup> Há, pois, uma inter-relação entre “direitos, políticas e desenvolvimento”. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch, 2010. p. 74; MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: DeJusticia, 2007. p. 86.

<sup>32</sup> De acordo com Luis Eduardo Pérez Murcia, existem outras análises teóricas que, a partir da Economia e do Direito foram sendo formuladas em torno da relação entre direitos, desenvolvimento e políticas públicas, nomeadamente: (a) a incorporação dos direitos como âmbito de valoração do bem-estar; (b) a incorporação dos direitos e das liberdades como fundamento do conceito de desenvolvimento humano; e (c) a proposta de integrar os direitos como marco de ação das políticas de desenvolvimento. MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: DeJusticia, 2007. p. 86–121.

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 51.

<sup>34</sup> Assim, instâncias como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) impulsionaram o trabalho de extrair o conteúdo dos direitos humanos e das obrigações dos Estados como guia para o desenho e implementação de política de desenvolvimento e luta contra a pobreza. Especificamente o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos assinalou que um enfoque dos direitos humanos referentes à pobreza incluirá um reconhecimento explícito do marco normativo dos direitos humanos nacionais e internacionais.

<sup>35</sup> MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: DeJusticia, 2007. p. 101.

ção de direitos fundamentais como parâmetro de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas é interpretada por setores do Poder Executivo como uma restrição da margem de discricionariedade que lhes caberia no manejo das políticas e, inclusive, como uma forma de ampliar as obrigações do Estado.<sup>36</sup>

Parece óbvio que as políticas públicas em geral e as sociais em particular, não obstante o limite de conformação política dos poderes públicos, não podem deixar de ter em atenção os deveres estatais de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais; aliás, na nossa opinião, esses deveres acarretam um papel fundamentação na formulação das políticas públicas. À luz dos direitos fundamentais sociais, não pode uma política pública ser juridicamente legítima se restringir injustificadamente algum direito fundamental ou criar barreiras que possam limitar a sua plena realização.<sup>37</sup>

Como exemplo, imaginemos que a formulação de uma política pública na área de educação com vistas na ampliação da cobertura do sistema de ensino – um objetivo jurídico–constitucionalmente válido<sup>38</sup> –, vem restringir o princípio da gratuidade da educação básica<sup>39–40</sup> ao estabelecer o pagamento de mensalidade para este nível de ensino. Esta política pública ao violar diretamente um parâmetro jurídico–constitucional concreto é obviamente inconstitucional e deve ser sujeita ao escrutínio da justiça constitucional. Ora, é extremamente importante para aqueles que formulam as políticas públicas tenham sempre em atenção os direitos fundamentais como marcos da sua atuação, seja como elemento orientador ou conformador.

Em segundo lugar, é importante valer-se do *princípio da interdependência*, segundo o qual a adoção dos direitos como marco das políticas sociais implica, de forma especial, que as entidades estatais sob o encargo da formulação e implementação das

<sup>36</sup> Consoante elucida Luis Eduardo Pérez Murcia, esta postura evidencia algum desconhecimento por parte da Administração Pública quanto à natureza e alcance das obrigações estatais em matéria de direitos fundamentais. em rigor, as obrigações existem independentemente da formulação de políticas públicas pelo Estado para o seu cumprimento. O objetivo passa por mostrar às entidades estatais responsáveis por desenhar (formular) e pôr em marcha as políticas públicas que o enfoque de direitos não se trata de uma mera fonte de novas obrigações, mas um excelente mecanismo para as cumprir. MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio**: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: DeJuSticia, 2007. p. 101.

<sup>37</sup> MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio**: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: DeJuSticia, 2007. p. 102.

<sup>38</sup> Conforme dicção do artigo 205 da Constituição Federal de 1988: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

<sup>39</sup> A educação básica (terminologia adotada pelo legislador constituinte no art. 208 da CRFB/1988) é denominada de ensino fundamental pelo artigo 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

<sup>40</sup> Em conformidade com o disposto no artigo 208, inciso I da Constituição Federal de 1988, a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade ao ser, inclusive, assegurada a oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

políticas prefiram medidas que tenham em atenção a inter-relação existente entre os direitos fundamentais. A incorporação dos princípios da integração e da interdependência nas políticas públicas é um primeiro passo para superar as intervenções setoriais que, a partir de um sujeito fragmentado, não garantem que as múltiplas ações estatais convirjam no sentido dos direitos. De outra forma, reconhecer a interdependência dos direitos fundamentais permite que as políticas públicas sejam construídas com o objetivo de satisfazer um ou vários direitos ou, ao contrário, erigir barreiras mais fortes para o controle de políticas que desvalorizem a linguagem dos direitos.<sup>41</sup>

Cumpre consignar que a natureza constitucional dos direitos sociais esparge a sua força contribuindo decisivamente para a forma como as políticas públicas são implementadas ao aparecer estas como o mais importante dos instrumentos de operacionalização dos deveres positivos de direitos fundamentais. De onde se extrai que é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, assim, protege, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais.

O Estado Constitucional,<sup>42</sup> designação sintética do Estado Democrático e Social de Direito que se reconhece consagrado pela Constituição brasileira de 1988 (sem dúvida, com suas peculiaridades), afigura-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social,<sup>43</sup> conforme se observa na simples leitura do artigo 3º ao traçar os objetivos da República Federativa do Brasil, busca erigir os direitos sociais não como interesses ou aspirações éticas.<sup>44</sup>

Isso posto, o ato de relacionar direitos fundamentais com políticas públicas e, em especial, com políticas públicas de direitos sociais abre a porta à possibilidade de um maior controle ou intervenção judicial na ação governamental, sem violação da separação dos poderes, aumentando a transparência ao suscitar que mais cidadãos e organizações sociais possam recorrer ao Poder Judiciário sempre que o Poder Público não venha implementar políticas públicas constitucionalmente devidas ou realizar outras frontalmente contrárias ao texto constitucional.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: DeJusticia, 2007. p. 106.

<sup>42</sup> Não se desconhece a multiplicidade de significados atribuídos ao vocábulo. SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 107.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

<sup>45</sup> ABRAMOVICH, Victor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales: estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 8.

#### 4. DIVERSOS ÂMBITOS E ALCANCES DA INTERVENÇÃO JURISDIACIONAL SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Alguma doutrina procura simplesmente rejeitar a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas ao apontar, por exemplo, a falta de legitimidade do Poder Judiciário para o controle ao substituir a discricionariedade administrativa e a discricionariedade do legislador pela discricionariedade do juiz, a ausência de idoneidade técnica do Poder Judiciário em matéria de destinação dos recursos orçamentários, a ocorrência de insegurança jurídica na atuação ilegítima do Poder Judiciário nas políticas públicas e a infringência ao princípio da separação dos poderes com a invasão do Poder Judiciário na esfera de atribuições dos outros poderes (Legislativo e Executivo).<sup>46</sup>

Entretanto, cumpre sustentar a possibilidade de o Poder Judiciário fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade de políticas públicas de direitos sociais (educação, moradia, saúde, transporte, previdência social etc.) ao exercer um papel de *elemento catalisador* ao considerar que o controle será mais ou menos intenso em função das características concretas de cada caso. O Poder Judiciário aparece, portanto, como um verdadeiro ator silencioso na conformação de políticas públicas ao acabar por obrigar as diversas entidades como a própria Administração Pública, o legislador, os grupos de interesse e os movimentos sociais que representam os desfavorecidos queixosos, a interagir entre elas.<sup>47</sup>

Assim, o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais é possível e admissível ao existir a probabilidade de tal controle “[...] *assumir matizes e alcances muito diversos que abrem um espectro enorme para determinar graus de ativismo judicial*”.<sup>48</sup> O aspecto fundamental de qualquer estudo sobre a judicialização de políticas públicas deve observar como incidem certos marcos institucionais que definem sobre que *matéria* decide, o que *ordena* e *como decide* o Poder Judiciário nestes aspectos.<sup>49</sup>

Em alusão ao magistério de Víctor Abramovich, pode-se ordenar os *tipos de matérias* ou *assuntos* sobre os quais o Poder Judiciário pode ser chamado a decidir no âmbito das políticas públicas de direitos sociais em cinco grupos de decisões jurisdicionais: (a) as que invalidam políticas públicas por contrariarem parâmetros jurídicos; (b) as que impõem a implementação de políticas definidas pelas instâncias políticas e não

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 936–941.

<sup>47</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 475.

<sup>48</sup> ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales: estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 50.

<sup>49</sup> ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales: estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 50.

são executadas pela Administração; (c) as que obrigam a formular e executar políticas públicas como, por exemplo, a obrigação de empreender reformas estruturais de determinados sistemas de proteção e promoção de direitos sociais, a partir da aplicação direta das normas constitucionais; (d) as que reconfiguram aspectos parciais das políticas públicas de direitos sociais em curso como, por exemplo, obrigar a ampliar o alcance das prestações e serviços a pressupostos não contemplados e beneficiários excluídos; e (e) aquelas que impõem a reformulação dos procedimentos para a elaboração e implementação das políticas, os espaços de participação ou os níveis de informação pública disponível sobre elas.<sup>50</sup>

Conforme foi expendido, um modelo de Constituição com direitos fundamentais sociais e um amplo sistema de garantias amplia o poder dos juízes perante o Poder Legislativo e Executivo, mas ao mesmo tempo, demanda, como forma de assegurar o funcionamento do sistema político, que os juízes sejam imparciais, que tenham capacidade de resistir a pressões e que, ademais, tomem a Constituição a sério ao ponderar, efetivamente, os diversos bens jurídico-constitucionais que a mesma consagra.

## 5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa.<sup>51</sup> Tal fato encontra justificativa em duas razões: a primeira, porque esse caráter provedor do Estado se mostra mais intensa na efetivação de políticas sociais; a segunda, porque as normas fundamentadoras dessas políticas encontram abrigo na Constituição brasileira de 1988 e são marcadas pelo caráter diretivo<sup>52</sup> da realização dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos sociais. Assim, ao mesmo tempo em que as políticas públicas possuem fundamento em normas constitucionais de valor semântico consideravelmente aberto ao atribuir maior discricionariedade<sup>53</sup> ao

<sup>50</sup> ABRAMOVICH, Victor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 50.

<sup>51</sup> DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 113.

<sup>52</sup> As normas diretivas (ou programáticas) existentes num texto constitucional são indissociáveis do Estado Social e por isso, falar em norma diretiva ou programática implica, necessariamente, falar de normas de direito social. FERRARY, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001. 157, 188.

<sup>53</sup> Em alusão ao profícuo magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, por discricionariedade pode ser entendida como “[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de suprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair

administrador, exigem deste uma atuação direta para consecução dos direitos sociais que visa a tutelar.

A natureza diretiva das normas constitucionais, – porquanto veiculam princípios e diretrizes a serem seguidos na elaboração de um programa a ser desenvolvido –,<sup>54</sup> cujas finalidades vêm estatuídas na forma de conceitos de valor, são irredutíveis a uma objetividade completa. Nessas situações, além de toda a interpretação possível, remanescerá sempre ao administrador alguma discricionariedade em sua escolha diante do caso concreto. Se por um lado o peso semântico aberto dos princípios e dos direitos fundamentais é indispensável para alcançar o comportamento ótimo exigido do administrador na aplicação da norma; por outro lado, a margem de liberdade acaba por propiciar arbitrariedades pelo agente estatal caso este realize uma escolha que não se coadune com os princípios estabelecidos na Constituição, de modo que sua conduta não estará, pois, pautada, pela discricionariedade e, sim, pela arbitrariedade. Assim, sempre que a conduta da Administração ultrapassar os limites da discricionariedade – limites estes que vão além da finalidade legal ao englobar os princípios fundamentais e o dever da boa administração – o Poder Judiciário, uma vez provocado, estará autorizado a intervir.<sup>55</sup>

Cumpra mencionar que a possibilidade de controle judicial não significa, *a priori*, judicialização invasiva ou a falta de deferência à esfera administrativa. O mérito administrativo (assim entendido como os aspectos de oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir) poderá ser suscetível de controle judicial, contudo essa afirmação precisa ser aceita em seus devidos termos, pois o que o Poder Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a Administração Pública não exorbitou (ultrapassou) os limites da discricionariedade. Em outras palavras, o juiz realiza o controle para averiguar se realmente tratava de mérito, porquanto ao interpretar primeiramente a norma (com a aplicação, por exemplo, dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade) diante do caso concreto a ele submetido, poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública válidas perante a ordem jurídica e, por conseguinte, deliberar pela não interferência na discricionariedade administrativa (o mérito existe nos atos discricionários).<sup>56</sup> É evidente que

---

objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

<sup>54</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 246.

<sup>55</sup> A interferência do Poder Judiciário ocorrerá basicamente de duas formas: (a) caso se trate de conduta comissiva da Administração Pública que venha contrariar a norma constitucional, o ato será declarado inconstitucional e, portanto, nulo; (b) se a conduta for omissiva, isto é, caso a Administração deixe de agir quando deveria fazê-lo por determinação constitucional, – se configurar ato arbitrário –, o Poder judiciário determinará a consecução daquele ato considerado omissivo.

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018. p. 249, 250–251.

tanto os atos arbitrários do ente público quanto a omissão antijurídica serão sempre suscetíveis de serem controlados e corrigidos pelo Poder Judiciário.<sup>57</sup>

Consoante lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.<sup>58</sup>

As políticas públicas ao serem suscetíveis de uma multiplicidade de arbitrariedades praticadas por agentes públicos no exercício da sua função, não pode ser outro o ponto de vista de que o Poder Judiciário tem o dever de coibir os abusos neste contexto, com o fim de que seja alcançada a realização dos direitos sociais.

Todavia, ao versar sobre política pública implica necessariamente discorrer o fato de que as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais (incluídos aqui os direitos sociais) pressupõem decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.<sup>59</sup>

As políticas públicas são, pois, indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais, contudo toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos poderes estatais – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – implica dispêndio permanente de recursos públicos, ao menos com a manutenção das instalações físicas e remuneração dos titulares e dos servidores públicos, além de outros custos.<sup>60</sup>

Posto isso, deverá ser objeto de controle judicial a adequação da política pública às diretrizes orçamentárias e aos princípios magnos de estatura constitucional; além disso, há intervenção do Poder Judiciário sobre a destinação das verbas vinculadas à

<sup>57</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018. p. 249–250.

<sup>59</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116.

<sup>60</sup> GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139–222.

saúde e à educação, bem como o exame das prioridades. Isso porque, por um lado, muito embora não se discuta que é o administrador público quem melhor conhece a realidade administrativa e financeira do ente público; por outro lado, é necessário evitar que, na prática, a discricionariedade não se transforme em indulgência ao propiciar que o agente estatal venha desenvolver políticas públicas a seu talante (arbitrio).

Logo, à medida que a discricionariedade do agente venha buscar a escolha das prioridades orçamentárias, essa não pode ser imune ao controle judicial sob o manto de juízos de “*oportunidade e conveniência*” ínsitos ao comportamento da Administração Pública. Afinal, é a peça orçamentária que permite a existência e o manejo dos recursos necessários à efetivação máxima das políticas públicas. Daí por que toda e qualquer discussão de omissão ou inércia administrativa na implementação de políticas públicas recai sobre o orçamento, sobretudo à luz da cláusula da “*reserva do possível*”,<sup>61</sup> tão invocado pela Administração Pública para afastar o controle do Poder Judiciário da conduta administrativa omissiva ou inerte. É preciso, pois, repelir as atitudes irresponsáveis, as omissões arbitrárias que venha ameaçar a própria efetividade das determinações do sistema constitucional.

A viabilização do controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais e dogmaticamente legítimo depende da definição de parâmetros de controle aplicáveis que, consoante elucida Ana Paula de Barcellos, deve compreender: (a) fixação de metas e prioridades; (b) quantidade de recursos a serem investidos; (c) obtenção das metas inicialmente fixadas; e (d) eficiência mínima na aplicação dos recursos.<sup>62</sup>

Os poderes públicos encontram-se vinculados jurídico-constitucionalmente a perseguir atuações positivas que visem a proteger, garantir e promover todos os direitos fundamentais. É a força da Constituição na sua vertente objetiva que a isso obriga e é preciso, pois, levar o texto constitucional a sério.<sup>63</sup>

A otimização dos direitos sociais deveria, pois, numa situação perfeita, ser total, ao ficar os poderes públicos obrigados a prover tudo aquilo que fosse necessário para que todos tivessem as mesmas oportunidades para o acesso individual aos bens jusfundamentais, o que quer que isso significasse. No entanto, a realidade está muito longe

<sup>61</sup> Sustentamos que a cláusula (ou teoria) da *reserva do possível*, por se alinhar à ideologia do Estado Liberal, é incompatível com as características intervencionistas e programáticas do Estado Social. Assim sendo, trata-se de argumento insubstancial que não pode ser invocado para paralisar a conduta proativa do Poder Judiciário e das demais formas de expressão do poder estatal. Nesse sentido: CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 234;

<sup>62</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 43–64.

<sup>63</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 21.

desta situação utópica, haja vista que nos encontramos numa situação de escassez moderada; mas mesmo inexistindo recursos suficientes para tudo fornecer, normalmente os Estados possuem recursos suficientes para melhor ou pior, alguma coisa prover.<sup>64</sup>

Não se pode negar, pois, que para a implementação das políticas públicas de direitos sociais há um custo que “[...] assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos, para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível, sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”.<sup>65</sup>

A alegação feita pela administração pública da falta de recursos financeiros a fim de concretizar os serviços necessários induz à conduta absenteísta e limitadora do Estado que, por sua vez, reforça a teoria da *reserva do possível*,<sup>66</sup> isto é, o Estado somente executará políticas públicas de direitos sociais se tiver recursos suficientes para sua realização.<sup>67</sup> A *reserva do possível* é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais aos recursos existentes.<sup>68</sup>

Contudo, não nos parece ser defensável que o impacto suscitado aos direitos sociais pela *reserva do possível* venha afetar intrinsecamente o conteúdo destes direitos ao escapar, dessa forma, do controle jurisdicional sobre os efeitos da *reserva do possível*

<sup>64</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 180–181.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 28.

<sup>66</sup> O conceito surgiu na Alemanha por ocasião de uma decisão Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE n. 33, 303 (333)), no julgamento do famoso caso *numerus clausus*, em que se pleiteava o ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com base na Lei Federal alemã de liberdade de escolha de profissão. Como resultado, estabeleceu-se que o interessado somente poderia exigir uma prestação positiva do Estado dentro dos limites do razoável. Sobre o tema, conferir: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69–86; AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87–109; SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 272–301; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116–121; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138–139; CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 231–233; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 367–488.

<sup>67</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 118.

<sup>68</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 212.

quando afinal, ainda que numa menor medida, tal justificação possa e deva ser controlada pelo juiz.<sup>69</sup>

A ideia de estabilidade e de inação (inércia), carga ideológica flagrantemente extraída da teoria da *reserva do possível*, é característico do Estado Liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e de intervenção estatal, ínsitos ao Estado Social. Se constata a insuficiência de recursos para a consecução dos fins do Estado Social não deve paralisar sua atuação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos.<sup>70</sup>

Entende-se, pois, na trilha do que pontifica Vidal Serrano Nunes Júnior, que a teoria da *reserva do possível*, visto ter sido importada da Alemanha, só teria aplicação na ordem jurídica brasileira, nas hipóteses em que os direitos sociais estivessem alicerçados em comandos similares aos da Alemanha (onde a Constituição não hospedou expressamente aqueles direitos), porquanto a Constituição brasileira promoveu a fundamentalização formal dos direitos sociais. Ademais, a dignidade humana ao constituir um princípio ou valor absoluto por se assentar na premissa de que o ser humano é um fim e não meio, abarca aquele mínimo irremissível inerente a qualquer direito fundamental, inclusive os direitos sociais. Ademais, consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade. Logo, não seria possível relativizar a noção de dignidade com base em previsões orçamentárias.<sup>71</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais (incluídos os direitos sociais), a partir da sua consagração jurídico-constitucional, apresentam-se como *fundamento* das políticas públicas de desenvolvimento e interessa-se pela visão que enquadra os direitos sociais como *marco de ação* das políticas públicas. Assim sendo, a natureza constitucional dos direitos sociais esparge a sua força ao contribuir decisivamente para a forma como as políticas públicas são implementadas, que são o mais importante dos instrumentos de operacionalização dos deveres positivos de direitos fundamentais, ou seja, é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, desse modo, protege, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais.

<sup>69</sup> No mesmo sentido: SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 294.

<sup>70</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 232–233.

<sup>71</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 114, 190.

O Estado assume um duplo dever no âmbito dos direitos sociais que se traduz na consecução de políticas públicas de direitos sociais que serão corporizadas tanto por atuações normativas, como a aprovação de leis como por atuações fáticas, ligadas normalmente à execução dessas leis. Por um lado, o Estado está jurídico-constitucionalmente vinculado a um dever de proteção dos direitos fundamentais e, por outro, a um dever de promoção, realização desses mesmos direitos. A consecução estatal desses deveres corporiza normativamente as políticas públicas de direitos sociais.

Para além de incorporar os direitos fundamentais como marco conceitual explícito de políticas públicas sociais e de reconhecer que estes impõem certos limites à ação estatal, as políticas com enfoque de direitos enfrentam a magna tarefa de reconhecer e defrontar a pobreza, a vulnerabilidade e a exclusão social, fenômenos contrários aos direitos fundamentais e, em concreto, procurar tudo fazer para superar situações de inércia estatal para que, pelo menos, se cumpra o dever constitucional de garantir a todas as pessoas um nível de vida adequado. Tais situações de penúria social são inadmissíveis num Estado Social de Direito.

Que as políticas públicas, nos Estados Constitucionais em desenvolvimento, agem como instrumentos de consagração da cidadania, com a garantia jurídica dos direitos fundamentais sociais e que a permissão do ativismo judicial, já que o Poder Judiciário poderá exercer o controle das políticas públicas, não significa uma mera substituição das funções dos Poderes Legislativo e Executivo, mas, sobretudo, implica não deixar a pessoa humana desprovida do exercício de um direito fundamental, reconhecido na Constituição ou na lei, porque o Poder Público foi inerte.

Compete ao Poder Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal. A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é interferência indevida do Judiciário na esfera dos demais poderes da República. Não é censurável o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição.

É preciso pensar a discricionariedade pautada nos fins constitucionais ao vincular a atuação do administrador em favor ou defesa dos direitos fundamentais e ao dever da boa administração. Nessa esteira, não há mais espaço para compreender a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam ao interesse público implícito na finalidade legal, sejam as que o atendam de maneira deficiente.

A reserva do possível não deve ser concebida como um obstáculo intransponível para a efetivação dos direitos fundamentais. Deve ser conceituada como postulado capaz de otimizar a eficácia e efetividade desses direitos, a fim de que o Estado

promova, da melhor maneira e de modo progressivo, a máxima realização dos direitos fundamentais.

## 7. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 1–91.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87–109.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111–147.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 225–236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado Constitucional**. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2013. p. 199–231.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionabilidade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93–124.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRARY, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: RT, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139–222.
- GARCÍA–PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch, 2010.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125–150.
- KING, Jeff. **Judging social rights**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Tomo II. v. 2.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MURCIA, Luis Eduardo Pérez. Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. In: MURCIA, Luis Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: DeJuSticia, 2007. p. 72–129.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 114, 190.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**: identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 162.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

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

SARDÀ, Clara Marquet. **Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco**: estudio de una categoría normativa. Barcelona: Atelier, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11–53.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69–86.

# Instruções para autores

## *Instructions for authors\**

### 1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

### 2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

### 3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

---

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

#### **4. IDIOMAS**

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

#### **5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS**

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de ID ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

**5.5.4.5.** Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.6.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

**5.5.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**5.5.8.** Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**5.5.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

**5.5.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**5.5.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**5.5.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

**5.6.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**5.7.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## 6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

**6.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**6.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

**6.1.2.** Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

**6.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**6.1.3.1. Livros:** SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de "p."].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

**6.1.3.3. Artigos em revistas**: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

**6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação**: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

**6.1.4.** Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

**6.1.4.1. Autor**: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

**6.1.4.2. Edição**: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

**6.1.4.3. Ano**: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

**6.1.5.** Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

**6.1.5.1.** Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

**6.1.5.2.** Ausência de editora: substituir por [s.n.].

**6.1.5.3.** Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

**6.2.** As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

**6.2.1.** Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

**6.2.2.** Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

**6.2.3.** Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

**6.2.4.** Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

## 7. REDAÇÃO

**7.1.** Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

**7.2.** No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

**7.3.** As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

## 8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

## 9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

**9.1.** Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

**9.2.** Autores 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.