



DOCTRINA (Doctrine)

Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional (*Kelsenian courts and case law. A typology of the binding decisions of Constitutional Courts.*)

Pedro Grández Castro

A tópica como técnica de interpretação constitucional (*Legal topic as a constitutional interpretation tool*)

João Emmanuel Cordeiro Lima

Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão (*What is the separation of powers for? Short remarks on the role of the Judiciary in coalition presidentialism*)

Lucas Faber de Almeida Rosa

OBSERVATÓRIO NACIONAL (National Case Law Review)

Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas (*Economic Analysis of the Limits on Judicial Intervention in Public Policy*)

Débora Costa Ferreira

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a concepção de uma nova separação dos poderes do estado a partir da jurisdição constitucional (*The constitutionality control system in Brazil and a new concept of separation of powers based on constitutional jurisdiction*)

Marco Cesar de Carvalho

A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção (*Separation of powers and the effects of the writ of injunction*)

Tassyla Queiroga Sousa e Silva

OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL (International Case Law Review)

O Último Legado de Sieyès - A Questão Prioritária de Constitucionalidade e o Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade Repressivo na França (*Sieyès' Last Legacy - Priority Preliminary Rulings and the development of constitutional review in France*)

Alexandre Vitorino Silva

La tutela internazionale dei diritti fondamentali nel lavoro (*International protection of the fundamental rights of workers*)

Matteo Carbonelli

Estándares jurídicos para la evaluación de políticas sociales: un análisis de la judicialización del derecho a la vivienda en la Argentina (*Legal standards and social policies. An analysis of the judicialization of the "right to shelter" in Argentina*)

María Carlota Ucin



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015

Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP

Diretora-Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Dalide Barbosa Alves Corrêa

Diretora- Geral da Escola de Direito de Brasília – EDB

Maria de Fátima Pessoa de Mello
Cartaxo

Editores responsáveis

André Rufino do Vale

Fábio Lima Quintas

Assistente Editorial

Guilherme Del Negro

Conselho Editorial

André Rufino do Vale
Universidade de Alicante

Beatriz Bastide Horbach
Eberhard-Karls Universität
Tübingen

Carlos Bastide Horbach
Universidade de São Paulo

Christine Oliveira Peter
Universidade de Brasília

Fábio Lima Quintas
Universidade de São Paulo

Gilmar Ferreira Mendes
Instituto Brasiliense de Direito
Público

Ingo Wolfgang Sarlet
Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul

Jorge Octávio Lavocat Galvão
Universidade de São Paulo

José Levi Mello do Amaral Junior
Universidade de São Paulo

Lenio Luiz Streck
Universidade do Vale do Rio dos
Sinos

Luciano Felício Fuck
Universidade de São Paulo

Marcelo da Costa Pinto Neves
Universidade de Brasília

Marco Túlio Reis Magalhães
Universidade de São Paulo

Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito
Público

Rodrigo de Oliveira Kaufmann
Universidade de Brasília

Sérgio Antônio Ferreira Victor
Universidade de São Paulo

Pareceristas

André Rufino do Vale

Ana Paula Zavarize Carvalhal

Beatriz Bastide Horbach

Bruno Vinícius Da Rós Bodart

Carlos Bastide Horbach

Celso de Barros Correia Neto

Christine Oliveira Peter

Daniel Barcelos Vargas

Eduardo Bastos Furtado de
Mendonça

Eliardo Teles Filho

Fábio Lima Quintas

Jorge Octávio Lavocat Galvão

José dos Santos Carvalho Filho

Léo Ferreira Leoncy

Luciano Felício Fuck

Manoel Carlos de Almeida Neto

Marcelo Casseb Continentino

Marco Túlio Reis Magalhães

Marina Corrêa Xavier

Paulo Penteadado de Faria e Silva Neto

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Sérgio Antônio Ferreira Victor

Thomaz Henrique Junqueira de
Andrade Pereira

Observatório da Jurisdição
Constitucional. [recurso eletrônico] /
Instituto Brasiliense de Direito Público –
Ano 8, no. 1 (jan./jul. 2015)- Dados
eletrônicos. – Brasília : Instituto
Brasiliense de Direito Público, 2015 -
199 p.

Semestral

Editores Responsáveis: André
Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas

Disponível em:

[http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.
br/index.php/observatorio](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio)

Resumos em português, inglês e
espanhol.

1. Direito. 2.
Jurisdição Constitucional.

I. Título. II. Instituto
Brasiliense de Direito Público.

ISSN 1982-4564

Sumário – OJC – Ano 8, no. 1

(Contents – OJC – Year 8, N. 1)

NOTA DOS EDITORES <i>(Editors' Note)</i> IV
DOCTRINA <i>(Doctrine)</i>	
Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional <i>(Kelsenian courts and case law. A typology of the binding decisions of Constitutional Courts.)</i> 1
<i>Pedro Grández Castro</i>	
A tópica como técnica de interpretação constitucional <i>(Legal topic as a constitutional interpretation tool)</i> 24
<i>João Emmanuel Cordeiro Lima</i>	
Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão <i>(What is the separation of powers for? Short remarks on the role of the Judiciary in coalition presidentialism)</i> 43
<i>Lucas Faber de Almeida Rosa</i>	
OBSERVATÓRIO NACIONAL <i>(National Case Law Review)</i>	
Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas <i>(Economic Analysis of the Limits on Judicial Intervention in Public Policy)</i> 57
<i>Débora Costa Ferreira</i>	
O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a concepção de uma nova separação dos poderes do estado a partir da jurisdição constitucional <i>(The constitutionality control system in Brazil and a new concept of separation of powers based on constitutional jurisdiction)</i> 91
<i>Marco Cesar de Carvalho</i>	
A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção <i>(Separation of powers and the effects of the writ of injunction)</i> 116
<i>Tassyla Queiroga Sousa e Silva</i>	
OBSERVATÓRIO INTERNACIONAL <i>(International Case Law Review)</i>	

O Último Legado de Sieyès - A Questão Prioritária de Constitucionalidade e o Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade Repressivo na França (*Sieyès' Last Legacy - Priority Preliminary Rulings and the development of constitutional review in France*)

..... 133

Alexandre Vitorino Silva

La tutela internazionale dei diritti fondamentali nel lavoro (*International protection of the fundamental rights of workers*)

..... 157

Matteo Carbonelli

Estándares jurídicos para la evaluación de políticas sociales: un análisis de la judicialización del derecho a la vivienda en la Argentina (*Legal standards and social policies. An analysis of the judicialization of the "right to shelter" in Argentina*)

..... 172

María Carlota Ucín



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Nota dos Editores

Prezados leitores, o Observatório da Jurisdição Constitucional lança mais uma nova edição (Vol. 8, n. 1, jan./jun. 2015) com diversos artigos inéditos sobre temas da atualidade que dizem respeito ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil e em outros países.

Nesta edição, na Seção de Doutrina, contamos com artigo de Pedro Grández Castro, Professor da Faculdade de Direito da “Universidad Nacional Mayor de San Marcos” e também da Pontificia Universidad Católica del Perú, que mostra a importância de se construir uma teoria dos precedentes dos Tribunais Constitucionais, considerando a assimilação das decisões dos Tribunais Constitucionais pela jurisdição ordinária, na tutela dos direitos fundamentais. José Emmanuel Cordeiro Lima nos apresenta artigo que trata da importância da tópica na interpretação constitucional, resgatando a contribuição de Konrad Hesse para essa discussão. Fazendo uma leitura crítica do princípio da separação de poderes, Lucas Faber de Almeida nos propõe uma reflexão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na promoção da democracia deliberativa, levando em conta o que o autor denomina como “aspectos relevantes da política concreta, como o papel dos partidos políticos e coalizões regionais, especialmente no âmbito do presidencialismo de coalizão”.

Na Seção Observatório Nacional, temos inovadora análise elaborada por Débora Costa Ferreira, com a colaboração de Maurício Soares Bugarin, sobre o impacto da intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas. Nesse estudo, os pesquisadores elaboraram um índice para mensurar a intervenção da Justiça estadual em Políticas Públicas e fizeram uma correlação desse índice com o IDH, na tentativa de identificar se o Poder Judiciário efetivamente colabora para dar efetividade aos direitos sociais. Tendo como eixo o princípio da separação de Poderes, a seção contempla ainda dois artigos: Marco Cesar de Carvalho examina como o exercício da jurisdição constitucional tem afetado a concepção do princípio da separação de Poderes e Tassyla Queiroga Sousa e Silva aborda especificamente a tutela oferecida pelo mandado de injunção.

Considerando a importância de examinar outras práticas constitucionais, a Seção Observatório Internacional publica artigos sobre o controle de constitucionalidade repressivo na França, de autoria de Alexandre Vitorino Silva, sobre a proteção internacional conferida aos direitos trabalhistas, de Matteo

Carbonelli, e sobre a judicialização do direito de moradia na Argentina, de María Carlota Ucín.

Esperamos que este novo número da revista do Observatório da Jurisdição Constitucional seja bem recebido e apreciado pela comunidade jurídica e cumpra seu objetivo primordial de contribuir com as reflexões teóricas e o aperfeiçoamento institucional da jurisdição constitucional brasileira.

André Rufino do Vale

Fábio Lima Quintas



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Tribunales kelsenianos y Precedente. Una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional

Pedro Grández Castro*

Resumen: Los Tribunales Constitucionales (TC) tienen, entre sus funciones más relevantes, la interpretación de la Constitución y en especial, de los derechos fundamentales que se configuran como la fuente de mayor importancia en los Estados Constitucionales. De este modo, la interpretación constitucional es concebida como una función creadora e integradora de normas constitucionales que tienen efectos generales más allá de los casos resueltos.

Partiendo de esta premisa, el autor plantea la necesidad de construir una teoría de los precedentes propia para contextos en los que interactúan los Tribunales Constitucionales con el Poder Judicial en la protección de los derechos, como ocurre en el caso peruano. En este sentido, el artículo analiza las distintas manifestaciones de los vínculos que producen las decisiones del Tribunal Constitucional con relación a los jueces, al legislador y, a los poderes públicos en general.

Palabras clave: *Sentencias del Tribunal Constitucional. Precedente*

Constitucional. Cosa Juzgada. Doctrina constitucional. Tribunales kelsenianos.

Abstract: Some of the main functions of Constitutional Courts are to read into the Constitution and particularly, the fundamental rights which are set as the most important source in Constitutional States. Thus, constitutional interpretation is conceived as a creative and integrative function of constitutional norms that have general effects beyond solved cases.

On this basis, the author raises the need of building a theory of precedents suitable for contexts in which constitutional courts interact with the Judiciary in the protection of rights, as in the case of Peru. In this sense, the article analyzes the various manifestations of the bonds produced by the decisions of the Constitutional Court regarding the judges, the legislator and the public authorities in general.

Keywords: *Effects of Constitutional Court rulings. Constitutional Precedents, Res judicata, constitutional doctrine, kelsenian Courts.*

* Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: **1.** Introducción; **2.** El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano; **3.** La doctrina constitucional frente al legislador; **4.** Interpretaciones constitucionalmente vinculantes; **5.** Decisiones con reserva de nulidad; **6.** Los vínculos desde la cosa juzgada; **7.** La doctrina constitucional frente a los jueces; **8.** *Leading case* o doctrina de la dignidad; **9.** Precedentes formalmente vinculantes; **10.** Algunas consideraciones finales

“Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular, las leyes inconstitucionales se mantienen válidas -sin poder anular su inconstitucionalidad- equivale mas o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”

H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución -La justicia constitucional-* (1928)

1. Introducción

El Objeto de esta comunicación es presentar una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, a partir de la forma cómo actúan sus decisiones en el marco del sistema constitucional peruano. Se trata por tanto de una reconstrucción de tipo descriptiva en la mayor medida posible. Desde luego, algunas de las conclusiones a las que se puede arribar observando esta realidad, pueden servir para identificar variables comunes en otros contextos o sistemas. En el caso peruano, desde la vigencia del Código Procesal Constitucional (01.12.04), con la incorporación de un modelo canónico de precedente jurisdiccional, se ha abierto un debate sobre el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal constitucional. No obstante, ese debate ha reducido el alcance de la vinculación de las decisiones del máximo Tribunal a un grupo limitado de decisiones calificadas por el propio Tribunal como precedentes¹, dejando fuera de análisis, un importante grupo de decisiones, incluso aquellas que caracterizan a un Tribunal de tipo kelseniano, como es el caso de las decisiones que declaran la invalidez de una Ley o las decisiones interpretativas que también se emiten en este tipo de procesos.

Es probable que una imagen completa de todas las manifestaciones de vínculos con sus variadas formas e intensidades, no sea posible de captar en términos abstractos y generales. En cualquier caso, en lo que sigue quisiera llamar la atención de algunas de estas manifestaciones, asumiendo como telón de fondo, la necesidad de visualizar en el precedente formal vinculante, solo una

¹ La fórmula del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “Art. VII.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

de estas manifestaciones del carácter vinculante de las decisiones del TC, quizá la que con más celo habría que vigilar, en la medida que en los últimos años ha sido en este espacio donde el TC ha puesto en riesgo, en más de una ocasión, su legitimidad y prestigio.

Una reconstrucción en sentido más amplio de los vínculos que despliegan las decisiones del Tribunal, requieren sin embargo, precisar en qué sentido debemos entender el término "vinculante". Como lo ha hecho notar Schauer, aunque en una primera impresión "cuando imaginamos una regla o un límite como vinculante, pensamos que es inevitable, que no deja lugar a la elección" o que los límites impuestos por tales reglas, son "absolutos o incapaces de ser vencidos por otras consideraciones"; no obstante, "en el derecho como en la vida, las obligaciones genuinas pueden ser desplazadas por otras más fuertes, sin perder así su fuerza como obligaciones"².

En tal sentido, entendemos por vinculantes las decisiones que, en principio, generan obligaciones a sus destinatarios conforme a lo dispuesto, ya sea en el fallo o en los argumentos. Los vínculos visto en este sentido no son mandatos inexorables y pueden por tanto merecer, cuando no desplazamientos, al menos consideraciones sobre su pertinencia y relevancia antes de ser asumidos. También los destinatarios varían. A veces el Tribunal Constitucional (TC) decide en abstracto y para todos (con efectos *erga omnes*); en otros casos, sin embargo, sus decisiones tienen destinatarios individualizados o identificables.

Las decisiones también pueden ser apreciadas en sus vínculos no solo a partir de sus destinatarios, sino por la intensidad en que se expresan. Algunas decisiones pueden considerarse que generan vínculos estrictos o más intensos, otras veces en cambio, solo generan vínculos a "tener en cuenta" o que pueden resultar persuasivos en casos futuros. Finalmente, la vinculación, que siempre como se ha dicho desde el comienzo no es inexorable en cualquier sistema jurídico, puede también expresarse a partir de otro tipo de consideraciones, por ejemplo; el tipo de procesos; el tipo de relación que existe entre el Tribunal y el sistema judicial; la forma de decisión o el tipo de sentencias e, incluso, atendiendo al modelo de justicia constitucional instaurado en un determinado contexto: si un modelo concentrado, un modelo difuso, mixto, paralelo o incidental, en cada sistema las relaciones de vínculos pueden establecerse de maneras diferentes³.

² Cfr. Schauer, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Tobías J. Schleider, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 90

³ Sobre los tipos de decisiones de los Tribunales en función del modelo de justicia constitucional puede verse, Pegoraro, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, especialmente p. 110 y ss.

2. El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano

Antes de avanzar con la tipología que intento presentar en el contexto de un Tribunal de clara orientación kelseniana como es el caso del Tribunal peruano, conviene llamar la atención sobre algunos de los rasgos que identifican a los dos modelos que conocemos en la actualidad, aun con sus matices y desarrollos, sobre el control de constitucionalidad de la legislación: el concentrado y el difuso y sus distintas variantes.

Como es conocido, en el modelo de *revisión judicial* americano el control constitucional de la legislación se produce a través de casos concretos resueltos por los tribunales. De esto resulta que la identificación del caso y sus particularidades se convierte en el centro de discusión para la imputación de vínculos al razonamiento del Tribunal a través de sus sentencias. Al punto es esto un rasgo relevante, que hay autores que sostienen que el precedente en el sistema del *Common Law* no puede consistir en meras interpretaciones de la Ley, como tampoco puede ubicarse en las consideraciones sobre los hechos simples presentados por las partes. Lo que resulta relevante, se suele afirmar, debe ser analizado a la luz de las razones y consideraciones que el Tribunal realiza de cara a la decisión que toma y *necesariamente* vinculado a las peculiaridades del caso resuelto con antelación⁴.

En materia de interpretaciones de la legislación, la concepción según la cual, el precedente no hay que ubicarlo en las interpretaciones abstractas de la ley realizadas por el tribunal que emite el precedente, parece ser más bien una herencia de la tradición inglesa del precedente. Esta concepción aparece con claridad en una cita de Lord Denning que se recoge en el clásico manual de Rupert Cross y J.W. Harris en el que, se sugiere que, los jueces no están sometidos a las interpretaciones realizadas en abstracto, sino en todo caso, debe tomarse en cuenta las peculiaridades del caso, puesto que “al interpretar la ley, la única función del Tribunal es aplicar las palabras de la ley a una determinada situación. Una vez se ha llegado a la decisión en dicho caso concreto, señalan, la doctrina del precedente nos lleva a aplicar la ley de la misma forma en cualquier situación similar, pero no en una situación diferente. Así, cuando surja una nueva situación que no esté cubierta por las decisiones previas, el Tribunal deberá guiarse por la Ley y no por la palabra de los jueces”⁵

Cross y Harris admiten que “aunque sería ir demasiado lejos el afirmar que existe una práctica establecida según la cual las decisiones sobre la

⁴ Este es el concepto estándar de precedente para los sistemas del *Common Law* pese a sus diferencias entre el precedente inglés y norteamericano según las anotaciones de R. Cross y J. W. Harris: “En la práctica judicial inglesa, escriben, cualquiera de las afirmaciones hechas por un juez de manera implícita o explícita en relación con la regla jurídica en la que base su decisión, **necesariamente** deben interpretarse a la luz del Case Law preexistente en el momento en que dicha regla sea estudiada por el juez posterior o por cualquier otro interesado en el asunto ...” Cfr. De los autores, *El precedente el sistema inglés*, Trad. De M^a Angélica Pulido, Marcial Pons, 2012, p. 69 (negrita agregada).

⁵ Voto disidente de Lord Denning en el caso *Paisner v. Goodrich* (1955), citado por R. Cross y J.W. Harris, ob. cit. p. 209.

interpretación de una Ley solamente se consideran precedentes de autoridad para los casos posteriores en los cuales los hechos relevantes sean similares, haciendo caso omiso de cuál fue la regla de derecho que el juez consideró necesaria para dichas para dichas decisiones⁶; no obstante concluyen estos autores, que existen razones de peso para considerar que la *ratio decidendi* de los casos relativos a la interpretación de las leyes pueden tener un efecto restringido.

Esta breve anotación con relación al valor de la interpretación de la legislación por parte de los Tribunales, sirva para destacar cuán distintas resultan los sistemas de control constitucional en este punto. Como es conocido, los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes, han tenido como función principal la interpretación en abstracto de la Legislación. Sus decisiones, incluso cuando estaba vigente la tesis de su mentor, que consideraba a dichos tribunales como "legislador negativo", cuando estaban referidas a la anulación de una ley por inconstitucional, resultaban siempre vinculantes y con efectos generales principalmente para el legislador. Ello, desde luego, incluye como se verá luego, no solo a la parte del fallo, sino también a los argumentos en los que se basa el fallo que, como resulta obvio, consisten precisamente en argumentos sobre la interpretación constitucional de la Ley.

Conforme ha precisado Ahumada Ruiz, con relación a la doctrina mayoritaria hoy en día en Europa, influenciado básicamente por la concepción del Tribunal Federal Alemán, los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, lo que incluye a sus fundamentos determinantes.

"los poderes públicos no están simplemente obligados a cumplir lo que el Tribunal constitucional resuelva o, dicho de otro modo, lo que el fallo de la sentencia disponga. Los poderes públicos, además habrán de conformar en el futuro su actuación a las pautas marcadas por la doctrina del Tribunal"⁷.

El respaldo de este razonamiento, al parecer, no se encuentra en alguna teoría de la *ratio decidendi*, sino más bien en la especial ubicación de los tribunales Constitucionales que han alterado la lógica de la división de poderes como tantas veces ha sido dicho⁸.

Así, existe cierto consenso de la doctrina respecto del modelo kelseniano de justicia constitucional que suele afirmar que éste no juzga casos o hechos, en la medida que no le corresponde «aplicar» la Constitución a casos concretos; sino más bien, en la medida que tiene el "monopolio" de la interpretación

⁶ R. Cross y J. W. Harris, ob. cit. p. 211

⁷ Cfr. Ahumada Ruiz, María A. "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores"; en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2012, p. 47.

⁸ En este sentido Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Palestra, Lima 2007. En la doctrina Alemana este parece ser también la comprensión estándar. Cfr. Limbach, Jutta. "Papel y poder del Tribunal Constitucional"; en, *Teoría y realidad constitucional*, N° 4, UNED 1,999 p. 93 y ss.

constitucional, sus decisiones tienen, por ese solo hecho, valor y supremacía constitucional que afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales⁹.

Este es un dato que no siempre se valora en toda su dimensión a la hora de analizar la forma en que vinculan las decisiones del TC o de la Corte Suprema, en uno y otro sistema jurídico que, por muy cercanos que hoy se sitúen, mantienen no obstante, algunas notas propias de la cultura y las tradiciones de donde provienen. En el caso de los Tribunales europeos, aunque a veces se haya sostenido que están más cercanos en su forma de actuación a la Corte Suprema e los EE. UU, en cuanto Tribunales Jurisdiccionales; no obstante, como lo ha destacado García de Enterría, en cuanto a la forma de sus decisiones, éstas no tienen parangón en la práctica constitucional norteamericana.

Así, una de esas notas "culturales" o de tradición se puede apreciar en el alcance general y *erga omnes* de sus decisiones en el control de constitucionalidad de las leyes, una característica que al tiempo de distinguir a los Tribunales Kelsenianos, suele presentarse como un "residuo de su concepción como decisión legislativa, pero, en realidad, único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares"¹⁰.

Sea como fuere, los pocos datos que he podido reunir de cara a esta breve introducción, espero que sean suficiente para la finalidad que aquí nos convoca: llamar la atención sobre la necesidad de construir, sobre la base de una teoría distinta a la del *common law*, la teoría de las vinculaciones de las sentencias de los tribunales constitucionales. Espero que a esta construcción sirvan las líneas que siguen, en la medida que los Tribunales constituciones de tradición kelseniana, no han necesitado hasta ahora, de una teoría de la *ratio decidendi* al estilo del *common law* para influir de manera vertical y determinante en el sistema de fuentes.

3. La doctrina constitucional frente al legislador

Ya en la la introducción ha quedado establecida que la primera forma en que se expresan los vinculos de las decisiones del TC kelseniano es en el proceso de control abstracto de la legislación. Si bien es verdad en el modelo Europeo hay un matiz que bien puede presentar al control incidental como una variante del control concreto, en la medida que son los jueces quienes instauran, a partir de un caso, el contencioso legislativo ante el Tribunal constitucional; no obstante

⁹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, 2006 p. 63

¹⁰ Cfr. García de Enterría, E. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas, en *REDC*, N° 1, Enero de 1981, p. 46

el resultado, al margen de cómo inicia el proceso de control (ya sea por una demanda directa de alguno de los entes legitimados o por un juez urgido por un caso que requiere una solución constitucional), afecta al sistema jurídico en su conjunto.

Esta tesis es indiscutible respecto de la decisión que declara la inconstitucionalidad de la Ley, mas no así, respecto de los argumentos en que se basa la decisión, especialmente cuando se trata de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Recientemente, un estudio del profesor Víctor Ferreres de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, ha planteado el debate en los términos adecuados. La tesis del profesor Ferreres señala que existe una concepción tradicional en el constitucionalismo español de los últimos años que se ha mantenido hasta la actualidad, que niega el carácter de fuente vinculante a la jurisprudencia del TC con relación a los jueces del Poder Judicial. Entre los fundamentos de esta postura estarían, básicamente, la idea de la tradición jurídica del *civil law* y, por otro lado, la independencia de los jueces del Poder Judicial. Desde esta postura, según afirma el Profesor Ferreres, tampoco debiera predicarse vínculo alguno a la jurisprudencia constitucional con relación al legislador: "Si, de acuerdo con el planteamiento tradicional, la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho en los países que se inscriben en la cultura del *civil law*, tampoco la jurisprudencia del TC puede serlo. Y si la independencia judicial significa que el juez no está obligado a aplicar el derecho vigente de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, esa misma independencia judicial debe significar entonces que el Juez no está vinculado por la interpretación que el TC haya hecho de la Constitución"¹¹. De este modo, según la concepción tradicional, no existe forma de vinculación ni para el juez ni para el legislador.

La cuestión entonces debe resolverse cuestionando la concepción tradicional. Las razones para este cambio estarían en asumir en serio las obligaciones que despliegan los principios de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. La vinculación a las interpretaciones que realiza el Tribunal que se coloca en la cúspide del sistema, vendría de este modo a aliviar los problemas de indeterminación e incerteza de los sistemas constitucionales y, al mismo tiempo, los ciudadanos no se verían frente a decisiones contradictorias que con frecuencia colocan tratamientos dispares por parte de los jueces respecto de asuntos y situaciones parecidas e incluso homologables. De este modo, concluye, "una adecuada salvaguarda de la igualdad y la seguridad exige un sometimiento directo de los jueces a la jurisprudencia". Este planteamiento general sería aplicable también para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto Tribunal Jurisdiccional respecto de las cuestiones constitucionales que le corresponde decidir¹².

¹¹ Cfr. Ferreres Comella, V. "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En, *Con vinculen les sentències...*cit. p. 13

¹² Ferreres Comella, V. ob. cit p. 15.

Si los jueces están vinculados como se ha argumentado por la jurisprudencia del TC en cuanto intérprete último del sistema constitucional, el siguiente paso consiste en extender este razonamiento también con relación al legislador. Como bien advierte Ferreres Commella al abordar este asunto, la vinculación de la doctrina del TC al legislador no debe confundirse con el impacto que tiene una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y que logra expulsarla del orden jurídico. "Que el tribunal se comporte como "legislador negativo", cuando a través de sus sentencias, expulsa las leyes que juzga inconstitucionales, no significa necesariamente que su jurisprudencia posea fuerza vinculante. Una cosa no lleva a la otra"¹³.

Esta confusión sobre los alcances de la doctrina jurisprudencial con relación al legislador, que a veces se da por descontado asumiéndola incluso como una consecuencia lógica derivada de la propia Constitución¹⁴ o de la regulación del Código Procesal Constitucional, también es frecuente entre nosotros¹⁵. No obstante, la base de la vinculación de la doctrina jurisprudencial no solo hacia el legislador, sino a los demás poderes del Estado, parece más bien provenir de la ubicación institucional del Tribunal Constitucional que viene instituido desde la Constitución como "órgano de control de la Constitución"¹⁶ y conforme a su Ley Orgánica como "órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad"¹⁷.

A estas razones autoritativas se pueden agregar otras razones de tipo institucional y funcional. La necesidad de lograr estabilidad en la construcción de la democracia y sus instituciones, requiere que los contenidos que se da a la legislación y, sobre todo a la Constitución no sean contradictorias. Si el Tribunal ha interpretado desde la Constitución el contenido de la legislación en cierto sentido, la certeza para los ciudadanos provendrá tanto de que el TC mantenga esta interpretación, cuanto que el Congreso no intervenga con una propuesta contradictoria.

En sentido práctico, como se ha destacado también en otros contextos, el diseño del Estado Constitucional ha colocado en un sitial privilegiado a los Tribunales Constitucionales. Comprender este diseño coloca al legislador en la necesidad de no proponer construcciones legislativas que ya hayan sido

¹³ Ferreres C. ob. cit- p. 18

¹⁴ **Const. Artículo 204°.-** La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

¹⁵ **CPConst: Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada.-** Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)

Artículo 82.- Cosa juzgada.- Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. (...)

¹⁶ Const. Artículo 201°.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.(...)

¹⁷ Así el artículo 1° de la Ley Orgánica del TC

rechazadas por el TC en interpretaciones que se puedan considerar razonables o sólidas.

La deslealtad del legislador frente a la doctrina constitucional puede tener un precio caro como muestra la experiencia. La forma como suele resolverse estas disputas no hacen bien a las instituciones en las que se sustenta la democracia. Entre nosotros, un buen ejemplo lo ofrece el desacato del Parlamento al insistir con sacar del control a través del amparo a las decisiones del máximo Tribunal Electoral. Durante buen tiempo y en decisiones consistentes el TC venía sosteniendo la inevitabilidad del control constitucional de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando éstas eran cuestionadas por violación a los derechos fundamentales de los electores, los candidatos o de las autoridades electas. Esta doctrina constitucional había sido reiterada y consolidada a nivel del proceso de amparo y luego fue introducida en el Código Procesal Constitucional¹⁸. Es decir, el legislador en un primer momento, recogiendo la doctrina constitucional del TC incorporó de manera expresa la posibilidad del control.

Una vez abierto el debate público¹⁹, con intervención de las dos instituciones en disputa (JNE v. TC), intervino una vez más el legislador y contraviniendo la doctrina constitucional establecida de manera consistente por el TC aprobó una reforma al Código Procesal Constitucional para dejar aparentemente zanjada la disputa. Los términos lingüísticos de la intervención del legislador en este debate dejan entrever, de una forma por demás expresiva, la necesidad casi angustiada de imponerse²⁰. No obstante, como era de esperarse, el debate terminó en las puertas del propio TC con la presentación de una demanda contra la Ley que reformaba el CPCost; la misma que como resulta fácil de vaticinar, fue declarada inconstitucional dejando incólume la doctrina constitucional del amparo electoral²¹.

Este caso muestra las consecuencias, llevado a un punto extremo, de una actuación del legislador en abierta confrontación con la doctrina del TC y, al mismo tiempo, permite avizorar, los problemas del propio sistema constitucional, que en algunos temas y circunstancias, puede dejar la imagen que finalmente haya que atenerse a un único intérprete definitivo de la Constitución. Con esto se

¹⁸ La versión original del artículo 5° del CPConst. establecía que, "No proceden los procesos constitucionales cuando: 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. (realzado agregado)

¹⁹ Una reconstrucción de este debate puede verse en, Christian Donayre Montesinos, *En defensa del amparo electora*, Lima, Palestra 2010.

²⁰ La reforma se produjo con relación al artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional con estos términos: "No proceden los procesos constitucionales cuando. "8) *Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.*

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva."

²¹ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 00007-2007-PI-TC, publicado el 22 junio 2007.

puede concluir con Ferreres Comella que hay también razones funcionales (de funcionamiento del sistema constitucional) que sugieren la necesidad que el legislador actúe con lealtad a la doctrina del TC, en la medida que le corresponde "contribuir al buen funcionamiento del sistema, absteniéndose por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional"²².

4. Interpretaciones constitucionalmente vinculantes

La doctrina constitucional despliega sus vínculos a través de su identificación como argumentación razonable, consistente, pública, no contradictoria y, con una permanencia en el tiempo. Esto supone que hay doctrina en un conjunto de decisiones que se mantienen a lo largo de un conjunto de decisiones con clara vocación de orientar el comportamiento del propio Tribunal que lo emite en casos futuros.

Pero los tribunales constitucionales no solo gobiernan el derecho a través de la doctrina constitucional que se debe extraer, como se ha dicho, de los razonamientos de sus fallos. El proceso constitucional abstracto, de la mano del principio de interpretación conforme, genera una obligación en el Tribunal Constitucional, de interpretar la ley de conformidad con la Constitución y solo expulsarla del ordenamiento jurídico si es que no fuera posible una interpretación adecuada. De esta exigencia ha surgido en la tradición de los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente por obra de la Corte Constitucional Italiana, un conjunto de decisiones que se sitúan en camino entre la mera anulación de la ley y su conformidad con la Constitución. El título amplio de esta variedad de decisiones es la *desentencias interpretativas* y su finalidad práctica consistiría en adaptar las fuentes infraconstitucionales, en especial los sentidos de la legislación, a las normas y principios de la Constitución²³. No es este el lugar para extenderme en sus múltiples manifestaciones a los que la doctrina ha dedicado amplia bibliografía en los últimos años²⁴. Lo que aquí quiero resaltar es la forma en que estos pronunciamientos generan efectos vinculantes generales, así como la fuerza con que operan.

Se trata, en primer lugar, de decisiones que por su naturaleza, no suelen repetirse. Esto hace que no sea posible su tratamiento como parte de la doctrina constitucional del Tribunal. Como quedó dicho, la doctrina requiere coherencia y permanencia en el tiempo. Dos decisiones contradictorias no hacen doctrina, como tampoco podría ser invocada como doctrina constitucional una decisión

²² Cfr. Ferreres Comella, V. op. cit. P. 21

²³ Cfr. Silvestri, G. "le sentenze normative della corte costituzionale", en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli*, Vol I, CEDAM, 1985, p. 757.

²⁴ Me remito aquí al trabajo del Profesor Javier Díaz Revorio que recoge lo más relevante de la bibliografía y los debates que ha suscitado su puesta en práctica en Europa. El volumen editado en Perú, incluye un excelente estudio introductorio del Profesor Samuel Abad, que da cuenta de la presencia de estas modalidades de decisión por parte del TC Cfr. Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima Palestra 2003.

solitaria o aislada que haya emitido el TC. Las sentencias interpretativas resultan vinculantes en cuanto expresan la interpretación constitucionalmente válida de la legislación. Sus múltiples manifestaciones generan, una diversidad de intensidades en su vinculación, que pueden ir desde la simple persuasión, hasta una vinculación más estricta, cuando el Tribunal establece como única posible interpretación un determinado sentido que viene fijado en la fundamentación de la sentencia o, cuando se trata de una sentencia de acogimiento o estimación parcial en el que la norma suele quedar integrada en el fallo de la decisión²⁵.

Como ha destacado el profesor Javier Díaz Revorio²⁶, pese a que la práctica lo ha introducido entre las variantes de decisiones de los Tribunales constitucionales, con frecuencia, ello no viene acompañado de un desarrollo legislativo que lo respalde, con lo cual, a veces, queda en manos del propio Tribunal defender no solo su presencia sino su fuerza vinculante. La controversia surge a partir de que se trata de darle algún valor a las decisiones que, en principio, aparecen como sentencias desestimatorias, sin mayor relevancia (se suele afirmar) que el de la cosa juzgada con los matices que también se pueden hacer al respecto²⁷.

No obstante, hay un plano distinto para argumentar a favor del valor vinculante de estas interpretaciones que constituyen la expresión genuina de la función más relevante que está llamado a cumplir un Tribunal Constitucional. En la medida que al Tribunal Constitucional corresponde, en última instancia, fijar los límites a la legislación, la tarea de interpretar las fuentes del sistema jurídico y, en especial, la legislación de conformidad con la Constitución, resulta consustancial a esta tarea. Se trata de una actividad indiscutiblemente normativa, si se entiende por norma, la construcción de significados a las disposiciones o enunciados normativos. En este caso por lo demás, esta tarea se desarrolla en un diálogo directo entre Constitución y legislación, lo que permite que el resultado tenga especial relevancia para el sistema de fuentes.

Desde luego, como ya se adelantó, no todas las decisiones interpretativas resultan con el mismo grado de vinculación. Las exhortaciones al legislador, por ejemplo, no pueden sino solo verse como una invocación a desplegar su capacidad regulatoria o derogatoria según sea el caso, pero sin que ello imponga

²⁵ Un ejemplo en este sentido de vínculo estricto lo constituye la sentencia en el caso FONAVI, en la que el sentido de la interpretación que controla parcialmente la constitucionalidad de la norma cuestionada se traslada al fallo de la decisión: Cfr. STC 012-2014-PI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf>

²⁶ Cfr. Díaz Revorio, J. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español" en, Biblioteca Virtual de la UNAM, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf> (consultado el 10/04/15)

²⁷ El tratamiento que se suele dar las sentencias interpretativas de rechazo y de acogimiento en la práctica jurisprudencia italiana expresa de algún modo esta problemática. Como lo hace notar Zagrebelsky, pese a los múltiples esfuerzos teóricos que se han hecho, sigue asumiéndose un valor formal solo relativo a las sentencias "di rigetto", por lo tanto no vinculante para sus destinatarios. En cambio, las sentencias de acogimiento tienen como tales valor de cosa juzgada con efectos vinculantes para todos. Cfr. Zagrebelsky, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición, Il Mulino, 2012, p. 384.

al legislador actuar en determinado sentido. Zagrebelsky ha desarrollado un esquema para el caso italiano que puede servirnos de ayuda.

- a. Pronunciamientos de rechazo interpretativo, adoptados para orientar la jurisprudencia del juez ordinario cuando no exista una determinada orientación interpretativa que permita hablar de un "derecho constitucional viviente". Con una sentencia interpretativa de rechazo, la Corte "propone" su interpretación estableciendo un precedente, para contribuir a la formación de interpretaciones conformes a la Constitución, cuando la labor de los jueces está en curso.
- b. Pronunciamientos de acogimiento interpretativo, que la corte adopta para completar el mecanismo del doble pronunciamiento, particularmente cuando aquella sea una norma inconstitucional que hay que eliminar para restablecer la constitucionalidad de la disposición enjuiciada (un típico caso de acogimiento parcial).
- c. Pronunciamientos de acogimiento puro y simple, las que eliminan cualquier posibilidad de incerteza, aunque a un precio elevado: la eliminación de la ley en su integridad con la creación de un vacío legislativo²⁸.

5. Decisiones con reserva de nulidad

En los procesos de control abstracto, los tribunales constitucionales han desarrollado un tipo de decisiones en las que reservan la declaración de nulidad pese a constatar la inconstitucionalidad de la Ley. Su desarrollo se debe al TFA que en forma pretoriana incorporó esta modalidad de fallos asumiendo una cierta deferencia al legislador²⁹. Generalmente estas decisiones suelen ser declarativas de la inconstitucionalidad, reservándose el pronunciamiento sobre la nulidad y generándole un plazo para que sea el propio legislador quien supere el vicio de inconstitucionalidad derogando la ley cuestionada o, en todo caso, emitiendo las correcciones que se hubieran observado para que las normas analizadas en el proceso de control recuperen su estatus de normas compatibles con la Constitución³⁰.

Es un modelo de decisión que se sustenta, generalmente, en las alteraciones graves que podría significar la intervención directa del TC declarando la nulidad inmediata, de manera que se apela a la ponderación de

²⁸ Zagrebelsky, G. *Giustizia Costituzionale*, cit. p. 385

²⁹ "El Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún más, contra la ley, ya que la ley relativa al T.F.A tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma". El reconocimiento legal habría venido luego; Cfr. Schlaich, Klaus. "El Tribunal Constitucional Alemán", en *Tribunales constitucionales europeos...* Cit. p. 192

³⁰ A este tipo de decisiones se refiere el reporte alemán escrito por Klaus Schlaich para el volumen sobre los *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, organizado por el Prof. Favoreu y publicado luego por el CEPC de Madrid, p. 133 y ss.

bienes en conflicto en el caso concreto para diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TC peruano ha sido cauto en el uso de esta modalidad de decisiones durante la transición. Un ejemplo lo constituye una de las primeras decisiones sobre la justicia militar en la que el Tribunal reservó la nulidad de la ley otorgándole un plazo perentorio al legislador para encausar la Ley de la Justicia Militar conforme a las observaciones que había realizado en su análisis de constitucionalidad³¹. Durante la época de retroceso en su jurisprudencia, el Tribunal ha extendido esta modalidad de fallos al proceso de amparo. El problema de esta extensión es, sin embargo, que la modulación del fallo o el efecto diferido, ya no viene a prevenir un grave riesgo, sino más bien, evita pronunciarse sobre las consecuencias de una violación manifiesta declarada en el ámbito de los derechos fundamentales. En buena cuenta el Tribunal renuncia a ejercer su labor de tutela de los derechos³².

El Tribunal también ha justificado la modulación de los efectos de su decisión en el tiempo, aunque esta vez con autorización legal³³, en el control de la potestad tributaria de la administración municipal. Aquí se trata, fundamentalmente, de no generar mayores estragos a la administración que haya venido cobrando un tributo que haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal³⁴.

Los vínculos que despliega una decisión declarativa con reserva de nulidad dependerán del grado de receptabilidad del legislador y de los instrumentos con que cuente el Tribunal para implementar su "amenaza". Si la nulidad ya viene expuesta en el fallo y opera automáticamente o si debe volverse a pronunciar una vez que el Legislador ha incumplido en el plazo establecido.

³¹ STC 006-2006-PI/TC. En esta decisión el TC dispuso en la parte del fallo: "5) Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 6) Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución."

³² Cfr. Al respecto la decisión el caso AIDSESEP, Exp. N° 6316-2008-AA/TC. El hecho que se traslade una modalidad de decisión propia del proceso de control abstracto hacia el ámbito de la tutela de los derechos ya genera reservas. Sin embargo en este caso el TC, luego de constatar que una decisión administrativa del gobierno ha sido adoptada sin tomar en cuenta el contenido del derecho convencional a la consulta previa, lo que llevaría de modo inevitable a declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos de concesión de lotes a favor de una empresa, sin embargo el TC argumenta que estas violaciones deben ponderarse en el marco de la buena de la empresa y los contratos ley que lo ampara (Fundamentos 27 a 29 de la sentencia)

³³ Conforme al segundo párrafo del artículo 81 del CPCConst. "Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

³⁴ Para el ámbito tributario, aun cuando no es exactamente un caso de nulidad solo declarativa, puede citarse la sentencia en el caso de los arbitrios Municipales: Exp. N° 00053-2004-PI/TC, en la que además se formula una serie de exhortaciones al legislador.

6. Los vínculos de la cosa juzgada

El Código Procesal Constitucional se refiere a la cosa juzgada como uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (art. 82). También conforme a dicho Código, solo los pronunciamientos de fondo adquieren esta calidad (art. 6). De manera que los vínculos que se despliegan a partir del efecto de cosa juzgada, se diferencian en este punto de la doctrina constitucional, no solo porque la cosa juzgada se predica del fallo, mientras la doctrina se recoge en los argumentos de la sentencia, sino además, debido a que los vínculos de la doctrina constitucional, pueden provenir sin ningún inconveniente, de todo tipo de resoluciones (también de resoluciones de rechazo por improcedencia por ejemplo); mientras que, como es sabido, el Código Procesal Constitucional, reserva los efectos de la cosa juzgada, solo para aquellas decisiones donde haya pronunciamiento sobre el fondo del asunto decidido³⁵.

Se ha discutido el efecto de la cosa juzgada en sentido material en relación a los procesos de inconstitucionalidad. Por un lado están los vínculos que despliegan desde la cosa juzgada las decisiones desestimatorias de inconstitucionalidad con relación al Juez ordinario, en la medida que conforme al artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional, los jueces ya no pueden ejercer el control difuso en estos supuestos de leyes confirmadas en su constitucionalidad. Esta tesis ha sido modulada por la doctrina. El Ex Presidente del TC, profesor César Landa³⁶ por ejemplo, ha sostenido que ello debe asumirse solo en línea de principio, en la medida que es posible que si las condiciones han cambiado, ya sea con relación al contexto o al propio parámetro que haya servido al TC para su pronunciamiento, los jueces podrían, eventualmente, no verse vinculados por la decisión del Tribunal ejerciendo el control difuso en un caso concreto, cuando las condiciones objetivas así lo exijan, actuando con lealtad constitucional y sujetos siempre a un posible control que el TC podría realizar requerido mediante un eventual proceso de amparo³⁷.

De igual parecer es el Profesor Luis Castillo Córdova³⁸, para quien en el análisis de confirmación de la constitucionalidad de una ley resulta determinante

³⁵ Cfr. Art. 6° del CPConst. "En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo."

³⁶ Cfr. Landa Arroyo, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), p. 205.

³⁷ A veces es el propio TC el que ha avalado de manera abierta esta posibilidad. Esto ha ocurrido en un caso en el que se discutía si un Impuesto a las Transacciones Bancarias resultaba en abstracto inconstitucional. El Tribunal Confirmó la Constitucionalidad del impuesto, pero dejó abierta la posibilidad de que sea inaplicable por los jueces en aquellos casos en los que se pudiera acreditar, por las propias circunstancias del caso, que la aplicación del impuesto pudiera resultar confiscatorio. El TC puso en la parte resolutive de la sentencia: "los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados". Cfr. STC Expedientes acumulados: EXPS. N.º 0004-2004-AI/T; N.º 0011-2004-AI/TC; N.º 0012-2004-AI/TC; N.º 0013-2004-AI/TC; N.º 0014-2004-AI/TC; N.º 0015-2004-AI/TC; N.º 0016-2004-AI/TC Y; N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

³⁸ Cfr. Castillo Córdova, Luis (coord.) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 24.

el precepto constitucional que haya sido invocado por el propio Tribunal como parámetro. Los jueces no estarían impedidos de realizar el control difuso en un caso posterior, si se les requiere a partir de argumentos en los que el análisis de inconstitucionalidad resulta a partir de utilizar otros preceptos no tomados en cuenta por el Tribunal. Esto hace que por ejemplo, que los jueces del poder judicial no estén impedidos (sino al contrario obligados) de realizar el control de convencionalidad aun cuando se trate de una ley confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal, en la medida que se trata de dos parámetros diferentes: en un caso la Constitución, en otro la Convención o tratado internacional de derechos humanos correspondiente.

Esta posibilidad también queda abierta para el propio Tribunal, en la medida que nuevas circunstancias, ya sea provenientes de las condiciones normativas (cambio en la legislación o en la propia constitución o en las valoraciones de los derechos, etc.) o del propio contexto social y cultural, pueden justificar una nueva valoración de una ley que antes ya había sido confirmada en su constitucionalidad. El límite en estos supuestos estará determinada, en todo caso, por el tiempo que la legislación prevé para que la norma sea impugnada.

Con relación al legislador, el efecto de cosa juzgada supone en principio, que éste se abstenga de formular una nueva proposición legislativa con similares contenidos a las leyes que hayan sido rechazadas por inconstitucionales por el TC. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en la doctrina que ha encontrado dificultades operativas y funcionales para imponer esta obligación en sentido determinante al legislador.

De modo que, al parecer, no queda más camino que aceptar que "la aprobación de una ley idéntica a una ya declarada inconstitucional no constituye por sí misma una vulneración del efecto de cosa juzgada". En estos supuestos, a decir de Ahumada Ruiz, estaríamos ante una confrontación del legislador con la doctrina constitucional, mas no se trataría de una vulneración de la cosa juzgada³⁹.

7. La doctrina constitucional frente a los jueces

El vínculo para los jueces del Poder Judicial tiene en el Código Procesal Constitucional una fuente directa (art. VI del TP del CPConst). La llamada doctrina constitucional vinculante aparece, sin embargo, al menos de una primera lectura, limitada a la interpretación de la Ley. Dos tipos de vínculos se señalan de manera explícita: Una que proviene como ya se ha dicho del fallo, en la medida que los jueces no pueden ejercitar el poder/deber del control difuso respecto de leyes ya confirmadas en su constitucionalidad por parte del TC. Como ya quedó dicho en el acápite anterior esta vinculación es relativa y admite atenuantes. Diferentes son los vínculos respecto de las interpretaciones de los preceptos y principios

³⁹ Ahumada Ruiz M^a Angeles, " como vincula la jurisprudencia..." cit. p. 56

constitucionales, en la medida que la interpretación de tales preceptos contenidos en las resoluciones dictadas por el TC deben ser tomados como parámetros para la interpretación de la "ley y toda norma con rango de ley y también los reglamentos..."⁴⁰.

El profesor Luis Castillo ha realizado una interpretación que amplía el espectro de implicancias de esta disposición, al sostener que a partir del artículo VI del T. Preliminar del PCConnst. "todos los operadores jurídicos, señaladamente los jueces, han de resolver con base en las interpretaciones que de la Constitución haya formulado el TC, porque tales interpretaciones conforman reglas jurídicas constitucionales (normas adscriptas constitucionales)"⁴¹. Aun cuando claramente se trata de una interpretación extensiva, su propósito es sin duda, preservar el valor constitucional de las interpretaciones del TC más allá del ámbito judicial, lo que sin duda no sería coherente si solo podría vincular a los jueces. Creo de nuevo que la razón está fuera del Código, para colocarse en el propio *ethos* institucional de un Tribunal kelseniano.

También la doctrina constitucional, entendida como el conjunto de criterios interpretativos sobre los derechos o sobre las instituciones constitucionales realizadas por el TC alcanza efectos generales por la ubicación privilegiada del Tribunal en cuanto intérprete calificado que se coloca en la cúspide del sistema constitucional. Este alcance general está sin embargo sometido a algunas condiciones de relevancia práctica y funcional.

- i. La doctrina constitucional tiene que ser identificable de manera indiscutible o no controversial. Para que esto sea así, es necesario que el Tribunal haya sido coherente en el tratamiento de determinado derecho o institución constitucional.
- ii. Debe tratarse de una doctrina con clara relevancia constitucional. Las interpretaciones legales o que no alcancen relevancia constitucional carecen de autoridad para imponerse como definitivas como corresponden al máximo Tribunal.
- iii. La doctrina constitucional tiene que ser el sustento de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Muchas veces el Tribunal suele realizar apreciaciones tipo *obiter* en sus consideraciones pero que no se relacionan ni con las cuestiones discutidas en el proceso en cuestión ni, peor aún, están relacionadas a la decisión. El caso Tineo Cabrera que ha servido en los últimos años de parámetro para cuestionar los

⁴⁰ Los párrafos segundo y tercero del artículo VI del PCConst. Recogen esta regulación:

"Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

⁴¹ Cfr. Castillo Córdova Luis, "introducción" al libro: Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, 2014.

procedimientos parlamentarios es un claro ejemplo de doctrina falsa del Tribunal, en la medida que se trata de consideraciones equiparables a un artículo académico no relacionadas con la decisión adoptada por el Tribunal⁴².

- iv. La doctrina constitucional se construye en un dialogo entre el Tribunal y los destinatarios de sus decisiones. En algunos casos el Tribunal ha querido instruir estableciendo de oficio lo que ha llamado "doctrina jurisprudencial" equiparándolo con la formula formal del precedente vinculante, es decir, precisando los fundamentos que constituyen la doctrina. Esta es una forma de decisión bastante autoritaria que desconoce la dinámica de la interpretación constitucional, que debiera mantenerse siempre abierta a las interpretaciones de sociedad plural. En consecuencia, aun cuando el Tribunal lo invoque como "doctrina jurisprudencial", hay que asumirlas, según sea el caso, como "decisiones interpretativas" impuestas por la autoridad del Tribunal, pero que no suponen una regla determinante⁴³.
- v. Como ocurre con todas los tipos de decisiones vinculantes del TC también la doctrina está sujeta a interpretaciones y revisiones. No hay nada inmutable en el Derecho Constitucional que es más bien el producto de constantes mutaciones. Nuevas circunstancias, mejores argumentos, pueden hacer variar los razonamientos.

8. *Leading case* o doctrina de la dignidad

Existen algunos casos cuyos razonamientos aun cuando expuestos en una única ocasión, determinan su importancia y peso en cuanto razonamiento que sientan un precedente ineludible para todos los poderes públicos. Se trata de razonamientos sobre nuestros derechos básicos o sobre la propia dignidad.

En la experiencia del constitucionalismo norteamericano se ha identificado estas decisiones como casos líderes (*leading cases*) que, aunque suelen determinar su relevancia con el paso de los años, lo cierto es que provienen de una única decisión que luego se convierten en referente ineludible

⁴² Cfr. Exp. 156-2012-PHC/TC. En este caso el Tribunal desarrolló una serie de apreciaciones sobre el Debido Proceso en sede parlamentaria. Pese a que estas consideraciones no estaban orientadas a la decisión del TC que decidió declarando improcedente la demanda, sin embargo estos *Obiter*, han sido utilizadas por algunos jueces del Poder Judicial como parámetro para evaluar la actuación de las Comisiones Parlamentarias, declarando en algunos casos de importancia, como fue el caso de la investigación al Ex Presidente Alan García, la invalidez de dichas actuaciones por no haber respetado dichos parámetros.

⁴³ Me refiero a decisiones del tipo la expuesta en el Exp. 005-2010-PA/TC en el que en la parte del fallo se coloca una formula como ésta: "Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios expuestos en los fundamentos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 23, 26, 33, 34 y 35." Al parecer se trataba de casos controvertidos en los que ni siquiera se lograba unanimidad de una Sala del Tribunal y se pretende no obstante imponer una cierta "doctrina jurisprudencial" con efectos vinculantes para todos en la que además es el propio Tribunal quien selecciona la *ratio decidendi* que se extiende a una buena parte de las consideraciones de la sentencia.

y por ello en un precedente vinculante, aun cuando el Tribunal no lo designe así en sentido formal.

Hace ya algún tiempo (el trabajo aparece fechado en diciembre de 2001), a comienzos de la última transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori, el profesor García Belaunde se preguntaba si existían este tipo de casos y decisiones en la jurisprudencia peruana. La respuesta era en aquel entonces más o menos predecible: Una judicatura que se había convertido, según sus palabras, en "un huesero forense, al cual van los que no tienen otro lugar a donde ir"⁴⁴, no podría desde luego, ser capaz de liderar el Derecho desde el razonamiento de sus fallos.

En los últimos años las cosas respecto del Poder Judicial, tengo la impresión que no han cambiado sustancialmente con relación al duro diagnóstico del Profesor García Belaunde. Pero hay un hecho indudable para todos: el Tribunal Constitucional ha incursionado en la dinámica del derecho peruano de un modo como no se había visto nunca antes desde el orden jurisdiccional.

Como no podía ser de otro modo, la incursión del Tribunal ha generado debates y no hay acuerdos sobre cuales decisiones son las más relevantes durante este periodo. Algunas de sus decisiones, sin embargo, han merecido reconocimiento no solo nacional sino también fuera del país, porque han permitido al propio Tribunal encontrar su espacio como garante de los derechos y de la dignidad humana en un contexto en el que se salía de un periodo de violaciones y excesos que debían ser corregidos por la vía del Derecho. El caso en el que se pone límites a la legislación contra el terrorismo es uno de estos casos: También los procesados por terrorismo merecen un justo proceso dirá el Tribunal y por tanto deben ser tratados con respeto a su dignidad⁴⁵.

Años más tarde, una decisión de una de las Salas del Tribunal, también basándose en la dignidad humana, declaró que una interna de una prisión que estaba purgando una sentencia por delito de terrorismo no podía ser restringida en su derecho a la "visita íntima", en la medida que se trataba de un derecho irrestricto vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad⁴⁶.

No es mi propósito ubicar cada uno de aquellos casos de los que creo fluye un razonamiento inimpugnabile por su fuerza y relevancia al concretar determinados contenidos mínimos de nuestros derechos y la dignidad humana. La fuerza moral y jurídica de estos razonamientos no resulta de un conjunto de decisiones, sino de un único caso en el que se define de manera concluyente el contenido mínimo de la dignidad humana.

⁴⁴ García Belaunde, D. "¿Existe el *leading case* en el derecho peruano?, consultado en línea en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteELLeadingCase.pdf>

⁴⁵ STC 010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003.

⁴⁶ STC N.º 01575-2007-PHC/TC, caso Marisol Venturo Ríos contra autoridades del INPE

9. Precedentes formalmente vinculantes

He dejado para el final una breve referencia a lo que los últimos años ha sido el centro de los debates cuando nos hemos referido al efecto vinculante de las sentencias del TC⁴⁷. Lo hago adrede para llamar la atención sobre lo que creo sin duda no representa a las decisiones de mayor relevancia en materia de Derecho Constitucional. Esto no solo por razones estadísticas, sino también por razones sustantivas. Conforme a las estadísticas del propio Tribunal, desde su reinstalación en el año 2000 ha emitido a la fecha cerca de 70 mil resoluciones, entre autos y sentencias, mientras que dentro de estas resoluciones, solo 43 han sido declarados precedentes formalmente vinculantes⁴⁸. Por otro lado, es fácil percatarse que en cuanto a los contenidos de dichos precedentes, en muchos casos, sobre todo analizando los primeros precedentes, ni siquiera alcanzan verdadera relevancia constitucional y responden más bien a otro tipo de criterios, como la notoriedad del caso o la búsqueda de algún protagonismo mediático a través de su emisión.

De manera que hay que atribuir a la novedad de la institución y no a su relevancia práctica, el que haya generado tanto entusiasmo en la academia, que no ha dejado de indagar sobre su naturaleza y sus alcances⁴⁹. Estos precedentes formales, que resultan de la sola voluntad del máximo Tribunal, deben su presencia en nuestro sistema jurídico, seguramente, a una cierta concepción y decepción de los jueces del sistema judicial peruano, a quienes el legislador los ha visto siempre como boca irreflexiva de las letras de la ley, lo que aplican muchas veces de forma mecánica y hasta irresponsable.

De modo que si se trata de vincular a los jueces, esta vez a las interpretaciones del Tribunal, la fórmula ha de ser la misma. Palabras "claras y precisas", cánones o cláusulas taxativas que permitan aplicaciones silogísticas sin mayores indagaciones sobre sus razones subyacentes o los valores y principios a los que sirven o en los que sustentas estas reglas. Se ha incorporado así un modelo taxativo o canónico de precedente que obliga al TC a individualizar los

⁴⁷ El primer volumen con el que se iniciaron esos debates, creo no equivocarme cuando digo que lo editamos conjuntamente con mi colega el profesor Edgar Carpio en el año 2007. Cfr. Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

⁴⁸ Cfr. El portal del TC: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_precedentes_vinc.php

⁴⁹ Sobre el Precedente Constitucional se han pronunciado los más destacados constitucionalistas del medio. Aquí algunas referencias. Landa Arroyo, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010); ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Chile, Año 4, número 1. 2006, págs. 67-96; GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)"; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El adiós al precedente vinculante a favor del precedente". *Gaceta Constitucional*, Lima, número 17. 2009, págs. 95-109. Una respuesta al trabajo del Profesor Castillo, puede verse en: Grández Castro P. "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, N° 19; HAKAHNSSON, Carlos. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*. Bogotá, núm. 18. 2009, págs. 55-77; Saez Dávalos, Luis, "El camino del precedente vinculante", en *Gaceta Constitucional* N° 83, Lima, 2014.

fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de su decisión, sin dejar margen al juez de una causa futura.

Este modelo de “precedente” que se aparta de la tradición del *common law* coloca al Tribunal en un riesgo permanente sobre su legitimidad⁵⁰. Primero, porque no está claro, pese a los esfuerzos del TC⁵¹, en qué supuestos se habilita su competencia para emitir precedentes, en segundo lugar, tampoco es claro cuál es la metodología que sigue el Tribunal para seleccionar los fundamentos que terminan convertidos en “precedentes vinculantes”. Aun cuando la doctrina nacional se ha esforzado por resolver estos problemas, acudiendo a las teorías de la *ratio decidendi* de los sistemas del *common law*, lo cierto es que, en la medida que todo ha quedado en manos del Tribunal, ningún esfuerzo racional en esta dirección puede tener éxito, generándose de este modo una paradoja con la introducción del modelo de precedente “a la peruana”: esta paradoja consiste en que se trata de un modelo de precedente altamente impredecible. La falta de predictibilidad no se refiere aquí a lo que se recoge en cada uno de los precedentes, sino a las circunstancias que no podemos conocer, sobre las variables o contextos que resultan gravitantes para que el Tribunal emita un precedente vinculante⁵².

Los precedentes concebidos como reglas que el propio Tribunal selecciona, como se ha dicho, sin criterios objetivos claros, violenta la lógica interna de los precedentes. Estos surgen como sabemos de una deliberación para afrontar casos futuros. No solo las consideraciones de los casos resultan relevantes en esta “lógica del precedente”, sino también las otras lecturas de fuera del tribunal: los abogados, las partes, la academia. Conforme ha advertido la doctrina más autorizada del *common law*, para refutar la posibilidad de que los precedentes surjan anteladamente y por obra del propio juez que emite una decisión: “sin un juez posee la libertad de determinar cuáles de sus observaciones son *ratio decidendi* y cuales son *obiter dictum*, ¿ello no genera acaso un grave peligro de que dicho juez influencie indebidamente la futura evolución del Derecho? El juez podría por ejemplo plantear veinte proposiciones, y bastaría con que afirmara que todas ellas son el fundamento de su decisión, para crear veinte nuevas reglas de derecho”⁵³.

Son estos los peligros no advertidos al momento de incorporarse en el Código Procesal los que han conseguido una imagen reducida de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Pero además, según me parece, a más de 10 años de vigencia del modelo de precedentes formales,

⁵⁰ En otro lugar me he referido a estos riesgos. Cfr. “Las peculiaridades del Precedente constitucional peruano, en: Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

⁵¹ Algunas decisiones de los primeros años, daban cuenta de estos esfuerzos. Cfr. STC 024-2003-AI/TC; STC 3741-2004-AA/TC. En estas decisiones el TC exponía algunos criterios para la emisión de un precedente.

⁵² La actual composición del TC parece haberse percatado de este hecho y solo ha emitido un precedente orientado a limitar sus propias competencias. Cfr. STC EXP. N° 00987-2014-PA/TC. Requisitos para el acceso al Tribunal a través del Recurso de Agravio.

⁵³ Cfr. Cross y J.W. Harris, ob. Cit. p. 64

hemos podido ya comprobar que se trataba de peligros ciertos y que creo desvirtúan la propia naturaleza del Derecho constitucional, abierto siempre a debates y permanentes innovaciones y que vía el precedente formal vinculante, también pretende quedar de alguna forma petrificado como interpretaciones inexorables del máximo Tribunal, incapaz de entrar en diálogo con los demás actores de la sociedad plural del Estado Constitucional.

10. Algunas consideraciones finales

No cabe duda que las decisiones de un Tribunal Constitucional que se coloca en la cúspide del sistema jurisdiccional, tiene enormes repercusiones en el orden jurídico. Se trata, muchas veces, de reelaboraciones del Derecho en sentido objetivo que repercuten en el sistema de fuentes. Las interpretaciones autorizadas de los contenidos de la Constitución a través de los procesos de control de normas o de protección de los derechos, configuran un conjunto de argumentaciones, razonamientos y decisiones que ingresan en el sistema jurídico bajo distintas manifestaciones, no siempre homologables a la imagen del precedente judicial de los sistemas del *Common Law*.

De ahí la necesidad de abrir un espacio de reflexión e investigación académica orientada a indagar sobre la necesidad de una teoría propia del precedente constitucional para contextos en los que se han instaurado y desarrollado los Tribunales de tradición kelseniana, cuyas decisiones más importantes inciden en la propia Constitución y sus contenidos. Esta pequeña contribución espero sea leída en esta dirección..

Bibliografía

AHUMADA RUIZ, M. A. "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores"; en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012.

CARPIO MARCOS, E.; GRÁNDEZ, P. (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El adiós al precedente vinculante a favor del precedente". *Gaceta Constitucional*, núm. 17, Lima (2009), pp. 95-109.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (coord.) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2009.

CROSS, R.; HARRIS, J. W. *El precedente el sistema inglés*, Trad. De M^a Angélica Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DÍAZ REVORIO, J. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español" en, Biblioteca Virtual de la UNAM (disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf>).

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Chile, Año 4, número 1. 2006, pp. 67-96.

FERRERES COMELLA, V. "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?" en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2012.

GARCIA BELAUNDE, D. "El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)"

GARCÍA BELAUNDE, D. "¿Existe el "leading case" en el derecho peruano?, Ponencia proferida en Lima, el diciembre de 2001 (disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>)

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas, en *REDC*, Nº 1, Enero de 1981, pp. 35-131.

GRÁNDEZ CASTRO, P. "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, nº 19, Lima (2009), pp. 99-114.

HAKAHNSSON, C. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación"., en *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*, núm. 18, Bogotá (2009), pp. 55-77.

LANDA ARROYO, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), pp. 193-234.

LANDA ARROYO, C. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Palestra, Lima, 2007.

LIMBACH, J. "Papel y poder del Tribunal Constitucional"; en, *Teoría y realidad constitucional*, Nº 4, UNED (1999), pp. 93-126.

PEGORARO, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004.

SAEZ DÁVALOS, Luis, "El camino del precedente vinculante", en *Gaceta Constitucional*, Nº 83, Lima (2014).

SCHAUER, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Tobías J, Schleider, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

SCHLAICH, K. "El Tribunal Constitucional Alemán", en FAVOREU, L. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEPC, 1984.

SILVESTRI, G. "Le sentenze normativa della corte costituzionale", en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli, Vol I*, CEDAM, 1985.

ZAGREBELSKY, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición, Il Mulino, Boloña, 2012..

*Artigo recebido em 14 de junho de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.01



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

A tópica como técnica de interpretação constitucional

*João Emmanuel Cordeiro Lima**

Resumo: Este artigo pretende tratar da Tópica Jurídica e demonstrar sua relevância como técnica de interpretação constitucional. Ele está dividido em 5 partes. Na primeira, abordaremos a importância da existência de técnicas específicas para a interpretação do texto constitucional. Na segunda e terceira, esclareceremos o que entendemos por tópica e como ela ganhou importância para a ciência jurídica. Na quarta parte demonstraremos o funcionamento da Tópica como técnica de interpretação constitucional. Por fim, na quinta e sextas partes, abordaremos as críticas feitas a essa técnica e os trabalhos desenvolvidos por Konrad Hesse com o objetivo de superá-las.

Palavras-chave: *Direito constitucional; Hermenêutica jurídica; Interpretação constitucional; Tópica jurídica. Concretização.*

Abstract: This article aims to address the Legal Topic and demonstrate its relevance as a constitutional interpretation tool. It is divided into 5 parts. In the first part, we discuss the importance of specific techniques for the interpretation of the constitutional text. In the second and third, we will clarify what we mean by Topic and how it has gained importance for legal science. In the fourth part we will demonstrate how this interpretation technique works. Finally, in the fifth and sixth parts, we discuss the criticisms of this technique and the work developed by Konrad Hesse in order to overcome them.

Keywords: *Constitutional law; Legal hermeneutics; Constitutional interpretation. Legal topic; Concretization.*

* Advogado. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP.

1. Introdução

Não há aplicação do direito sem prévia interpretação. Outrora fonte de acesa polêmica, hoje essa afirmação parece não encontrar maiores resistências, provavelmente em razão da significativa evolução da Hermenêutica Jurídica nos últimos tempos. Discussões sobre a utilidade do famoso brocado latim *in claris cessat interpretatio*, por exemplo, parecem ser lembradas pela doutrina mais para registro histórico do que efetivamente para combater uma ideia que ainda encontre alguma influência. Na condição de texto normativo por excelência, a aplicação da constituição não poderia fugir a essa regra: se não há aplicação do direito sem prévia interpretação, não há que se falar na aplicação da constituição sem se passar pelo mesmo processo.

Entretanto, é inegável que o texto constitucional apresenta algumas peculiaridades que o diferem da chamada legislação ordinária. A linguagem aberta, o marcado caráter político, a consagração de valores muitas vezes antagônicos são algumas dessas diferenças. Diante disso, a doutrina logo percebeu que, apesar de úteis, as técnicas ou métodos desenvolvidos pelos juristas, a maioria civilistas, para os textos legais em geral, e que são estudados pela Hermenêutica tradicional, não seriam suficientes para a compreensão e aplicação das constituições. Havia necessidade de se buscar novas ferramentas. E assim nasceram, especialmente a partir da segunda metade do século XX, novas técnicas, métodos e ideias que buscaram iluminar a tarefa do hermenêuta na busca pela compreensão e aplicação do texto constitucional.

O presente artigo tem por escopo tratar de uma dessas técnicas específicas de interpretação: a tópica jurídica. Trata-se, como se verá, de uma forma de se buscar o sentido das normas partindo do problema, ou seja, do caso concreto, seja ele real ou hipotético. Por meio da tópica, o intérprete é instado a deixar de lado o primado da norma, típico do pensamento lógico-dedutivo e dos métodos de interpretação clássicos, para tentar alcançar da forma mais aberta possível a melhor solução para determinado caso. Todas as alternativas são reduzidas a pontos de vista, não havendo hierarquia entre elas. A partir do problema posto, cabe ao intérprete avaliar os prós e contras de cada ponto de vista (denominados *topos* ou tópicos) para definir a melhor solução.

Ao longo do presente trabalho, buscaremos apresentar primeiramente o que entendemos por tópica de uma forma geral, apontando sua origem, seus contornos e sua natureza. Em seguida apresentaremos de que forma a tópica ganhou espaço na ciência jurídica e especialmente na hermenêutica constitucional. Em um terceiro momento demonstraremos como se dá o funcionamento da tópica como técnica de interpretação constitucional. Por fim, indicaremos as principais críticas feitas contra sua utilização e os aperfeiçoamentos propostos para o uso dessa técnica pela doutrina de concretização constitucional do professor Konrad Hesse. Por fim, apresentaremos nossas principais conclusões sobre o tema.

A importância do presente trabalho está especialmente relacionada à relevância e influência da tópica para desenvolvimento da hermenêutica constitucional contemporânea. Foi a partir dela que teorias festejadas e comumente utilizadas na interpretação constitucional contemporânea¹, como as desenvolvidas pelos professores Konhad Hesse e Frederich Muller, por exemplo, ganharam forma. Não em vão, o professor Paulo Bonavides chegou a afirmar que a tópica assumiria “no debate científico contemporâneo e na análise dos conceitos que se prendem à pesquisa e à aplicação do direito importância só comparável àquela que teve outrora a teoria pura do direito de Hans Kelsen, ao fixar as últimas fronteiras de um formalismo extremo”².

2. As peculiaridades que justificam uma hermenêutica constitucional

Antes de passarmos à análise da tópica e de seu uso como técnica de interpretação, convém fazermos algumas breves considerações acerca das peculiaridades que justificam a existência de uma hermenêutica constitucional e o prestígio que determinados métodos e técnicas – como é o caso da tópica – ganharam nessa seara.

A existência de teorias orientadoras do exegeta específicas para determinado ramo do direito não é uma exclusividade de um ou outro ramo do direito. Dada a diferente natureza das normas jurídicas existentes no sistema, não seria razoável presumir que as mesmas técnicas fossem capazes de servir a todas igualmente. Por isso, o primeiro passo do intérprete no processo interpretativo é o de identificar em que ramo do direito ela se encaixa para em seguida definir as técnicas aplicáveis. Nesse sentido são as clássicas lições de Carlos Maximiliano:

Preceito preliminar fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo do direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo;³

Especificamente sobre a necessidade de uma hermenêutica constitucional, não parece haver maiores divergências na doutrina, como aponta Celso Ribeiro Bastos⁴, não tendo os autores tido dificuldades em apresentar as peculiaridades que justificam a sua existência. Luiz Roberto Barros⁵, por exemplo, entende que essas especificidades estão associadas ao status jurídico das normas

¹ Uma demonstração disso é que, em busca pelos nomes desses autores no site do Supremo Tribunal Federal, encontramos registro de 59 menções a Hesse e 2 a Muller em decisões do tribunal, sem falar nos inúmeros autores nacionais inspirados por algumas de suas ideias.

² *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 497.

³ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.364.

⁴ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.77.

⁵ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

constitucionais, à natureza da linguagem em que são forjadas, ao objeto que regulam e ao seu caráter político.

Com relação ao status jurídico, esclarece o referido autor que a norma constitucional desfruta de uma superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema, ditando seu modo de produção e limitando seu conteúdo. Assim, diferentemente do que ocorre com aquelas, sua interpretação não está sujeita a um controle ditado por norma superior ou à busca de um fundamento de validade. Daí também se falar em caráter inicial das normas constitucionais, como faz Celso Ribeiro Bastos⁶.

No que tange à linguagem, as normas constitucionais normalmente apresentam textura aberta e a vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, o que leva à necessidade de um maior esforço do intérprete na busca da construção de seu significado para a solução de casos concretos. Por outro lado, essa estrutura é que permite uma maior comunicação com a realidade e uma evolução de seu sentido.

Quanto ao objeto, as normas constitucionais têm por objetivo regular a organização do poder político, definir direitos fundamentais e indicar valores e fins públicos. Assim, naturalmente, de forma atender esse desiderato, sua estrutura tende a fugir do esquema previsto para as normas de conduta em geral. Veja-se, a título de exemplo, a notória diferença entre as normas abaixo, a primeira extraída do Código Civil e a segunda da Constituição de 1988:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

No primeiro caso, há uma hipótese normativa bem definida associada a uma sanção. Visualiza-se facilmente a seguinte estrutura: Se [negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz], deve ser [nulo]. O mesmo não se dá com o art. 3º da Constituição, que simplesmente indica entre os objetivos fundamentais a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não há aí, ao menos de forma evidente, uma estrutura do tipo hipótese-consequência/sanção.

Por fim, no que diz respeito ao seu caráter político, a constituição é o documento que faz a travessia do fato político do poder constituinte originário para o fenômeno jurídico que é a ordem jurídica instituída. Dado esse caráter, não pode o intérprete se descuidar da necessidade de buscar manter a harmonia entre os poderes e a estabilidade na tradução do seu texto. É algo com que o intérprete das normas infraconstitucionais normalmente não precisa se

⁶ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.78.

preocupar, mas que não pode ser deixado de lado na interpretação constitucional.

Diante de todas essas peculiaridades, a doutrina constitucionalista viu-se diante da necessidade de promover estudos específicos com vistas a desenvolver técnicas adequadas para a interpretação constitucional, como leciona o professor Paulo Bonavides:

Os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhuma ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto – a Constituição – que, sobre a dimensão jurídica, comporta uma outra lata, de natureza política, entretecida de valores – o que fazia deveras precário o emprego de hermenêutica tradicional⁷.

Isso não significa a negação dos métodos ou técnicas tradicionais, que seguem sendo utilizados, mas apenas uma melhor calibração desses para as peculiaridades das normas constitucionais e sua agregação a outros ideais originais, especificamente forjadas para permitir a adequada interpretação do texto constitucional. Foi nesse contexto dos ventos renovadores da interpretação constitucional que a Hermenêutica redescobriu a tópica.

3. Contornos, origem e natureza da tópica

Entende-se por tópica, para os fins do presente trabalho, uma técnica de solucionar problemas que, partindo destes, avalia-os sob diferentes pontos de vista disponíveis na busca pela solução mais adequada. Um exemplo ajuda a aclarar o funcionamento dessa técnica.

Imagine-se que determinada pessoa irá se mudar para uma cidade nova e precise conseguir uma moradia. Para solucionar esse problema, ela tem pelo menos duas alternativas possíveis: adquirir um imóvel ou alugá-lo. Esse seria o seu problema a solucionar. O conceito de problema aqui utilizado, como se percebe, é bem amplo. Ele segue a proposta de Theodor Viehweg, de quem voltaremos a falar adiante, para quem problema é “qualquer questão que consinta aparentemente mais de uma resposta e que pressuponha, necessariamente, uma compreensão provisória conforme a qual toma o cariz da questão que se deve levar a sério, justamente se buscará, pois, uma resposta única como solução”⁸.

Pois bem, valendo-se do método tópico para solucionar o problema em questão, o sujeito deveria primeiramente compreendê-lo. A partir dele, deveria

⁷ *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 494.

⁸ *Tópica e Jurisprudência*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p.34.

então considerar os diferentes pontos de vista sobre o assunto. Deveria considerar, por exemplo, a ideia corrente de que comprar é sempre melhor do que alugar; ou a ideia contrária de que a compra de imóveis leva a uma imobilização de recursos e perda de liquidez, sendo, portanto, ruim; ou ainda a de que só se deve comprar imóvel se não houver necessidade de financiamento. A partir da avaliação dos prós e contras relacionados a cada ponto de vista, que serviriam de ponto de partida para a argumentação, se buscaria a melhor solução para o problema.

Os pontos de vista em questão recebem o nome de tópicos ou *topoi*⁹. Esses são utilizados pelo interessado como ponto de partida para séries argumentativas¹⁰ que darão sustentação a determinada posição. Não há elaborações precisas sobre a estrutura ou conteúdo que determinada ideia deva ter para ser considerado como um tópico. A princípio, basta que seja útil para a solução do problema, como bem pondera George Salomão Leite:

Os *topoi* adquirem sentido em razão do problema. Estão diretamente vinculados ao problema. Toda proposição ou conceito que sirva a uma discussão de problemas e que leve a busca de uma solução adequada para o caso concreto pode ser considerado como *topoi*. Tudo aquilo que sirva ao esclarecimento e solução do problema pode servir como *topoi*¹¹.

De modo a tentar emprestar alguma organização que auxilie o emprego dos tópicos pelo interessado, alguns autores tentaram classificá-los com base em distintos critérios. Fala-se, por exemplo, em tópicos de primeiro e segundo grau¹², colocando no primeiro grupo os tópicos obtidos de forma aleatória e no segundo aqueles colhidos em catálogos específicos (repertórios disponíveis de pontos de vista). Distinguem-se também tópicos gerais e especiais¹³, para diferenciar aqueles úteis para a solução de qualquer problema dos voltados a problemas específicos.

Como bem pondera Tércio Sampaio Ferraz Jr., cumpre destacar que independentemente da tentativa de organização ou classificação que se faça e dos critérios utilizados, o certo é que, pela sua própria natureza, a dedução sistemática dos *topoi* nunca será possível¹⁴. Os catálogos de tópicos sempre

⁹ Sobre a origem da palavra *topos*, singular de *topoi*, esclarece Cristiane Synwelski: "A palavra "topos", que em grego significa "lugar", tem sua provável origem em um antigo método de memorização, no qual se associava itens de uma lista que se queria memorizar a casas ao longo de uma rua. Assim, cada item teria o seu lugar certo na memória do argumentador, que podia facilmente utilizá-lo na hora do debate". (*Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015).

¹⁰ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304.

¹¹ LEITE, George Salomão. *Do método tópico de interpretação constitucional - Página 2/3*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹² *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.p. 37.

¹³ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.p.38.

¹⁴ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 305

gozarão de grande flexibilidade, pois é da natureza do pensamento tópico certo caráter assistemático¹⁵. Tal fato, no entanto, não impediu que inúmeros catálogos fossem elaborados ao longo da história.

Ressalte-se também que independentemente do grupo ou classe a que pertença em determinada classificação, a função dos *topoi* será sempre uma só: servir à discussão e solução dos problemas¹⁶.

A paternidade do termo tópica é atribuída a Aristóteles. Em tratado intitulado Tópico (ou Tópicos), o filósofo grego se propôs a estudar um método de investigação que permitisse ao leitor raciocinar sobre problemas partindo de opiniões geralmente aceitas (pontos de vista). Esse método seria a Tópica. Em suas palavras:

Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços¹⁷.

Apesar de ser responsável por cunhar o termo, não é correto atribuir a Aristóteles a paternidade da técnica em si. Na verdade, como pondera Viehweg, sua construção deve ser considerada como “um antigo patrimônio cultural da cultura mediterrânea, que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todos os ensinamentos retóricos e se denomina como *euresis*, *inventio* ou *ars inventiva*, ou outro similar”¹⁸.

Questiona-se se a tópica seria um método ou uma técnica¹⁹. Viehweg se posicionou no segundo sentido, sob o argumento de que somente se poderia entender por método “um procedimento que, do ponto de vista lógico, seja estritamente controlável, que estabeleça, por consequência, um unívoco texto argumentativo, i. e., um sistema dedutivo”²⁰. Nesse conceito a tópica não se encaixaria. Há quem defenda, porém, como é o caso de Synwelski, que a amplitude de significados atribuídos pelos dicionários à palavra método permitiria que uma técnica como a tópica fosse considerada como tal²¹.

¹⁵ Isso não significa, porém, que a tópica negue a existência de um sistema, como se demonstra mais adiante.

¹⁶ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p.39.

¹⁷ *Tópicos*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000069.pdf>. Acesso em 20 jan. 2015.

¹⁸ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 30.

¹⁹ SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015.

²⁰ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.p. 77.

²¹ SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015.

Preferimos aceitar o sentido classicamente reservado à palavra método pelas ciências e considerar a tópica como mera técnica. É também o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método. Ou seja, não é um conjunto de princípios de avaliação de evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente²².

4. A tópica e a ciência jurídica

Segundo Theodor Viehweg, que sem dúvida é o principal responsável pelo ressurgimento da tópica no âmbito jurídico, essa técnica iluminou a ciência jurídica em Roma e na Idade Média. Entretanto, perdeu espaço com florescimento dos métodos matemático e científico-naturais, especialmente no século XVII e XVIII.

Isso se deu muito em razão das contribuições de Copérnico, Galileu, Newton, Descartes, Bacon e outros para a construção dessas ciências. Com os desenvolvimentos da física, matemática e astronomia decorrentes das novas abordagens propostas por esses pensadores, não tardou para suas ideais fossem testadas em outros campos do saber. É o que pondera Fritjof Capra, emprestando especial destaque à influência exercida pela física newtoniana no período:

Com o firme estabelecimento da visão mecanicista do mundo no século XVIII, a física tornou-se naturalmente a base de todas as ciências. Se o mundo é realmente uma máquina, a melhor maneira de descobrir como ela funciona é recorrer à mecânica newtoniana. Assim, foi uma consequência inevitável da visão de mundo cartesiana que as ciências dos séculos XVIII e XIX tomassem como modelo a física newtoniana²³.

Foi nesse momento histórico que o positivismo jurídico ganhou maior destaque. Acreditava-se ser possível aplicar a todas as ciências, dentre as quais as sociais, métodos emprestados das ciências naturais. Entretanto, o positivismo logo iria se mostrar insuficiente para a solução dos mais diversos problemas que se colocavam ao jurista. Sua tentativa de reduzir decisões judiciais a normas e conceitos ordenados em um sistema que partia de axiomas não garantia

²² *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304.

²³ *O ponto de mutação: a Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente*. 25a ed. São Paulo: ed. Cultrix, 2004. p. 63.

soluções justas²⁴. Essa realidade foi bem captada pelo professor Paulo Bonavides, que assim resumiu o assunto:

A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis²⁵.

O ressurgimento da tópica na ciência jurídica é atribuído especialmente à clássica obra do alemão Theodor Viehweg denominada *Tópica e Jurisprudência*, publicada em 1953. Nesse trabalho, o professor da Universidade de Mainz se propõe a investigar os fundamentos da Ciência Jurídica. Não se trata, assim, de uma obra centrada no estudo da Hermenêutica Jurídica e muito menos de hermenêutica constitucional, mas sim de uma discussão profunda sobre os alicerces da ciência jurídica. Em uma classificação moderna, provavelmente a enquadraríamos entre os textos de Filosofia do Direito.

Partindo de indicação do italiano Gian Battista Vico, que em 1708 já defendia a importância da tópica em oposição ao então nascente método crítico, Viehweg examina inicialmente os fundamentos da tópica em Aristóteles e em Cícero. Em seguida passa a analisar o *ius civile, no mos italicus*, e a civilística contemporânea à época que publicou sua obra para demonstrar que a tópica sempre esteve presente na jurisprudência e que as tentativas de eliminá-la não foram exitosas.

Em seu trabalho, retomando o pensamento de Hartmann, Viehweg busca demonstrar as diferenças existentes entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático, também conhecido como aporético²⁶. O primeiro, típico do positivismo jurídico, partiria do todo para a parte, dando pouca relevância ao problema. Caso esse não se encaixasse no todo seria recusado e classificado como um falso problema. Por outro lado, o pensamento problemático parte do problema, sendo esse o foco de sua investigação. Se este não se encaixa em um sistema na busca de soluções, procura-se um outro sistema, não havendo possibilidade de simplesmente rejeitá-lo como um falso problema. A tópica em tudo se encaixa nessa segunda forma de pensamento.

É importante ponderar que, não obstante identificar a tópica como forma de pensamento sistemático, em momento algum Viehweg rejeita a existência de um sistema jurídico ou a utilidade do pensamento sistêmico para o estudo, compreensão e aplicação das normas jurídicas. Tampouco defende a existência de uma antinomia do tipo tópica x sistema, onde um deva prevalecer em detrimento do outro. O que ele rejeita é tão só a ideia de um sistema fechado,

²⁴ SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015.

²⁵ *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 492.

²⁶ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.p. 35.

capaz de apresentar todas as soluções para os problemas que se apresentam ao intérprete. Por isso, para sua aplicação, a tópica exige que se admita a existência de vários sistemas ou ao menos de um sistema aberto, como vem sendo defendido pela doutrina constitucionalista contemporânea. Nesse sentido são as considerações do professor Marcos Augusto Maliska:

o próprio Viehweg, parece deixar de modo implícito que a tópica não exclui expressamente o pensamento sistemático. O pensamento de Viehweg, portanto, apesar de explicar a tópica tendo como referência o sistema, e ainda o sistema como lógico-dedutivo, em certa passagem deixa a possibilidade da compatibilidade entre o pensamento tópico e sistemático aberto, quando escreve que a "tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está pré-determinada...." . Precisamente nesta passagem, Viehweg abre a possibilidade de, na concepção de um sistema aberto, ser perfeitamente possível a inserção da tópica.²⁷

Viehweg conclui seu tradicional trabalho apontando que, caso se queira eliminar a tópica do direito, haveria necessidade de uma rigorosa sistematização dedutiva da matéria, o que até então não havia ocorrido. E ainda assim, isso só teria sentido se se aceitasse que o resultado dessa empreitada permitira a resolução adequada dos problemas que se colocam ao jurista. Por outro lado, ainda segundo o autor, admitindo-se que tal sistematização não seja possível ou nem mesmo útil, dever-se-ia aceitar a jurisprudência como um procedimento particular de problematização e trabalhar para torná-lo o mais claro possível²⁸.

As considerações de Viehweg não tardaram a influenciar o estudo da hermenêutica constitucional, campo que se mostrou extremamente fértil para o uso da tópica e para a realização dos desenvolvimentos por ele pretendidos.

5. Os contornos da tópica jurídica como técnica de interpretação constitucional

A tópica, como se pôde verificar, não nasceu relacionada ao direito ou para servir à ciência jurídica. Sua aplicação a esta se daria posteriormente e seu prestígio foi maior ou menor de acordo com os diferentes momentos históricos.

No âmbito específico da hermenêutica, a tópica vem em auxílio do intérprete na busca pela melhor interpretação da norma para solução dos problemas. Nesse caso, o problema é o fato da vida que se coloca diante do aplicador e para o qual ele deve dar uma resposta e os *topoi* são os diferentes pontos de vista que devem ser utilizados como ponto de partida para solucioná-los. Parte-se do problema para a norma, como pondera Celso Ribeiro Bastos:

²⁷ A influência da tópica na hermenêutica constitucional. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

²⁸ *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.p.16.

Cumpra deixar claro que o ponto inicial da tópica não é o estudo da norma jurídica, como ocorre com as demais técnicas de interpretação, mas sim o estudo do problema. Parte-se deste para à norma. A tópica analisa exaustivamente o problema, bem como as diversas alternativas e diferentes respostas que ele comporta, do que resulta ser necessário que o intérprete tome uma decisão no que diz respeito à adoção de uma ou outra solução²⁹.

Em exemplo anterior, buscamos demonstrar a aplicação da tópica em geral em uma situação cotidiana da vida. Vejamos agora um outro relacionado a seu uso para a solução questões mais diretamente associadas ao presente trabalho para auxiliar na sua compreensão.

Como é cediço, o art. 5º, IX, da Constituição Federal preceitua que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Imaginemos que, desconfiado da prática delitativa de determinado sujeito, um policial invada o quarto de hotel em que esse esteja hospedado e lá encontre objetos ilegais compatíveis com a prática delitativa, razão pela qual os apreende como prova da prática criminosa. Chamado a falar sobre a legalidade da prova produzida, o intérprete seria instado a interpretar e aplicar o dispositivo em questão.

Ao se debruçar sobre ele, perceberia estar diante de uma questão que consente aparentemente mais de uma resposta, ou seja, de um problema. Valendo-se do método tópico, deveria buscar, a partir do caso concreto, os diferentes pontos de vista existentes, sopesando os prós e contras e desenvolvendo séries de argumentação. Verificaria, por exemplo, que se valendo do método gramatical de interpretação, provavelmente a proteção prevista no dispositivo constitucional à casa não se aplicaria, uma vez que, na acepção corrente do termo, quarto de hotel não deve ser considerado casa. Consideraria também que esse entendimento resultaria na prisão de um indivíduo claramente culpado, protegendo a sociedade. Poderia ter em conta, ainda, os efeitos que decorreriam do precedente a ser criado, evitando que semelhante objeção fosse utilizada para a anulação de provas em outros casos. Com base nessas razões, poderia defender a validade da prova.

Por outro lado, também verificaria que, talvez por meio de uma interpretação teleológica, o conceito de casa aí previsto poderia ser o mais abrangente possível, alcançando inclusive habitações coletivas, já que a ideia da norma seria proteger a intimidade do cidadão. Em reforço a esse argumento, o intérprete encontraria ainda outros *topoi*, como o de que os direitos fundamentais devem ser interpretados de modo a garantir-lhes máxima eficácia ou de que, em caso de dúvida, deve-se aplicar a interpretação mais benéfica ao réu. Poderia considerar também os efeitos da decisão sobre as futuras ações da

²⁹ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.185.

polícia, que poderia ser incentivada a ter uma abordagem menos controlada pelo judiciário caso a prova fosse aceita com válida. Com base nessas razões, a prova deveria ser considerada ilegal e o indivíduo, mesmo diante da inquestionável relação com a prática delitiva, liberado.

Na aplicação da tópica pura³⁰, todos os pontos de vista devem ser considerados na busca para a melhor solução do caso concreto. Especificamente em se falando de tópica aplicada à interpretação, princípios gerais do direito, métodos clássicos de interpretação, princípios específicos sobre a matéria, valores, argumentos baseados em fatos relevantes da realidade social, dentre outros, devem ter seus prós e contras avaliados em relação ao concreto para se construir a melhor solução. Apenas a título de ilustração, vale a pena reproduzir alguns outros exemplos de *topoi* extraídos da obra de Chaim Perelman por Cristiane Synwelski:

Chaim Perelman faz menção ao catálogo de sessenta e quatro lugares jurídicos contidos no livro *Jurisprudência Tópica* (*Topische Jurisprudenz*), de Gerhard Struck, indicando algumas amostras que contêm princípios gerais do Direito, máximas ou adágios, entre os quais: lei posterior revoga lei anterior; coisa julgada é tida como verdade; o pretor não se ocupa de questões insignificantes; a condenação não pode ultrapassar o requerido; in dubio pro reo; as exceções têm interpretação escrita; na dúvida, deve-se dividir em partes iguais; o silêncio não obriga a nada; o Direito exige sanções;³¹

Nem mesmo há hierarquia entre os diferentes tópicos na aplicação pura da tópica. Todos são colocados em pé de igualdade na busca pela melhor solução, como ressalta o professor Paulo Bonavides: “Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo grau de hierarquia entre os distintos loci ministrados pela tópica.”³²

A utilidade da tópica mostra-se ainda mais forte quando se admite o sistema constitucional como um sistema aberto, como faz Paulo Bonavides na passagem acima. Também nesse sentido é o entendimento de Marcos Augusto Maliska, que destaca a função da tópica como veículo apto a auxiliar na construção do texto constitucional aberto:

O entendimento de Canotilho nos leva a refletir o texto constitucional como verdadeira e constante busca, ou seja, o

³⁰ Por tópica pura entendemos o emprego dessa técnica pelo intérprete com ampla liberdade para escolher o *topoi* adequado para solucionar o problema, ainda que este extrapole os limites do texto normativo. O termo foi utilizado por Konrad Hesse em comparação com a utilização limitada da técnica que ele propõe no seu método de concretização constitucional. Para Hesse, como demonstraremos adiante, os limites da tópica seriam o panorama e o âmbito normativos. (*Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p.63 (nota de rodapé)

³¹ SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015.

³² *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 495.

texto constitucional não está pronto e acabado, e sim muito pelo contrário, ele está em via de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total, de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa. A tópica, neste sentido, participa do processo como veículo de transmissão entre a realidade (os problemas, o conflito) e a norma, de maneira a que se obtenha a solução para o caso não apenas da lógica do sistema (concepção de todo ultrapassada), mas sim pela interação entre os pressupostos do sistema e o caso a ser regulado.³³

Como se vê, a tópica jurídica se afasta da lógica formal, limitada ao mero silogismo, para se aproximar da lógica do razoável, na qual prepondera a busca pela melhor solução baseada em argumentos consistentes. Ela seria, segundo Luiz Roberto Barroso, "a expressão máxima da tese segundo a qual o raciocínio jurídico deve orientar-se pela solução do problema, e não pela busca da coerência interna do sistema."³⁴

6. Críticas à tópica pura como técnica de interpretação constitucional

Várias foram as críticas direcionadas à tópica como técnica de interpretação. Para fins didáticos, podemos resumi-las em quatro questões centrais: i) a falta de clareza terminológica sobre o que seria tópica jurídica e tópico; ii) o caráter anti-sistêmico da tópica; iii) a possível violação da superioridade hierárquica da Carta Magna decorrente de sua aplicação; iv) e o enfraquecimento da normatividade da constituição decorrente de sua utilização. Tratemos de cada uma delas.

Sobre a falta de clareza terminológica, pondera Szynewski que a proposta de Viehweg não teria definido os elementos fundamentais do seu trabalho, quais sejam, tópica e de tópicos. Citando Atienza, a autora pondera que a tópica em Viehweg poderia significar pelo menos três coisas distintas: i) uma técnica de busca de premissas; ii) uma teoria sobre a natureza das premissas; iii) e uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica. O mesmo problema aconteceria com o conceito de tópico, que, inclusive, aparentemente se afastaria do que classicamente Aristóteles entenderia sobre o termo³⁵.

Buscamos superar essas objeções demonstrando ao longo deste trabalho o que entendemos por cada um desses vocábulos, como de resto vêm sendo feito por muitos dos autores que seguiram os estudos de Viehweg sobre o tema. Assim, tomada essa cautela, parece-nos que essa crítica perde em importância. Não ignoramos que, como pondera a citada autora, podem haver distinções

³³ A influência da tópica na hermenêutica constitucional. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

³⁴ Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 302.

³⁵ SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015

entre os conceitos utilizados nas diferentes abordagens do assunto. Entretanto, desde que a questão seja clarificada por cada autor, parece-nos que esse problema estará mitigado, não sendo essa objeção motivo para se abandone a técnica³⁶.

Quanto ao caráter anti-sistemático da tópica, trata-se de crítica proferida contra essa técnica pelos juristas mais preocupados com os aspectos metodológicos da ciência jurídica, como pondera Paulo Bonavides³⁷. E de fato, se é certo que a tópica não rejeita a ideia de sistema, não se pode negar que essa técnica nega a exclusividade ao pensamento sistêmico que então prevalecia no estudo do direito promovido pelas correntes juspositivistas.

Tais críticas têm sido bem rebatidas com o argumento de que a tópica não rejeita o sistema, mas tão somente o sistema fechado, lógico-dedutivo. Admite a existência de um sistema, mas não a ideia de que esse esteja pronto e acabado. A tópica inclusive vem sendo apontada pela doutrina com um dos mecanismos mais eficientes para irrigar os sistemas abertos, como pondera Marcos Augusto Maliska :

Retomando a definição de Canotilho de sistema aberto, a tópica não pode desempenhar o papel de atualização da ordem jurídica como definiu Viehweg, e isso não consubstancia uma posição que pretende pela discussão dos diversos pontos de vista atualizar o sistema acerca das concepções cambiantes de verdade e justiça? Aqui talvez se possa confiar a tópica uma posição importante na ordem jurídica, em especial na ordem constitucional, quando as normas são de conteúdo aberto e de ampla interpretação. A tópica passa a desempenhar até mesmo uma função democrática na interpretação constitucional, pois passa a envolver diversos atores no processo hermenêutico, no sentido dado por Peter Haberle.³⁸

Mais graves são as outras duas objeções levantadas contra essa técnica. Sobre a violação da superioridade hierárquica da Carta Magna, pondera Celso Ribeiro Bastos que como qualquer elemento pode ser utilizado como *topoi*, em tese o intérprete poderia se valer de um tópico que violasse frontalmente a Carta Magna apenas por ser útil para a solução do problema. Isso colocaria por terra o conceito formal de Constituição e a superioridade hierárquica das normas constitucionais³⁹.

³⁶ Ressalte-se que a própria autora não sugere o abandono do modo de proceder a partir de problemas e reconhece os méritos da proposta Viehweg. Entretanto, pondera que a construção de uma tópica jurídica a partir do conceito aristotélico de tópico seria inviável. (SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015)

³⁷ *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 493.

³⁸ *A influência da tópica na hermenêutica constitucional*. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

³⁹ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 186.

Já quanto ao enfraquecimento da normatividade da constituição, adverte Paulo Bonavides que “a tópica corre o risco de tomar na esfera do Direito Constitucional uma dimensão metodológica cujos reflexos, impelida a teoria aos últimos efeitos, seriam ruinosos para a normatividade da constituição”. Isso porque, ao fazer do problema o seu ponto de partida e de franquear ao intérprete ampla liberdade na busca pela melhor solução, corre-se o risco de se ter um completo afastamento ou até mesmo ofensa direta às normas constitucionais.

A essas duas últimas críticas não parece haver objeção consistente, fato que por si só desaconselharia o uso da tópica jurídica pura como técnica de interpretação constitucional. Entretanto, dado os avanços proporcionados por essa técnica como mecanismo apto a superar os problemas insolúveis em que esbarra o positivismo clássico, logo surgiram juristas dispostos a lapidá-la para contornar as objeções aí mencionadas. Dentre esses está Konrad Hesse, cujo pensamento buscaremos sintetizar no próximo tópico.

7. O pensamento de Konrad Hesse e o aperfeiçoamento da tópica jurídica pura

Konrad Hesse é um jurista e professor alemão que exerceu o cargo de juiz do Tribunal Constitucional Federal, sito em Karlsruhe, de 1975 e 1987. Em seu clássico livro denominado Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, publicado pela primeira vez em 1967, após criticar a utilização das regras tradicionais de interpretação, Hesse expõe suas ideias sobre o tema, não sem se valer - e muito - dos áreas renovadores advindos da redescoberta da tópica por Viehweg na década de 50.

Para esse autor, interpretação constitucional é concretização, sendo que aquilo que a na constituição não é unívoco deve ser determinado a partir da inclusão da realidade. A interpretação constitucional está sujeita a duas *condições iniciais*. A primeira delas é a *pré-compreensão* do intérprete sobre a norma a ser concretizada. Adverte Hesse que o intérprete não poderá compreender o conteúdo da norma fora de sua existência histórica, de modo que seu entendimento inicial estará diretamente associado a ela. Trata-se, porém, nesse momento, de um anteprojeto de interpretação, que poderá ser confirmado ou revisto ao longo do processo interpretativo.

A segunda condição inicial da interpretação mencionada pelo autor é o *entendimento*. Distinguível da pré-compreensão apenas teoricamente, já que na prática acontece simultaneamente, o entendimento é o resultado do relacionamento da norma com o caso concreto para que seja possível construir a pré-compreensão do intérprete. Isso porque não seria possível sequer se construir um rascunho de interpretação sem se considerar pelo menos um caso hipotético.

Essas condições iniciais necessárias em qualquer interpretação impedem que um método de interpretação adequado seja desenvolvido ignorando-as. Assim, no desenvolvimento de suas ideias, Hesse dedica especial atenção a esses aspectos. Para o autor, ignorar essa realidade apenas resulta no encobrimento daquilo que realmente ocorre no curso do processo interpretativo.

O procedimento a ser seguido pelo intérprete na interpretação constitucional será o que ele chama de um *avanço tópico guiado e limitado normativamente*. Isso significa que, partindo da sua pré-compreensão, este deverá, a partir do problema a ser solucionado, buscar distintos pontos de vista para sua solução, fundamentando a decisão a partir desses pontos da maneira mais convincente possível. Esses, no entanto, não serão escolhidos de forma discricionária pelo intérprete, uma vez que como a busca dos *topoi* será feita a partir do problema, excluir-se-á desde logo aqueles não apropriados, ou seja, inúteis para sua solução.

Mas não é só. O grande avanço do pensamento de Hesse na busca por contornar os problemas da tópica pura está no fato de que ele também limita as possibilidades de escolha dos *topoi* pelo intérprete de duas formas. A primeira delas se dá com a necessária vinculação deste ao programa normativo e ao âmbito normativo, conceitos cunhados por Friedrich Muller. Pelo primeiro, entende-se as possibilidades de sentido do texto extraída a partir dos métodos tradicionais de interpretação. Já o segundo é usado para designar a parcela da realidade social na qual se coloca o problema a ser resolvido.

A segunda limitação está associado ao fato de que o intérprete deve considerar que a Constituição contém diretivas para a empregabilidade, coordenação e valorização dos elementos extraídos do programa e do âmbito normativo. Essas devem ser buscadas nos princípios de interpretação constitucional, quais sejam: a unidade da Constituição, a concordância prática, a exatidão funcional, o efeito integrador e a concordância prática.

O princípio da *unidade da Constituição* determina que a interpretação de uma parte desta não pode ser feita isoladamente, mas sim considerando-se sua conexão com seus vários elementos. Deve-se, assim, evitar que o resultado do processo interpretativo leve à contradição entre seus dispositivos. O princípio da *concordância prática* indica que, havendo aparente conflito entre distintos bens constitucionalmente protegidos, deve-se buscar uma interpretação que não exclua qualquer deles, grantindo-se a concordância prática entre eles. A depender do caso, pode haver restrição de um ou outro, mas essa deve ser a mínima necessária para garantir essa concordância. O princípio da *exatidão funcional* busca garantir que as funções outorgadas aos diferentes órgãos pelo constituinte não sejam subvertidas no processo interpretativo. Isso vale especialmente para delimitar até onde o tribunal constitucional pode ir para o exercício de sua função sem invadir a esfera reservada aos legisladores. O princípio do *efeito integrador* tem por conteúdo a preferência às opções interpretativas que produzam um efeito criador e conservador da unidade, em

oposição às que resultem em sua desintegração. Por fim, o princípio da *força normativa* da constituição sinaliza uma preferência por pontos de vista que proporcionem às normas da Constituição maior força, efetividade.

Caso a proposta de solução interpretativa ultrapasse esses limites, deve ser rejeitada, ainda que seja aparentemente a mais adequada. Ensina Hesse:

Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*. É essa a situação de fato que limita o pensar o problema no Direito Constitucional. (...) Para a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto o limite insuperável de sua atividade⁴⁰.

Não obstante todo o esforço que dedica para a construção do procedimento acima, Hesse admite que ele jamais conduzirá a uma exatidão absoluta e inquestionável, tal como aquela passível de ser alcançada pelas ciências naturais quando se utiliza o método adequado. No entanto, seu uso permitirá uma racionalização do processo interpretativo, viabilizando seu controle e, pelo menos até certo grau, previsibilidade. Abandona-se o mito da exatidão absoluta por uma sincera – e possível – exatidão relativa.

8. Conclusão

Buscamos demonstrar ao longo do presente trabalho que, na condição de norma jurídica por excelência, para que possa ser aplicada a Constituição Federal deve primeiramente ser interpretada. Isso porque, como é cediço, não há aplicação do direito sem prévia interpretação, estando relegados ao status de mera curiosidade histórica brocados como *in claris cessat interpretatio*.

Entretanto, o texto constitucional apresenta peculiaridades que o distinguem da legislação ordinária. Podemos destacar dentre elas a superioridade das normas constitucionais sobre as demais, a abertura e vagueza do seu texto, a peculiaridade do objeto que regula (organização do estado, direitos fundamentais, etc.) e o aspecto político inerente a elas. Em razão disso, a doutrina logo sentiu necessidade de dedicar um capítulo próprio da ciência hermenêutica ao seu estudo. Um dos resultados desse trabalho foi o desenvolvimento da tópica como técnica de interpretação constitucional.

Indicamos que a tópica nada mais é do que uma técnica de solucionar problemas que, partindo destes, avalia os diferentes pontos de vista (*topoi*) disponíveis na busca pela solução mais adequada. Sua redescoberta pela ciência jurídica seu deu após a festejada obra de Theodor Viehweg na década de 50, na

⁴⁰ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p.70.

qual o autor, ao debater os fundamentos da Ciência Jurídica, demonstrou ter essa um caráter eminentemente tópico.

Especificamente no que tange à sua utilização como técnica de interpretação, o papel atribuído à tópica pela doutrina foi de buscar, a partir do caso concreto, as distintas possibilidades para se atribuir sentido a determinada norma, escolhendo aquele que melhor solucione o caso concreto. Não haveria sequer hierarquia entre esses distintos tópicos, sendo livre a escolha do intérprete e aplicador daquele que melhor resolva o problema que lhe for colocado.

Diante da total abertura por ela promovida, demonstramos que essa técnica recebeu severas críticas. As principais delas dizem respeito ao risco de violação da superioridade hierárquica da Carta Magna e do enfraquecimento da normatividade da constituição decorrentes de sua aplicação. Isso se daria porque, como na sua acepção pura a tópica não hierarquiza os diferentes tópicos, em tese até mesmo o texto constitucional poderia ser afastado caso uma melhor solução se apresentasse para um caso concreto.

Esclarecemos que, de modo a solucionar esse problema, a doutrina constitucionalista vem aperfeiçoando o uso da tópica e atribuindo-lhe limites sem retirar o seu valor de aproximação ao caso concreto. A proposta de concretização constitucional de Konrad Hesse é um desses desenvolvimentos, sendo perfeitamente aplicável à interpretação constitucional contemporânea. Aplicando sua técnica de concretização, o uso da tópica estaria sempre limitado ao panorama e ao âmbito normativo, sendo ainda direcionado pelas diretivas para a empregabilidade, coordenação e valorização dos elementos daí extraídos.

Verificamos, assim, que a tópica, com alguns aperfeiçoamentos, segue sendo uma relevante técnica de interpretação constitucional, auxiliando o intérprete na busca pela melhor solução para casos concretos. Um indicativo disso é que, em busca no site do Supremo Tribunal Federal, encontramos nada menos do que 59 menções à obra de Konrad Hesse, autor que, como visto, tem no uso da tópica elemento central em seu processo de concretização constitucional. A maioria dessas menções se refere aos trabalhos desenvolvidos por ele sobre interpretação.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. *Tópicos*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000069.pdf> . Acesso em 20 jan. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPRA, Frijof. *O ponto de mutação: a Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente*. 25a ed. São Paulo: ed. Cultrix, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998 .

LEITE, George Salomão. [Do método tópico de interpretação constitucional - 3](#) Jus Navigandi, Teresina, [ano 5](#), [n. 45](#), [1 set. 2000](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. *A influência da tópica na hermenêutica constitucional*. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SYNWELSKI, Cristiane. *Tópica Jurídica – solução ou problema*. Revista CEJ, V. 12 n. 41 abr./jun. 2008. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>. Acesso em 19 jan. 2015.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

*Artigo recebido em 08 de março de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.02



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão

*Lucas Faber de Almeida Rosa**

Resumo: O postulado da separação de poderes desempenha papel central na jurisprudência dos Tribunais Superiores, norteando diversos posicionamentos sobre questões fundamentais das instituições brasileiras. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é refletir criticamente sobre o conceito de separação de poderes tradicionalmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina pátria em face das condições reais sobre as quais se desenvolve o Estado brasileiro no modelo do presidencialismo de coalizão, assim como o papel que pode ser desempenhado pelo Poder Judiciário na promoção da democracia deliberativa.

Palavras-chave: *Direito Constitucional. Democracia. Teoria Constitucional. Poder Judiciário. Jurisdição Constitucional. Separação de Poderes.*

Abstract. The principle of the separation of powers plays a central role in the jurisprudence of the Superior Courts, guiding different positions on key issues of Brazilian institutions. In this sense, the purpose of this article is to critically reflect on the concept of separation of powers traditionally used by the Supreme Court and the Brazilian doctrine before the actual conditions in which the Brazilian coalitions develops its presidentialism model as well as the role that can be played by the judiciary in promoting deliberative democracy.

Keywords. *Democracy; Constitutional Theory. Judiciary; Judicial Review; Separation of Powers.*

* Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Advogado.

1. Considerações iniciais

O postulado da separação de poderes é reiteradamente suscitado nos debates políticos e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), constituindo não só fundamento importante para decisões fundamentais da sociedade brasileira, como também verdadeiro álibi argumentativo do Poder Judiciário.

Nessa direção, não raras vezes as decisões do STF realizam longas digressões a respeito desse fundamento constitucional, tradicionalmente caracterizado pela doutrina dominante como pressuposto para a efetiva construção de um Estado constitucional. Desse modo, a separação de poderes ainda é vista pelo Poder Judiciário como premissa abstrata que se desenvolve sobre a noção estanque de segmentação de funções entre os Poderes da República.

Entretanto, a dinâmica das relações de poder não aponta para a existência concreta de uma atuação dos membros dos Poderes de forma independente, tendo como parâmetro tão somente a função constitucionalmente atribuída à sua instituição. De fato, o processo de tomada de decisões envolve uma série de fatores que não podem ser analisados apenas sob a ótica formal consolidada na doutrina sobre a relação entre os atores políticos.

Nessa perspectiva, é necessário apreender que partidos e coalizões regionais repercutem de forma decisiva no comportamento dos atores políticos, que são pautados principalmente por seus compromissos políticos, em detrimento do que supostamente deveria representar o respectivo Poder. No caso do presidencialismo de coalizão brasileiro, um posicionamento, seja judicial, seja político, que busque respaldo no tradicional conceito de separação de poderes olvida aspectos relevantes da controvérsia levada à sua apreciação.

Destarte, a revisão do postulado da separação de poderes pode abrir nova via de análise do arranjo institucional brasileiro, propiciando atuação diferenciada do Poder Judiciário no diálogo com outras esferas de poder e, conseqüentemente, no contexto do presidencialismo de coalizão brasileiro e seus efeitos na democracia deliberativa.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é problematizar a visão tradicional do postulado da separação de poderes, fundamentada exclusivamente na relação entre os Poderes formalmente constituídos, para abarcar fatores reais de poder, como partidos políticos e coalizões, que influem decisivamente no comportamento dos atores políticos. Com isso, pretende-se vislumbrar nova atuação do Poder Judiciário, verdadeiramente promotora da democracia deliberativa, em face do presidencialismo de coalizão brasileiro.

2. A visão tradicional da separação de poderes: teoria e crítica

A separação de poderes tem desempenhado papel fundamental na argumentação política e judicial dos atores envolvidos nos processos de tomada de decisões fundamentais brasileiros. Nesse sentido, as relações institucionais têm sido analisadas e modificadas com base no modelo consolidado na doutrina jurídica, importado das noções preliminares introduzidas por Montesquieu e nas ideias difundidas por James Madison no Federalista n. 51.

De fato, sedimentou-se na doutrina brasileira a ideia de que a separação de poderes “consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente”¹.

Nessa linha, malgrado haja debate na doutrina a respeito da extensão dos poderes de cada ente, ou mesmo do parâmetro de divisão das atribuições e o caráter diferenciador aplicado, mantém-se incontestável a ideia abstrata de separação dos Poderes da República como noção condutora das soluções para as questões institucionais brasileiras, até mesmo quando se trata do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Dessa maneira, o postulado da separação de poderes é compreendido como mecanismo necessário no qual cada ente político, ao buscar a concretização de suas funções institucionais, exerceria um contraponto sobre a atuação de outro Poder da República. Trata-se, em verdade, da conceituação adotada por James Madison no Federalista n. 51, em que asseverou que “é evidente que cada departamento deverá ter uma vontade que lhe seja própria (...). Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição”.

Bem se vê que, no que diz respeito à separação de poderes, o foco adotado pelo entendimento doutrinário sedimentado é a premissa de que os entes políticos possuem vontades próprias que se contrapõem, possibilitando o controle recíproco de suas ações. Nesse sentido, a doutrina jurídica dominante estabelece fórmula estanque de separação de poderes, volvida exclusivamente à operacionalização do controle formal da atuação estatal.

Semelhante percepção reflete-se na própria jurisprudência do STF, que reiteradamente analisa questões fundamentais para o desenho institucional brasileiro sob a ótica tradicional da separação de poderes. Nessa linha, é interessante transcrever trecho do voto do Ministro Cesar Peluso na ADI n. 3367/DF, no qual é clara a opção hermenêutica trilhada pela jurisprudência pátria:

Esse conjunto de ideias foi substrato teórico que governou os federalistas na engenharia do esquema de contenções e compensações que, figuradas nos “checks and balances”,

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37 edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 161.

concretizaram a mais curial resposta política à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. Sem descuidar o dogma da separação entre as funções, que as quer independentes e bem definidas, sublinharam toda a importância dos instrumentos de fiscalização recíproca, como peças essenciais na engrenagem da divisão e do equilíbrio entre elas, a serviço da resistência à intrusão e à tirania.

Perceba que a solução jurídica adotada para problemas político-institucionais relevantes, como ocorreu com a criação do Conselho Nacional de Justiça no caso em epígrafe, baseia-se na apreciação de supostas vontades próprias de cada ente político, que delimitariam o âmbito de proteção e atuação das instituições envolvidas. Nesse viés, o desenho institucional que melhor concretiza o preceito da separação de poderes é justamente aquele respaldado por abstração estanque dos Poderes da República.

Ocorre que essa visão, malgrado tenha desempenhado função importante no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, possibilitando o controle antes inexistente das atividades estatais, desconsidera importantes aspectos das relações políticas concretas, que influenciam de forma decisiva no modelo de democracia que adotamos.

Com efeito, ao vislumbrar o recíproco controle entre os Poderes como resultante da busca, pelos respectivos agentes públicos, dos objetivos institucionais do ente político, olvida-se a enorme ingerência que partidos políticos e coalizões regionais exercem sobre as relações institucionais, definindo o próprio comportamento dos agentes públicos.

Nesse contexto, não é exagerado afirmar que as pressões das alianças políticas e eleitorais sobre os atores institucionais delimitam e reconstróem as relações entre os Poderes. Noutros termos, não há a vontade pura de cada Poder da República se contrapondo, mas sim agentes públicos com incentivos e interesses diversos que pautam a própria direção assumida pelo ente político.

A própria perspectiva dos diálogos institucionais é outra, pois não se trata de atividade de subsunção ou mesmo aplicação rasa do princípio da proporcionalidade aos elementos colidentes. Trata-se, em verdade, de construir desenhos normativos capazes de criar incentivos jurídicos para a adoção de comportamento político que propicie efetiva distribuição de poder, fortalecendo a democracia deliberativa.

No âmbito da doutrina norte-americana, Daryl J. Levinson e Richard H. Pildes desenvolveram estudos no sentido de que é necessário vislumbrar a separação de poderes como verdadeira separação de partidos. Isso porque, ao contrário do outrora preceituado pelos Federalistas, os atores políticos têm seu comportamento político pautado pelas relações partidárias, e não pelos objetivos institucionais de determinado ente.

Desse modo, os autores verificaram que o surgimento dos partidos políticos nos Estados Unidos alterou a dinâmica entre os Poderes da República, criando novos parâmetros e incentivos comportamentais para os agentes públicos. Nesse viés, Levinson e Pildes inseriram a ideia de que a unidade partidária entre Poder Legislativo e Executivo transmuta toda a concepção de separação de poderes, diminuindo, por exemplo, os incentivos que o Congresso tem para controlar o Presidente da República. Neste ponto, é oportuno transcrever as reflexões centrais dos autores:

Recognizing that these dynamics shifts from competitive when government is divided to cooperative when it is unified calls into question many of the foundational assumptions of separation-of-powers law and theory. It also allows us to see numerous aspects of legal doctrine, constitutional structure, comparative constitutionalism, and institutional design in a new and more realistic light.

(...)

The political interests of the man who held the presidency, it turned out, had little to do with furthering some abstract conception of the presidency's proper role, but were instead rooted in the necessity of winning and keeping².

Nesse contexto, as relações de poder no âmbito estatal vão além de uma mera correlação abstrata entre Poderes, envolvendo elementos concretos de política partidária e imperativos de manutenção do poder que podem conduzir à cooperação entre entes políticos, em detrimento do estanque controle recíproco idealizado pelos Federalistas.

Dessa maneira, qualquer análise que prescindia desses aspectos das relações políticas chegará a conclusões incompletas sobre a realidade social, podendo, inclusive, gerar efeitos adversos e não objetivados inicialmente com a decisão tomada. Isso porque ignorar as interações partidárias e regionais no cenário político significa estabelecer parâmetros de controle dos quais escapam forças modeladoras relevantes, tornando a diretriz escolhida, em síntese, ineficaz.

Por conseguinte, não é difícil notar que essas considerações colocam nova luz sobre a separação de poderes, especialmente em relação ao contexto político brasileiro, no qual as interações institucionais são largamente influenciadas pela atuação unificada de Poder Executivo e Legislativo, no que se convencionou denominar presidencialismo de coalizão.

Essa expressão foi cunhada por Sergio Abranches em artigo elaborado no contexto do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, para sintetizar peculiaridades do sistema político brasileiro, no qual, segundo o autor, a governabilidade só é possível com a formação de coalizões partidárias.

² LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H.. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, p. 2323.

Nesse sentido, argumenta o autor que o presidencialismo brasileiro respalda-se em relação simbiótica e instável entre Legislativo e Executivo, necessária em virtude do alto grau de heterogeneidade social e pluralismo político. Portanto, o regime brasileiro desenvolve-se em um processo complexo "de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória"³.

Bem se vê que no sistema presidencialista brasileiro as interações partidárias exercem papel decisivo na própria estruturação da dinâmica relacional entre os Poderes Executivo e Legislativo, cujas interações baseiam-se na pertinência partidárias dos respectivos agentes políticos. Aliás, Fernando Limongi, malgrado combata a noção de que o presidencialismo de coalizão consiste em regime único e peculiar, reconhece que o diálogo institucional brasileiro é calcado no alinhamento partidário dos agentes públicos, conforme se depreende do seguinte trecho:

Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do status quo legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso esta alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo.⁴

Sob esse ângulo, em que pese as controvérsias atinentes às peculiaridades do presidencialismo brasileiro, impende salientar que a conformação política brasileira (heterogeneidade social e pluralismo político) aliada ao sistema presidencial no qual os parlamentares são escolhidos mediante eleições proporcionais em lista aberta, favorece que a Presidência da República seja obrigada a barganhar com coalizões fragmentadas os seus principais projetos políticos. Cenário análogo foi identificado por Bruce Ackerman em regimes parlamentaristas instáveis, como os italiano e francês. A propósito:

[...] the weakness of the Italo-French model is not due to unseparated power but to the system of proportional representation through which MPs are selected. Some forms of PR can breed a host of small parties in the legislature, and this multiplicity can generate ceaseless change in the cabinet as the

³ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998, p. 29.

⁴ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: *Novos Estudos CEBRAP* n. 76, novembro de 2006, p. 41.

costs and benefits of different coalitional opportunities subtly shift.

The underlying dynamic helps to put the absurdly brief lifetimes of the Italian and French cabinets into better perspective. Although individual cabinets may come and go, many of the same ministers and parties remain in government for many years, thereby providing a long-term perspective on policy. This point ameliorates the problem, but does not resolve it. The ceaseless game of musical chairs inexorably deflects each minister's attention away from policy and toward the pursuit of her next job⁵.

O autor, estendendo sua análise aos sistemas presidencialistas com eleição proporcional, descreve cenário político similar ao brasileiro, com a proliferação de partidos políticos desempenhando papel prejudicial ao próprio funcionamento do Estado:

[...] a charismatic president, asserting that her elections represents a "mandate" from the people for massive change, confronts a squabbling congress that rejects the president's initiatives but cannot get together on its own counter proposals. In response, the president calls out the army to disband the do-nothing parliamentarians and to inaugurate a new era of peace, prosperity, and national solidarity – with a heavy emphasis on the latter.

For obvious reasons, this scenario is most likely to occur when proportional representation generates five or six more parties in the congress. Unlike the situation prevailing in a parliamentary system, these parties do not have powerful incentives to organize themselves into a majority coalition that, with the aid of techniques like the constructive vote of confidence, can govern for a substantial period. Instead, their disparate agendas may easily lead them to block all presidential initiatives without coming up with any coherent-seeming alternative.

In contrast, the "first-past-the-post" electoral system practiced in the English-speaking world has a particular virtue under separation of powers. By squeezing out third parties, it makes it easier for the congress to sustain modicum political coherence in dealing with the president under conditions of impasse. Members of the majority party in the legislature have a powerful incentive to respond to political challenge either by engaging in some grand compromise with the president, or by coming up with a plausible counter program for the next election. With the congress responding with one or another form of constructive politics, it will seem far less legitimate for the president herself to invite military intervention. This is, at any rate, my best stab at making sense of data suggesting that

⁵ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000. P. 653.

the most toxic form of separation is the constitutional combination of (1) a popularly elected president together with (2) a congress elected by a PR system.⁶

Nessa perspectiva, a estruturação do sistema político brasileiro se baseia em uma combinação de fatores perigosos, cujos efeitos, potencializados pelas características sociais e econômicas da sociedade brasileira, devem ser minuciosamente ponderados pelos agentes tomadores de decisões fundamentais, sejam eles políticos ou juízes.

Com efeito, dentro dessa sistemática, dois cenários desfavoráveis são possivelmente delineados. De um lado, os partidos podem se opor a toda agenda do Poder Executivo, sem, porém, terem homogeneidade suficiente para aprovar as suas próprias, causando a paralisia do Estado. Por outro lado, o Poder Executivo pode dominar os partidos pequenos e ideologicamente insignificantes para de qualquer forma aprovar seus projetos.

O caso brasileiro oscila entre os dois contextos, mas parece predominar o segundo, verificável na distribuição de cargos entre partidos aliados ou legendas de aluguel⁷, que trocam o seu tempo disponível na TV por financiamento de campanha ou cargos públicos, independentemente da afinidade ideológica ou objetivos governamentais. Em situações mais graves, ocorre a compra do apoio de parlamentares, evidenciada pelo recente caso do Mensalão.

Não se pretende, nos estreitos lindes deste trabalho, debater a viabilidade da caracterização do presidencialismo de coalizão brasileiro como regime singular. Todavia, é inescapável a premissa de que o arranjo institucional brasileiro sofre significativa influência de partidos e coalizões regionais, cuja

⁶ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000. P. 655-656.

⁷ A preocupação com a distribuição de cargos como barganha política é recorrente no cenário nacional. Nesse sentido, Merval Pereira (Jornal O Globo, 10/12/2006, O País, p. 4) consigna que "a alta fragmentação partidária verificada no Brasil, que as cláusulas de barreira pretendiam limitar, faz com que os chefes do Executivo usem as nomeações ministeriais para construir a sua base de apoio no Poder Legislativo. Um estudo do cientista político Octavio Amorim Neto, da Fundação Getúlio Vargas do Rio, mostra que é muito pouco frequente a existência de um partido presidencial majoritário nas duas Casas do Congresso. Trata-se da chamada "dimensão partidária da formação ministerial", na definição de outro cientista político, Sérgio Abranches. O professor de História Contemporânea da UFRJ, Francisco Carlos Teixeira, diante da formação do futuro segundo governo Lula, teme que confundindo coalizão, que pressupõe um programa comum, com coligações partidárias que muitas vezes nem atuaram juntas na campanha eleitoral, o presidente acabe promovendo "uma colisão" entre os interesses variados desses partidos. O estudo de Octavio Amorim Neto, da Fundação Getúlio Vargas, mostra que, considerando-se todos os ministérios formados desde a posse de José Sarney em março de 1985, até o final do primeiro mandato de Lula, "são sempre arranjos multipartidários com maior ou menor grau de fragmentação e heterogeneidade ideológica". O ministério de Itamar Franco, juntamente com o segundo ministério do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso e o primeiro ministério do seu segundo mandato "foram os mais heterogêneos do ponto de vista ideológico, uma vez que partidos de todas as tendências ideológicas estão representados no primeiro escalão do Executivo". Os ministérios mais coesos ideologicamente, segundo Amorim Neto, foram o segundo e o terceiro de Collor, que só incluíram partidos de direita. Um aspecto importante dos ministérios é o que diz respeito ao apoio parlamentar que conseguem angariar para o Executivo, o chamado "tamanho legislativo do governo". Segundo o estudo, o primeiro ministério nomeado por Sarney dava a ele um suporte nominal de 93,5% na Câmara dos Deputados. "Já o segundo e terceiro ministérios de Collor não lograram dar ao governo nem 30% de apoio naquela Casa Legislativa", ressalta Amorim Neto [...]."

atuação no âmbito dos Poderes da República infirma a tradicional visão da doutrina jurídica a respeito do postulado da separação de poderes.

Portanto, a promoção dos valores democráticos insculpidos na Constituição de 1988, especialmente no âmbito das questões postas pelo presidencialismo de coalizão, pressupõe que todas as variáveis concretas sejam apreciadas tanto pelo agente político propriamente dito, como pelo agente público a quem incumbe estabelecer diretrizes de atuação estatal.

3. Poder Judiciário e Presidencialismo de Coalizão: uma nova perspectiva da separação de poderes

Como se vê, o preceito da separação de poderes, enquanto noção abstrata descolada da realidade partidária, constitui categoria incapaz de apreender as peculiaridades e injunções da dinâmica institucional brasileira. No âmbito do que se costumou denominar presidencialismo de coalizão, semelhante constatação tornou-se ainda mais premente, tendo em vista que as decisões fundamentais relativas ao desenho institucional pátrio, seja do Poder Judiciário, seja dos demais Poderes, não prescindem da análise de todos os componentes do cenário político.

Neste ponto, é interessante observar que a revisitação dos fundamentos do postulado da separação de poderes empresta novo significado à atuação judicial na promoção da democracia deliberativa. Isso porque o STF, ao vislumbrar as relações institucionais brasileiras sob a ótica até aqui apresentada, pode contribuir para que sejam abertos canais democráticos que impeçam a atrofiação do sistema político pela unidade partidária entre Executivo e Legislativo. De fato, Sérgio Abranches já identificava a necessidade de que houvesse outra instância capaz de dialogar em determinados momentos com as esferas envolvidas na simbiose do presidencialismo de coalizão⁸.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, uma vez despido do conceito abstrato de separação de poderes, pode desempenhar papel importante no desenvolvimento do regime democrático brasileiro, assumindo patamar diferenciado ao intervir pontualmente como interlocutor de ações políticas, legislativas ou não, limitadoras do debate democrático.

Sob esse ângulo, resultados que realmente oportunizem a abertura de canais democráticos de decisão não podem ser obtidos por meio de provimentos

⁸ "Governos de coalizão têm como requisito funcional indispensável uma instância, com força constitucional, que possa intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo, definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem à ruptura do regime. Por outro lado, este instrumento de regulação e equilíbrio do regime constitucional serve, no presidencialismo de coalizão, para reduzir a dependência das instituições ao destino da presidência e evitar que esta se torne o ponto de convergência de todas as tensões, envolvendo diretamente a autoridade presidencial em todos os conflitos e ameaçando desestabilizá-la em caso de insucesso" (ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro*, vol. 31, n.1, 1998, p. 31).

jurisdicionais que considerem em suas análises tão somente o horizonte exíguo e formal de categorias abstratas incapazes de apreender a realidade política em sua completude. Nesse sentido, Robert Dahl apontava, ainda no final da década de 1950, que a Suprema Corte inexoravelmente enfrentava questões importantes para a sociedade norte-americana, atuando como verdadeiro ator político, função para a qual as ferramentas jurídicas eram insuficientes. Vejamos:

Uma decisão política pode ser definida como uma escolha efetiva dentre alternativas sobre as quais há, ao menos inicialmente, alguma incerteza. Essa incerteza pode surgir em razão de informação inadequada sobre: (a) as alternativas que são pensadas para serem "abertas"; (b) as consequências que provavelmente resultarão da escolha de uma dada alternativa; (c) o nível de probabilidade que essas consequências verdadeiramente aconteçam; e (d) o relativo valor das diferentes alternativas, que é uma ordem das alternativas da mais preferível para a menos preferível, dadas as consequências esperadas e a probabilidade esperada das consequências verdadeiramente ocorridas. Uma escolha *efetiva* é uma seleção da alternativa mais preferível acompanhada de medidas para assegurar que a alternativa selecionada será realizada.

Ninguém, imagino, brigará pela tese de que a Suprema Corte, ou de fato qualquer corte, deve tomar e toma decisões políticas neste sentido. Mas essa tese não é realmente útil para a questão diante de nós. O que é crítico é a extensão em que uma corte pode e toma decisões políticas para fora do critério "legal" estabelecido, encontrado no precedente, na lei e na Constituição. Agora, a este respeito, a Suprema Corte ocupa uma posição muito peculiar, é uma característica essencial da instituição que de tempos em tempos os seus membros decidam casos em que o critério jurídico não é, em nenhum sentido realista, adequado para a tarefa. Um peculiar *associate justice* da presente Corte [1957] recentemente descreveu o negócio da Suprema Corte nestas palavras:

É essencialmente exato dizer que a preocupação da Corte hoje é com a aplicação das aspirações mais fundamentais, que *Judge Learned Hand* chama "intenções", corporificadas em proposições como a cláusula do devido processo, as quais foram pensadas não para serem direções precisas e positivas para regras de ação. O processo judicial que lhes aplica envolve um julgamento (...) que é, na visão dos representantes diretos do povo em contato com as necessidades da sociedade, na visão do Presidente e dos Governadores, e por sua construção pela vontade das legislaturas, vida que a Corte sopra, frágil ou forte, para as páginas inertes da Constituição e dos livros legais.

Muitas vezes, então, os casos perante a Corte envolvem alternativas sobre as quais há severo desacordo na sociedade, como no caso da segregação ou regulação econômica; o

conjunto de casos é “político”. Além disso, usualmente são casos em que estudiosos competentes de Direito Constitucional, inclusive os eruditos *justices* da Suprema Corte, discordam; em que as palavras da Constituição são genéricas, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis; em que precedentes podem ser encontrados em ambos os sentidos; e em que expertos divergem no prognóstico das consequências das várias alternativas ou graus de probabilidade que as possíveis consequências verdadeiramente resultarão. Tipicamente, em outras palavras, apesar de poder haver considerável acordo sobre as alternativas a considerar [(a)], há sério desacordo tanto sobre questões relativas ao rumo dos fatos em consequências e probabilidades [(b) e (c)], como sobre questões de valor, ou o modo pelo qual diferentes alternativas são ordenadas de acordo com critério estabelecendo preferibilidade relativa [(d)].⁹

Desse modo, a utilização do postulado da separação de poderes sob prisma diferenciado, considerando fatores reais do sistema político que desbordam da mera correlação dos Poderes abstratamente relacionados, propicia a efetiva promoção do sistema democrático pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, não se olvida os questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário, e tampouco se espera que os juízes constituam o superego da sociedade¹⁰. Pelo contrário, um postulado da separação de poderes que abranja o sistema político em sua completude, sem a exclusão de fatores relevantes como os partidos políticos, insere o Poder Judiciário não só na posição de ente capaz de dialogar com outras esferas, mas também consciente das próprias limitações institucionais.

Noutros termos, o Poder Judiciário é inserido no diálogo institucional como ente promotor da democracia, sem imiscuir-se como protagonista das decisões fundamentais da sociedade, mas sim coparticipe do processo. Nesse viés, os juízes passam a ser capazes de desenvolver função incentivadora da democracia deliberativa, em função que pode se aproximar, em determinadas

⁹ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: 6 *J. Pub. L.* 279 1957 p. 279-280.

¹⁰ Nesse sentido, cumpre citar a análise feita por Ingeborg Maus: “Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de ‘esquerda’ e de ‘direita’ entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58, novembro de 2000. P. 185).

hipóteses do que propõe, por exemplo, pelo jurista norteamericano Cass Sunstein no âmbito do minimalismo judicial¹¹.

Com efeito, uma Corte consciente de suas limitações atua de forma a elaborar decisões que promovam os objetivos principais de uma democracia deliberativa: “political accountability” e “reason-giving”. Isto porque ela não olvida suas limitações técnicas e institucionais, estando inserida em um ambiente com vários atores, muitos dos quais têm uma legitimidade maior para tomar determinadas decisões em áreas sensíveis para a sociedade.

Assim, os magistrados podem, a partir de decisões cautelosas, abrir espaço para que órgãos deliberativos possam escolher caminhos importantes. Portanto, segundo Sunstein, é possível diferenciar três espécies de resultados que uma decisão judicial pode alcançar: (i) ‘democracy-promoting’, em que a Corte determina que julgamentos deliberativos sejam feitos por órgãos democráticos com accountability; (ii) ‘democracy-foreclosing’, em que certas práticas fora dos limites da política são regulamentadas pelo Judiciário; e (iii) ‘democracy-permitting’, em que a Corte apenas valida o que o processo político produziu¹².

Entretanto, ao contrário do que uma análise apressada dos termos acima expostos possa *a priori* sugerir, a noção de Poder Judiciário não se confunde com um Tribunal ausente. Nesse viés, em determinados momentos os juízes podem atuar de forma mais incisiva para assegurar a abertura das vias de debate democrático, desde que o façam conscientes das reais condições de exercício do poder e dos efeitos sistêmicos relacionados¹³.

A percepção de conjuntura política concreta possibilita que os magistrados funcionem como elementos estimulantes de um ambiente democrático saudável, no qual decisões relevantes sejam tomadas em instâncias deliberativas, sem perder de vista que em determinados casos a intervenção

¹¹ Malgrado as propostas do minimalismo judicial efetivamente apresentem resultados interessantes para a democracia deliberativa, impende salientar que o presente trabalho não objetiva sustentar o minimalismo judicial como forma ideal de atuação do Poder Judiciário. A finalidade é propor posturas e abordagens do Poder Judiciário condizentes com o sistema político vigente e integradas às limitações institucionais dos magistrados.

¹² SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 26.

¹³ Nesse sentido, vale citar os exemplos dados por Sunstein (*One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 27) de como uma decisão judicial pode promover a democracia: (i) A court might strike down vague laws precisely because they ensure that executive branch officials, rather than elected representatives, will determine the content of the law. (ii) A court might use the nondelegation doctrine to require legislative rather than executive judgments on certain issues. (iii) A court might interpret ambiguous statutes so as to keep them away from the terrain of constitutional doubt, on the theory that constitutionally troublesome judgments, to be upheld, ought to be made by politically accountable bodies, and not by bureaucrats and administrators. This ‘clear statement’ idea is the post-New Deal version of the nondelegation doctrine; it shows that the doctrine is not really dead but is used in a more modest and targeted way to ensure that certain decisions are made by Congress rather than the executive branch. (iv) A court might invoke the doctrine of desuetude, which forbids the use of old laws lacking current public support, to require more in the way of accountability and deliberation. (v) A court might require discrimination to be justified by reference to actual rather than hypothetical purposes, thus leaving open the question of whether justifications would be adequate if actually offered and found persuasive in politics. (vi) A court might attempt to ensure that all decisions are supported by public-regarding justifications rather than by power and self-interest; it might in this way both model and police the system of public reason.

judicial pode ser positiva, desde que efetivamente consciente dos fatores envolvidos na controvérsia posta.

Não se trata, portanto, de conceituar e compartimentar noções abstratas com o objetivo de reduzir a valiosa experiência política e judicial da sociedade a referenciais previamente determinados, mas sim empreender reflexões que efetivamente proponham, no contexto plural dos mecanismos sociais, arranjos institucionais capazes de viabilizar o desenvolvimento democrático da sociedade.

Dessa forma, conclui-se que o postulado da separação de poderes merece ser revisitado, de modo a incluir aspectos relevantes da política concreta, como o papel de partidos políticos e coalizões regionais, especialmente no âmbito do presidencialismo de coalizão. Nesse sentido, o abandono da concepção abstrata e estaque de separação de poderes viabiliza novas vias de atuação judicial consciente dos limites e possibilidades institucionais de sua intervenção no diálogo entre os entes políticos.

Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 *Harvard Law Review* 4. January 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policymaker. In: 6 *J. Pub. L.* 279, 1957.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista Trimestral de Direito Público* - 9.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37 edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. Repositório de teses da Universidade de Brasília. 2010.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H.. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. São Paulo: *Novos estudos – CEBRAP*, n. 76, pp. 17-41.

MADISON, James. *O Federalista n. 51*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã"*. In: *Novos Estudos* nº 58 (novembro de 2000).

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

*Artigo recebido em 29 de março de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.03



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas

*Débora Costa Ferreira**

Colaborador: *Maurício Soares Bugarin***

Resumo: O presente estudo, após uma breve investigação sobre o fenômeno da judicialização das políticas públicas, se propõe a analisar limites mais bem definidos à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade. A partir daí, mensura-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2013, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo. Os resultados demonstraram que a Justiça Estadual ainda não alcançou os referidos limites, mas está cada vez mais próxima deles.

Abstract: This Essay analyses the judicial intervention in public policies in Brazil, with the purpose of establishing more well-defined limits to this performance, based on the economic analysis of the marginal impact of such intervention in society. Since then, it measures this intervention by state courts, constructing the IJEPP index for the years 2009 to 2013, and then compare this indicator to the Human Development Index to observe if these courts have already exceeded the limits proposed in the study. The results showed that the state courts have not reached those limits, but are getting closer to them.

Keywords: *Public Policy. Judiciary. Limits. Cost-benefit analysis.*

Palavras-chave: *Políticas Públicas. Poder Judiciário. Limites. Análise custo-benefício.*

* Graduação em Direito pelo UniCEUB; graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília. Pós-Graduada em Direito Constitucional no Instituto de Direito Público (IDP).

** Bacharelado em Matemática pela Universidade de Brasília (1983), Mestrado em Matemática pela Universidade de Brasília (1988), Master of Science in Economics pela University of Illinois (1994) e PhD in Economics pela University of Illinois (1997). Atualmente é professor titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília e líder do Economics and Politics Research Group (CNPq). Foi professor titular do Insper/Ibmec São Paulo.

1. Introdução

O objetivo central do presente estudo consiste na proposição de um novo parâmetro para limitar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, a partir da análise de custo-benefício social de tais provimentos judiciais. Subsidiariamente, pretende-se mensurar o nível dessa interferência por parte das Justiças Estaduais para verificar se essa atuação ainda se encontra dentro dos limites propostos ou já os ultrapassou.

Muito se discute a respeito dos limites de atuação legítima do Judiciário no âmbito das políticas públicas sem que se transgrida o princípio das separação dos poderes. A atual doutrina e jurisprudência estabelecem suas balizas teóricas com base nos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade da pretensão. Contudo, diante da grande subjetividade que envolve tais definições, propõe-se o estabelecimento de parâmetros mais sólidos e objetivos, por meio da expansão do princípio da razoabilidade para se adentrar na análise de custo-benefício social das decisões judiciais.

2. A Judicialização das Políticas Públicas no Brasil

A intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas é um fato incontestável na realidade brasileira (SADEK, 2013), resultando em uma expressiva realocação do sistema de freios e contrapesos. Cunhou-se o termo de “judicialização das políticas públicas” para esse fenômeno, que não se confunde com o “ativismo judicial”, qual seja, a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição (BRANDÃO, 2012).

Sob o enfoque construído por Mariana Magaldi de Sousa (SOUSA, 2010), os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente no âmbito da produção e implementação de políticas públicas podem ser resumidos em quatro: o de vetar leis regulamentadoras de políticas públicas (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de forçar sua implementação (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*); os quais serão melhor explicados a seguir e servirão de base para a análise formal que esse estudo trará.

Ressalte-se que aqui o conceito de políticas públicas é tratado em seu sentido amplo, qual seja, o conjunto de diretrizes e ações governamentais que resultam de processos juridicamente regulados visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, tornando efetivos princípios constitucionais relacionados ao conceito de cidadania (LEONEL, 2013 ; BUCCI, 1997).

O fenômeno da judicialização das políticas públicas é fruto de uma conjunção de fatores históricos, políticos, culturais e jurídicos que se somam para realçar o papel político do Judiciário frente à sociedade e à ordem constitucional.

A ampliação do rol de direitos fundamentais exigíveis trazido pela nova ordem constitucional, a expansão dos instrumentos para sua concretização (WATANABE, 2010), a maior conscientização dos cidadãos a respeito de seus direitos, os ideais neoconstitucionalistas e a alteração da visão dos magistrados sobre seu papel na sociedade¹ foram aspectos que, em conjunto, contribuíram para uma maior judicialização, seguindo a tendência mundial denominada de *judicial empowerment* (WOODS, HILBINK, 2009).

Além disso, os aspectos políticos atuais também tiveram importante papel, como a lentidão na produção legislativa (CANIVET, 2006), a conjuntura político-partidária² (GRIMM, 2004), a moralidade política³ (GARAPON, 1999), a divisão vertical e horizontal do poder político – que gera maior fracionamento em seu exercício –, a alternância na ocupação na Presidência da República, o presidencialismo de coalizão e as flutuações na representatividade dos partidos da Câmara dos Deputados, que produziram um quadro político-partidário altamente competitivo, incentivando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha poder irrestrito de alterar a ordem jurídica, impondo-lhe limites de acordo com a Constituição (GINSBURG, 2003).

Não somente os políticos, mas a sociedade também passou a ver o Judiciário como uma arena política vantajosa⁴ para a disputa de interesses que muitas vezes não tinham espaço no Parlamento, uma vez que, independentemente da força política das partes, ambas são ouvidas igualmente em juízo, dando voz a atores e organizações da sociedade civil muitas vezes sufocados pela regra da maioria. Assim, grupos minoritários passam a ser considerados, mesmo que marginalmente, na elaboração das políticas (MILL, 1998).

Até porque se vislumbra no Brasil um “delicado equilíbrio entre a centralização e a descentralização do processo decisório” (PEREIRA e MUELLER, 2003; ALSTON et al., 2006), cuja estabilidade recai sobre a capacidade do Executivo negociar com líderes partidários benefícios eleitorais e orçamentários (*porks*) em troca de apoio parlamentar na votação de projetos de interesse daquele. Apesar dos efeitos positivos, esse processo constitui um “*parliamentary*

¹ Essa alteração de visão foi liderada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a saída do Ministro Moreira Alves. Magistrados passaram a se mostrar mais predispostos a encarar temas políticos.

² Parlamentares deixam de lado questões polêmicas e de longo prazo para se dedicarem à produção legislativa voltada ao ganho de votos para a reeleição, repassando, propositalmente, questões valorativas delicadas para as mãos do Judiciário, para que esses façam as escolhas sem que as repercussões negativas daí decorrentes recaiam sobre aqueles.

³ A moralidade política explica parte da desconfiança em relação às instituições políticas e da expansão da procura pela atuação judicial no combate à corrupção e à improbidade administrativa.

⁴ De acordo com a teoria do *venue-seeking*, grupos de interesse procuram a arena institucional que mais lhes convém. Judiciário é atrativo pela sua capacidade de impor decisões.

agenda cartel' (AMORIM NETO, COX, MCCUBBINS, 2003), que restringe a participação efetiva na produção de políticas públicas a um reduzido grupo de atores, inclusive barrando alguns jogadores de veto dessa deliberação, motivo pelo qual mostra-se necessária a disponibilidade da via judicial para pluralizar o debate político.

Pode-se citar ainda como fatores que ensejaram a judicialização da política, segundo Ran Hirsch (HIRSCH, 2008), a proliferação de agências reguladoras; o aumento da complexidade e contingência das sociedades modernas; a criação e expansão do *Welfare State*; a proliferação de tribunais supranacionais; a delegação de poderes do Legislativo para o Judiciário; a expectativa quanto ao tempo de permanência no poder e uma maior atividade estatal, ainda bastante aquém das diretrizes constitucionais.

Desse modo, enquanto o Judiciário se torna mais eficiente⁵ e realoca seu espaço diante dos outros poderes, suas oportunidades de decidir contra as preferências desses aumentam (graças a mecanismos de freios e contrapesos), o que força os legisladores e gestores a pensarem mais a respeito da adequação constitucional ao elaborarem as leis, inclusive quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade, antecipando-se no debate político uma possível reação judicial (SOUSA, 2010).

Mas, diferentemente do que muitos defendem, o Judiciário não encabeçou esse processo, essa judicialização é contingencial (STRECK, 2013). Diante do seu papel intrinsecamente passivo, os magistrados apenas respondem às demandas que lhes são propostas. Consequentemente, a proporção dessa atuação se deverá, em grande medida, aos padrões das negociações políticas e do nível de recorribilidade dos perdedores do jogo político nas instâncias judiciárias (TAYLOR, 2007). De todo modo, a forma como eles respondem pode desencadear maiores demandas futuras, devendo-se atuar com cautela, abstendo-se de substituir os juízos conveniência e oportunidade dos outros Poderes.

De qualquer modo, é indispensável que o Judiciário seja incorporado à análise dos processos decisórios políticos, sob pena de esses serem incorretamente interpretados, ignorando os perdedores do âmbito político que recorrem às instâncias judiciais.

3. Os limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas

3.1. Limites doutrinários e jurisprudenciais

⁵ Grande tem sido a quantidade de estudos no sentido de combater a morosidade do Judiciário. Tornando o Judiciário mais eficiente, capaz de responder às demandas jurisdicionais da sociedade, ele terá mais credibilidade e terá espaço e disposição para desempenhar corretamente seus papéis nas políticas públicas.

O âmbito da atuação do Judiciário nas políticas públicas e o grau de interferência podem ter diferentes repercussões sociais, motivo pelo qual se deve estabelecer limites de até onde o magistrado pode atuar.

É sabido que a discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais⁶ construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2011).

Conforme tal entendimento, o Poder Público não pode se escusar a garantir ao cidadão as “condições mínimas de existência humana digna” (BARCELLOS, 2007), por meio de prestações positivas – consubstanciadas em políticas públicas – que atendam ao princípio da razoabilidade (adequação entre medida-fim, necessidade da tutela e utilização do princípio da proporcionalidade), ainda que se invoque a cláusula da reserva do possível, qual seja, a indisponibilidade de verbas suficientes para a realização das prestações (GRINOVER, 2011; WATANABE, 2013).

Nesse sentido, Kazuo Watanabe divide os direitos fundamentais em três grupos: o núcleo básico – cujos direitos são imediatamente judicializáveis e contra os quais não se invoca a reserva do possível –; os previstos densamente na Constituição – também judicializáveis de pronto – e os direitos sociais descritos de forma programática na Constituição – que dependem de prévia ponderação, por meio de políticas públicas dos poderes Executivo e Legislativo, que devem ser pensadas coletivamente, com base em juízos de conveniência e oportunidade (WATANABE, 2013). Portanto, para o autor, qualquer ato administrativo ou legislativo que comprometa a integridade e a eficácia dos fins das normas constitucionais dos dois primeiros grupos, será passível de sindicabilidade judicial, que deverá se pautar em adequada e consistente fundamentação e na visão coletiva das políticas públicas, considerando os custos sociais como um todo.

Por outro lado, Canotilho defende que, quanto mais tênue for a vinculação à lei, mais forte será a vinculação aos direitos, liberdades e garantias fundamentais (CANOTILHO, 2003). Já Alexy acrescenta que, quanto mais pesada for a intervenção em direitos fundamentais, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (lei do sopesamento) e que princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais (lei da conexão) (ALEXY, 2008).

No mais, levanta-se o aspecto da razoabilidade (ou proporcionalidade), segundo o qual a política pública deve ser se utilizar de meios adequados, proporcionais e necessários ao fim que almeja (GRINOVER, 2013). Como exemplo, pode-se citar o julgado da ADPF 101 em que o STF lançou mão do

⁶ Sobretudo, a ADPF nº 45.

princípio da razoabilidade para proibir a importação de pneus usados em nome de políticas públicas preventivas de doenças graves ou contagiosas, como a dengue.

Conforme se observa pelo posicionamento de grandes doutrinadores (CUNHA JUNIOR, 2004; GRINOVER, 2013; NOVELINO, 2013; WATANABE, 2013) e da jurisprudência (ADPF nº 45/DF), é indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, sob pena de se retroagir à antiga hermenêutica que dispensa a todos eles mero papel programático. Contudo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se colocam perante o Poder Público em condições de igualdade frente aos demais. Até porque, em tema de políticas públicas, grande parte das demandas envolvem aspectos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana – como saúde, educação e trabalho –, motivo pelo qual é possível que haja a banalização desses termos com vistas a se permitir a concessão das pretensões individuais.

Em outras palavras:

“Sob pena de ferir o princípio da isonomia, o Estado não pode ser obrigado a prestar algo, em benefício de alguém, ainda que a título de garantir o mínimo existencial, caso também devesse e não pudesse suportar a mesma prestação em favor de todas as pessoas em semelhante situação de necessidade.” (BERNARDES E FERREIRA, 2013).

Nesse ponto, é cediço que mais cuidado requer a análise dos limites dessa intervenção em ações individuais e cautelares, ao se constatar que grandes prejuízos podem decorrer da manipulação do orçamento por decisões judiciais, diminuindo a verba destinada à política geral. Sem contar que o orçamento é parte do planejamento estatal, sem o qual não há consecução coordenada dos direitos sociais, devendo haver discricionariedade política para acomodar a dinamicidade do orçamento (BURGO, 2013; JACOB, 2013).

Isso porque se deve levar em conta que o Legislativo e o Executivo têm maior sensibilidade política e capacidade técnica para fazer diagnósticos e encontrar meios de aprimoramento das políticas públicas, pelo processo de tentativa e erro inerente ao ambiente democrático. Todavia, há situações “atípicas”⁷ nas quais a intervenção do Poder Judiciário é bem-vinda, como releva Waldron (WALDRON, 2006), um dos maiores críticos da revisão judicial.

Desse modo, conclui Oswaldo Canela Júnior:

⁷ Situações essas em que não se encontram presentes os seguintes componentes: instituições democráticas e judiciais não representativas em bom funcionamento; compromisso da maioria da sociedade com a ideia de direitos e um desacordo de boa-fé sobre direitos.

“[...] deverá o orçamento suportar a influência do ato judicial tão somente após o esgotamento de todas as fases processuais” (CANELA JUNIOR, 2011).

Jacob também argumenta que a Constituição conferiu ao Tribunal de Contas a competência de julgar as contas públicas no tocante à economicidade, à legitimidade e à legalidade, restando pouco espaço para a análise do Poder Judiciário sem que isso configure violação constitucional (JACOB, 2011). De todo modo, o descompromisso e o descaso dos partidos e dos parlamentares com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais. A grande questão, aqui discutida, é quanto.

3.2. Análise de custo-benefício social como parâmetro de estipulação dos limites

No presente estudo, apresenta-se uma adequada e inusitada saída por meio da Análise Econômica do Direito, ao reconhecer que a gestão de recursos à disposição do Estado para a consecução dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados trata-se de um problema indubitavelmente econômico, uma vez que se trabalha com alocação de recursos escassos.

A partir do momento em que as decisões judiciais intervêm de forma direta no domínio econômico, elas podem gerar ineficiências, tendo-se em vista que ocorre uma alteração de parâmetros econômicos sem o devido conhecimento das características do mercado e dos custos dos fatores de produção. Por esse motivo, uma análise de custo-benefício social, conforme se pretende introduzir, é pertinente.

Por conseguinte, pode-se analisar a intervenção judicial em políticas públicas sob a ótica econômica, considerando-se crescente o custo marginal da intervenção e decrescente o seu benefício marginal, em termos de utilidade da sociedade como um todo. Assim, a intervenção judicial agrega bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, mas, ao mesmo tempo, ela gera custos ao erário, ou até perda de utilidade por parte de outros indivíduos, ao verem seus direitos obstados pela insuficiência de recursos para sua realização em face dessa decisão, diminuindo o bem-estar social. Desse modo, o limite ideal de intervenção judicial seria o ponto em que o benefício marginal dessa decisão compensasse o seu custo marginal (MENEGUIN, 2014).

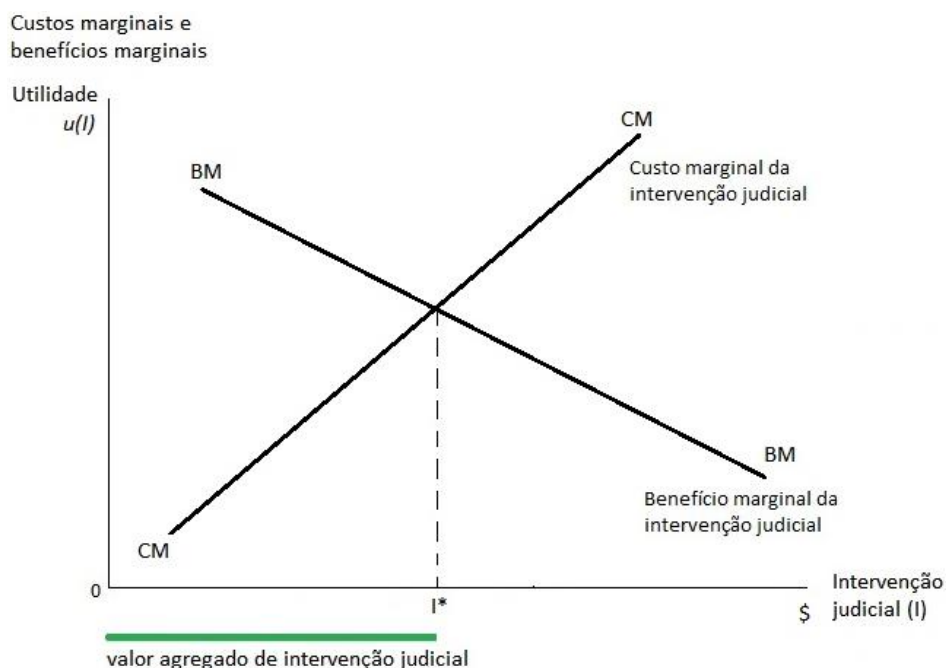


Figura 1 - fonte: MENEGUIN, 2014

É justamente dessa percepção que devem provir os fundamentos para a imposição e estabelecimento de limites à atuação judicial no campo das políticas públicas. Nada mais determinante do que o interesse coletivo, aqui medido em termos de bem-estar, para orientar a fixação de parâmetros claros para tal atuação.

Desse modo, a partir do momento em que o reconhecimento de algum direito social individualmente gerar prejuízos para o atendimento da população como um todo, apesar do incremento de utilidade individual, esse pedido não deverá ser deferido, sob pena de se ferir o princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Utilizando-se desse raciocínio, é possível enumerar algumas situações em que a intervenção trará incremento de bem-estar:

- Quando o direito fundamental cuja proteção se pleiteia judicialmente não esteja contemplado em nenhuma das políticas públicas existentes no planejamento orçamentário;
- Quando o planejamento ou programa da política pública inviabilizar ou tornar inútil o direito a ser protegido (CORTEZ, 2010);
- Em caso de reavaliação diante de situações emergenciais (CORTEZ, 2010);
- Em caso de intervenção para assegurar tratamento igualitário aos destinatários do programa (CORTEZ, 2010);

- Para questionar o descumprimento das políticas públicas ou deliberações coletivas (orçamento participativo) (CORTEZ, 2010).

Ademais, além dessas hipóteses, tudo dependerá da análise no caso concreto, sopesando-se os custos sociais em que a sentença incidirá e os seus benefícios. Tais parâmetros, aliás, devem ser mais facilmente identificados por meio dos instrumentos processuais postos ao dispor da sociedade, os quais se colocam como verdadeiras garantias constitucionais.

Vale ressaltar ainda que, a partir dessa análise, esvazia-se o cerne da discussão entre favoráveis e contrários à intervenção do Judiciário em políticas públicas, vez que se observa que a intervenção trará benefícios à sociedade até o ponto I* do gráfico da figura 1 e malefícios ao se ultrapassar esse ponto.

Logo, os parâmetros estabelecidos pelo estudo buscam reduzir o nível de subjetividade na fixação de tais fronteiras e tornar factível a atuação do Judiciário sem o impacto nefasto sobre as contas públicas e sobre os direitos dos demais indivíduos. Em última análise, essa nova perspectiva se apresenta como uma extensão do princípio da razoabilidade, elevando a análise de custo-benefício marginal a patamar privilegiado na fundamentação das decisões judiciais a respeito de políticas públicas.

Conectando essa proposta à teoria de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997), segundo a qual a jurisdição constitucional deve abrir seus canais de comunicação, possibilitando que a sociedade tenha voz na interpretação da Constituição, por meio da democratização dos procedimentos, conclui-se que, se a análise judicial não tiver uma visão ampla dos impactos de suas decisões, ineficiências provavelmente surgirão. Para que tal cognição seja a mais ampla possível. Assim, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial.

4. Análise formal da intervenção judicial em políticas públicas nas justiças estaduais

A presente análise segue a linha de raciocínio desenvolvida pelo livro "*How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*", (SCARTASCINI, STEIN, TOMMASI, 2010), segundo o qual as instituições democráticas, seus atores e suas arenas políticas afetam o processo de produção e implementação de políticas públicas, observando-se as evidências dos países latino-americanos a despeito de suas inúmeras peculiaridades.

Como bem observado por Mariana Magaldi de Sousa (SOUSA, 2010), no capítulo quatro desse livro, os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente nesse âmbito podem ser resumidos em quatro: o de vetar novas leis (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de

forçar seu cumprimento (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto, visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*).

Além disso, as cortes podem intervir nesse processo tanto direta quanto indiretamente (SOUSA, 2010). No primeiro caso, os juízes são chamados pela via processual a dar seu consentimento a respeito de uma específica política como requisito de sua implementação. Já da segunda forma, o mero contato com demandas judiciais pode produzir mudanças de comportamento dos atores políticos ao se antecipar desaprovação pela Justiça. Os quatro papéis se encaixam somente no modo direto de interferência.

No mais, essa atuação jurisdicional pode ter efeito somente entre as partes do processo (*inter partes*) ou ser aplicável aos demais casos similares (*erga omnes*) e pode alterar ou manter o *status quo* das políticas e das leis.

Apresentadas as premissas teóricas, busca-se então mensurar o desempenho dos quatro papéis pelas Justiças Estaduais para se verificar qual a sua relação atual com o nível de bem-estar social dos respectivos estados federados, com o escopo de determinar qual é o estágio de intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas dentro do instrumental teórico desenvolvido pelo estudo, ou seja, se essa intervenção já superou o nível ótimo ou se ainda está por superar. O período de análise, aliás, foi estabelecido de acordo com a disponibilidade de dados, uma vez que existem dados da pesquisa estatística Justiça em Números do CNJ apenas para os anos de 2009 a 2013.

Ressalte-se novamente que, se a relação entre intervenção judicial nas políticas públicas e bem-estar social – aqui medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano – for positivo (medida pelo cálculo da correlação), a atuação dos estados brasileiros ainda não haverá atingido o ponto de inflexão (I*), mas, se essa relação for negativa, significa que a atuação da Justiça Estadual no âmbito das políticas públicas tem apresentado custos sociais superiores aos seus benefícios, devendo, portanto, ser contida.

Tal mensuração, em geral, é feita a nível nacional (CASTRO, 1997; LA PORTA *et al*, 2004; POGREBINSCHI, 2012). Contudo, é crescente o número de estudos que analisam os determinantes das políticas públicas em escala subnacional (estadual) (BESLEY, PERSSON e STRUM, 2005; CALVO e MURILLO, 2004, REMMER, 2007), pela peculiaridade de se manterem relativamente homogêneos os fatores institucionais macro entre os estados⁸, mas com diferentes *outcomes* políticos e econômicos.

Nessa esteira, a consideração dos *checks and balances* judiciais dentre as *proxies* para se estimar a correlação entre esses mecanismos de freios e contrapesos como um todo e as políticas públicas no âmbito estadual brasileiro

⁸ Políticos são eleitos a cada quatro anos por representação proporcional com listas abertas, parlamentares não têm limite de mandatos, governadores podem concorrer à reeleição apenas uma vez, a tomada de decisão é centralizada nas assembleias legislativas, todo estado possui Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça.

só foi feita no artigo "*The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*" (ALSTON *et al*, 2010), onde essa interferência foi medida por um índice de eficiência da Justiça Estadual, pela taxa de casos julgados sobre casos novos e pelo número de novos casos abertos por 100.000 habitantes.

No entanto, há detalhes jurídico-processuais nas decisões judiciais nesse contexto que fazem supor que as *proxies* utilizadas não refletem com exatidão como ocorre a interferência do Judiciário nas políticas públicas estaduais, o que torna possível que o presente estudo dê sua contribuição por meio do refinamento e adequação das variáveis representativas do problema em questão.

Segue-se uma descrição pormenorizada dos quatro papéis adaptados à ordem jurídica brasileira e à configuração do Poder Judiciário nacional.

4.1. Papel *Veto player*

O Judiciário tem papel essencial de vetar leis e políticas públicas que estejam em confronto com as Constituições Federal e Estaduais, retirando-as do ordenamento jurídico, de modo a reestabelecer o *status quo* vigente anteriormente à promulgação do ato normativo inconstitucional. Tais decisões, por óbvio, têm efeitos *erga omnes*.

Por falhas na dinâmica do processo político-social, promulgam-se atos normativos que vão de encontro a normas constitucionais que veiculam linhas básicas do Estado, diretrizes e limites ao conteúdo da legislação, por vícios formais ou materiais que diminuem o bem-estar da sociedade como um todo, assim como a previsibilidade das regras institucionais.

Tsebelis (TSEBELIS, 1995, 2002) argumenta que mudanças políticas se tornam mais difíceis ao passo que aumentam os jogadores de veto na arena política. Além disso, a declaração judicial de compatibilidade da política pública com a constituição legitima sua aplicabilidade. Desse modo, o controle de constitucionalidade evidencia-se como instrumento de estabilidade do ordenamento jurídico e, em última instância, das políticas públicas.

Trata-se de um sistema de freios e contrapesos por excelência garantido pelas constituições rígidas, cujos pressupostos são a supremacia formal da constituição e a existência de uma Corte Suprema responsável pela última palavra sobre a jurisdição constitucional – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Sousa (SOUSA, 2010) defende que o papel *veto player* é o mais expressivo no Brasil.

Quanto mais forte e independente dos outros poderes for o Judiciário, mais ele atuará nesse papel (HAMMERGREN, 2002). Contudo, a pura existência de revisão judicial não é suficiente para caracterizar as cortes como *veto players*. A propensão dos magistrados a declarar uma lei inconstitucional dependerá de sua formação jurídico-educacional, do grau de independência que possui, de suas

crenças a respeito de qual é o papel do Poder Judiciário (SOUSA, 2010). Sobre o tema, Sadek (SADEK, 2006) traz pesquisa relevante por meio de entrevistas aos magistrados a respeito da percepção do seu papel na sociedade.

4.1.1. *Papel veto player no Brasil*

A Constituição Federal de 1988 estruturou o sistema de controle de constitucionalidade a partir da incorporação de diversos modelos, sobretudo o austríaco e o americano, resultando no chamado controle misto, o qual pode ser anterior (preventivo) ou posterior (repressivo) à promulgação da lei.

O controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário se dá por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar com vistas resguardar seu direito líquido e certo de não deliberar sobre emendas à Constituição que tendam a abolir cláusula pétrea (MS 20.257/DF). Aqui, o poder de veto permite que se atrase a promulgação da lei, ampliando o tempo para o debate democrático e amadurecendo pontos de consenso consoantes com a Constituição.

Já o papel de veto desempenhado repressivamente é muito mais frequente e apresenta-se por meio de um sistema de controle de constitucionalidade que congrega o modelo difuso por via incidental e o concentrado por via principal.

O concreto ou difuso, sedimentado nos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), no primeiro grau, permite aos juízes desempenhar o papel *veto player*⁹, sem qualquer restrição, o que não ocorre no âmbito dos tribunais. Em razão do art. 97 da CF/88, os órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras e seções) não podem declarar a inconstitucionalidade de políticas públicas, mas somente o Pleno ou o Órgão Especial o fazem por meio do julgamento da Arguição (ou Incidente) de Inconstitucionalidade, pela votação de maioria absoluta de seus membros (cláusula de reserva de plenário ou *full bench*), cuja decisão vincula os demais órgãos fracionários do respectivo tribunal. Apesar do efeito *inter partes*, pode-se observar o papel *veto player* nos tribunais em razão da força vinculante em âmbito estadual das decisões em Arguição de Inconstitucionalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle difuso se dá pela interposição do Recurso Extraordinário – recurso destinado ao STF em que se levantam questões prejudiciais em matéria constitucional –, onde a declaração de inconstitucionalidade decidida por maioria absoluta pode ensejar a suspensão da eficácia da norma (*erga omnes*) pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88.

⁹ Nesse caso, não há efeitos *erga omnes*.

Por outro lado, o controle concentrado é o meio mais utilizado e eficaz para o Judiciário vetar uma política pública inconstitucional, visto que as decisões nesse âmbito possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes. O papel de veto revela-se quando se julga procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como quando pelo julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁰ expurga-se a lei que veicula a política pública do ordenamento jurídico¹¹. Nesse ponto, há de se verificar a razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado para a implementação da política pública via controle do STF e a violação aos direitos mínimos tem de ser evidente e arbitrária (MENDES, 2014).

De todo modo, é importante notar que a ADI e a ADC não vinculam o Poder Legislativo, mas somente o Poder Judiciário e a Administração Pública. Isso significa dizer que, apesar da decisão possuir efeito *erga omnes*, o Legislativo pode produzir novas leis em sentido diverso do que foi decidido pelo STF, permitindo que se iniciem novas rodadas no jogo estratégico institucional (NOVELINO, 2013).

4.1.2. Papel veto player nos estados

O papel de *veto player* desempenhado anteriormente à promulgação da lei também se expressa por meio do mandado de segurança preventivo impetrado por parlamentares das assembleias legislativas estaduais, sendo julgados pela segunda instância dos Tribunais de Justiça do respectivo estado federativo.

No âmbito estadual, o questionamento da constitucionalidade de normas estaduais e municipais pode se dar em face da Constituição Estadual, conforme dispõe o art. 125, §2º, da CF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – ou Representação de Inconstitucionalidade –, cuja competência é concedida ao Pleno ou ao Órgão Especial. O mesmo se aplica à contestação de constitucionalidade de leis distritais tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Distrito Federal frente ao seu respectivo Tribunal de Justiça (TJDFT). Novamente, concede-se o efeito *erga omnes* para essas decisões, e a Constituição Estadual prever a ADC, por simetria, no âmbito dos estados, mas nem todas o fazem.

O controle difuso de constitucionalidade das políticas públicas é instrumentalizado pela referida Arguição de Inconstitucionalidade (AI), que instrumentaliza o desempenho do papel *veto player* por ter caráter vinculante com relação aos órgãos vinculantes do tribunal, ou seja, no território do estado.

Contudo, diante da limitação fática de acesso aos dados relativos ao mandado de segurança preventivo, à ADC e à AI, a mensuração do desempenho

¹⁰ A ADPF é de competência somente do STF.

¹¹ A ADPF também pode desempenhar papel de *policy player*.

do papel *veto player* em cada estado pode ser feita pela análise dos dados disponíveis sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) julgadas em face da Constituição Estadual pelos respectivos Tribunais.

4.1.3. Índice veto player (VP)

A mensuração do papel *veto player* deu-se com base nos dados relativos às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em cada Tribunal de Justiça dos 26 estados analisados e do Distrito Federal, informações obtidas no campo de "consulta de jurisprudência" de seus sítios oficiais. Por meio da construção de uma base de dados completa, indicando a data de julgamento, o número do processo (para posterior conferência da veracidade dos resultados), a ementa e o resultado do julgamento, foi possível extrair as *proxies* que serão seguir apresentadas.

O índice foi dividido em dois sub-índices: um que mede a taxa de efetividade da ação e outro que mede a demanda. O primeiro foi construído da seguinte forma:

$$evp = \frac{ADI\ procedentes}{ADI\ julgadas} + \frac{1}{2} \left(\frac{ADI\ parcialmente\ procedentes}{ADI\ julgadas} \right)$$

assumindo-se que os pedidos julgados parcialmente procedentes concederam somente metade do pedido formulado pelos autores. Desse modo, extrai-se a proporção da atuação efetiva do Tribunal de Justiça como *veto player* com relação ao que lhe foi demandado para o desempenho desse papel. Esse índice pode variar de 0 a 1.

Contudo, a utilização exclusiva dessa *proxy* poderia deturpar os resultados, dado que, com um pequeno número de julgados (baixa demanda), o peso de uma única ação julgada procedente seria muito maior do que se tivesse uma alta demanda. Por exemplo, se um estado que possui somente uma ação direta de inconstitucionalidade julgada no ano e essa tem resultado procedente, seu desempenho será 1 (máximo), mas isso não significa que ela tem alta performance na utilização do papel com relação aos outros estados. Portanto, é necessário que o índice de efetividade seja ponderado com o de demanda.

Esse subíndice de demanda é obtido dividindo-se o número de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no ano sobre o número de habitantes do estado dividido por 100.000 no respectivo ano (h_2):

$$dvp = \frac{ADI\ julgadas}{h_2}$$

A partir daí normaliza-se o índice anualmente, dividindo dvp pelo maior valor encontrado a cada ano. Desse modo, temos que $0 \ll dvp \ll 1$.

Enfim, para o cômputo final do índice veto player (VP), somam-se os dois subíndices:

$$VP = \frac{evp + dvp}{2}$$

4.2. Papel *Policy player*

Um segundo papel que o Poder Judiciário possui no processo de produção e implementação de políticas públicas constitui-se na modulação do seu conteúdo, interpretando as leis para determinar seu sentido original e sua aplicabilidade ou reinterpretação-as para se adequarem ao contexto social. É mais usualmente desempenhado quando a lei é ambígua, como, por exemplo, no caso de normas programáticas. Esse papel tem efeitos *erga omnes* e muda o *status quo* jurídico.

Nessa interpretação, as cortes podem tornar algumas questões mais relevantes do que as outras, trazendo-as para o centro de debate político e da sociedade, sobretudo na mídia, podendo expandir sua visibilidade e seus efeitos, o que influencia nas arenas políticas (SOUSA, 2010).

Além disso, o Judiciário pode induzir o Legislativo a tomar medidas corretivas e reformular leis ambíguas ou vagas (omissões legislativas), além de agir como legislador positivo na hipótese da inércia reiterada e injustificada do legislador. Essa postura ativa nos dois casos pode gerar conflitos entre Judiciário e Legislativo, se esse perceber essa atuação como invasão de seus poderes e funções constitucionais. Por isso, esse papel é melhor desempenhado quando há grande interação entre o Judiciário e o Legislativo, motivo pelo qual se deve considerar o ambiente político antes de atuar ativamente (SOUSA, 2010).

4.2.1. Papel *policy player* no Brasil

Além do papel *veto player*, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) também instrumento para o desempenho do papel *policy player*, quando corrige desvios de políticas públicas que tenham gerado ou possam gerar lesão, modificando o modo de atuação do Poder Público. Os mesmos legitimados da ADI podem apresentá-la perante o STF e, se julgada procedente, tem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, devendo o Poder Público proceder ao imediato cumprimento da decisão.

Além disso, para o Judiciário induzir o Legislativo e o Executivo a preencher as omissões legislativas o sistema jurídico brasileiro previu dois instrumentos: o mandado de injunção (MI) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

O mandado de injunção, disposto no art. 5º, LXXI, da CF, é um remédio constitucional cabível na falta de norma regulamentadora que torne inviável o

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tal instrumento se presta, no caso, a atuar em situações em que não há política pública que ampara o direito fundamental do indivíduo, sobretudo prerrogativas de cidadania, de modo a impedir o seu exercício.

Trata-se de uma ação constitucional de garantia individual, encaixando-se como um meio de controle difuso. Pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive por uma coletividade (mandado de injunção coletivo), conforme a jurisprudência do STF, pleiteando regulamentação de matéria cuja ausência de regras está inviabilizando a fruição de direitos e liberdades de seus membros.

Encaixa-se como meio de intervenção do Judiciário nas políticas públicas no papel *policy player*, pois permite que se pleiteie a fruição de direitos sociais obstados pela falta de norma pela indicação pelo órgão decisório do direito a ser aplicado no caso concreto. Desse modo, é possível que se chame atenção para direitos não contemplados por nenhuma política pública existente.

Analisando-se mais profundamente o tema a respeito dos posicionamentos do Judiciário em relação ao modo de atuação judicial nos mandados de injunção, vislumbram-se quatro visões principais: de que o Judiciário legisla no caso concreto, com efeito *erga omnes*, até que sobrevenha norma integrativa por parte do Legislativo (concretista geral); de que esse ato tem efeito somente *inter partes* (concretista individual direta); de que a atuação ativista deve ser implementada, somente após o esgotamento do prazo para o Legislativo elaborar a norma regulamentadora (concretista individual intermediária) e de que a decisão apenas decreta a mora, reconhecendo formalmente a inércia do Legislativo sem se emprestar ao magistrado qualquer poder legislativo (não concretista).

Dentre todas as posições possíveis, as vertentes concretistas tem sido cada vez mais adotadas, como um desdobramento do processo de judicialização das políticas públicas. Nesse sentido, quanto mais desarrazoada, negligente e desidiosa for a inércia dos outros Poderes, maior a será propensão do Judiciário a se utilizar de uma postura mais próxima ao concretismo, influenciando de modo mais incisivo as políticas públicas analisadas, ou melhor, sua ausência. De todo modo, o Judiciário, ao se utilizar da teoria concretista, deve agir com cautela, calculando cuidadosamente os efeitos da sua atuação como legislador positivo (MENDES, 2014).

Com o mesmo objetivo, mas com pequenas distinções, a Constituição Federal instituiu a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), no seu artigo 103, §2º, e na lei 12.063/09, sendo um outro mecanismo de realização desse papel. Diante da falta de medida regulamentadora de dispositivo da Constituição de eficácia limitada, interpõe-se ADO como meio de torná-lo efetivo. Para maior aproveitamento das demandas, o STF reconheceu ser possível a aplicação da fungibilidade entre ADI e ADO. Também é possível em caso de omissão parcial e relativa – quando houver necessidade de atualizar o

programa normativo dos regulamentos editados, ou ferirem o princípio da isonomia, por deixar de contemplar situações que igualmente deveriam estar incluídas no programa normativo (MENDES, 2014).

Julgada procedente a ADO, será dada ciência ao órgão competente, constituindo-o em mora. Em se tratando de órgão administrativo, deverá editar a norma no prazo de 30 dias (ou em prazo razoável, excepcionalmente), sob pena de responsabilidade, reconhecendo-se uma eficácia mandamental média. Mas se a inconstitucionalidade decorrer de órgão legislativo, a Constituição e a lei não cogitaram sequer o prazo para suprimento da omissão, limitando tal decisão a uma eficácia mandamental mínima, tendo em vista que há ao menos uma sanção de natureza política. Além do mais, vale ressaltar que o STF não pode suprir de forma alguma a omissão inconstitucional (NOVELINO, 2014).

Em se tratando de inconstitucionalidades com relação às constituições estaduais, essas devem prever a existência desse instrumento nesse âmbito, para que seja julgado pelo Tribunal de Justiça do estado (MENDES, 2014).

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Temos como exemplo os casos de regulamentação por parte do Judiciário do direito de greve dos servidores públicos, da limitação da taxa de juros a 12% ao ano, dentre outros. Ressalta-se a importância das audiências públicas nessa ação, para que a modulação das políticas públicas se dê em consonância com os interesses sociais e levando-se em conta os fatores técnicos do caso.

Igualmente, a criação do CNJ, com a EC n. 45/2004, tem intensificado a visualização e a discussão de temas jurídicos e sociais polêmicos e que necessitam ser normatizados, gerando insumos democráticos essenciais para a formação de políticas públicas legítimas e estáveis.

4.2.2. Papel policy player nos estados

Na Justiça estadual, o desempenho desse papel só pode se dar pelo mandado de injunção e, dependendo do estado, pela ADO, uma vez que a ADPF é de competência exclusiva do STF. Os Tribunais Estaduais também podem promover audiências públicas para o esclarecimento de controvérsias jurídicas que a ele chegam, mas dados sobre o número de audiências realizadas são de difícil obtenção.

Portanto, para a mensuração do papel *policy player* nos estados utilizar-se-á, por simplificação, diante das limitações de dados, os dados relativos aos mandados de injunção, individuais e coletivos julgados em cada estado em um certo intervalo de tempo.

4.2.3. Índice Policy Player (PP)

Do mesmo modo, para calcular a incidência do papel de *policy player* nos estados, procede-se à uma ponderação entre efetividade do papel e sua demanda. Agora utilizam-se informações relativas aos mandados de injunção julgados anualmente, informações também disponíveis nos sítios oficiais dos Tribunais. Conforme exposto na fundamentação teórica, o mandado de injunção é um bom “termômetro” para medir o nível de desempenho do papel *policy player*, visto que é a oportunidade em que os magistrados têm de agir como legisladores positivos, modulando a política, por intermédio da aplicação da teoria concretista¹². Mesmo que não capte todo âmbito de atuação desse papel, o mandado de injunção aponta a propensão de modulação de políticas públicas por cada tribunal.

Da análise feita acima, pode-se estabelecer o subíndice de efetividade do papel *policy player* como sendo a razão entre o número de mandado de injunções julgados segundo a teoria concretista – na qual o Judiciário determina uma norma a ser aplicada por analogia diante da omissão legislativa – sobre o número total de mandados de injunção julgados:

$$epp = \frac{MI \text{ concretistas}}{MI \text{ julgados}}$$

Igualmente, o subíndice de demanda é construído dividindo-se o número total de mandado de injunção julgados no ano pela população do estado dividida por 100.000 (h_2):

$$dpp = \frac{MI \text{ julgados}}{h_2}$$

Então dividem-se os valores encontrados pelo maior deles em cada ano, para encontrar o índice normalizado entre 0 e 1.

O desempenho final do papel *policy player*, portanto, é mensurado por:

$$PP = \frac{epp + dpp}{2}$$

4.3. Papel Referee Player

O papel de árbitro (*referee*) do Judiciário visa assegurar a efetiva implementação das políticas públicas, evitando os problemas de “legislação simbólica”¹³, sobre os quais discorre Marcelo Neves (NEVES, 2007, p. 40-101). Trata-se de uma supervisão da sua eficaz execução, atuando como uma força

¹² Qualquer das três vertentes apresentadas na subseção 4.2.1..

¹³ Isso ocorre por meio do estabelecimento de normas que visam apenas confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais por compromissos dilatatórios, em lugar de dar-lhes real eficácia.

externa ou um árbitro em acordos envolvendo o governo, demonstrando o poder de coação judicial, ou o termo cunhado no inglês: *enforcement*.

Isso se dá pela fiscalização das atividades administrativas e pela resolução de conflitos do dia a dia envolvendo o Poder Público, que não podem ser resolvidos no âmbito das agências regulatórias ou das próprias partes.

4.3.1. *Papel referee player no Brasil*

No Brasil, esse controle externo da execução das políticas públicas se dá caso a caso, pelo impulso das partes prejudicadas pelo inadimplemento estatal. O eficaz desempenho desse papel pode desincentivar o Legislativo a produzir legislação simbólica, somente para dirimir conflitos políticos e sócias, cujo objetivo implícito é que não venha a produzir efeitos na prática.

Quando as políticas públicas entram em vigência, qualquer pessoa prejudicada pode pleitear judicialmente seu cumprimento, da forma mais eficaz e adequada. Tal atuação pode, segundo estudo de Alston (ALSTON, 2009), diminuir os gastos públicos, déficits fiscais e a corrupção, sendo, pois, indispensável para o crescimento econômico do país. Além disso, cria um ambiente legal seguro para o investimento, onde há previsibilidade quando da promulgação das políticas.

Do mesmo modo, o combate à corrupção e à improbidade administrativa por intermédio de ações judiciais são meios de pressionar os administradores públicos a efetivarem o planejamento orçamentário das políticas públicas, provendo bens públicos, conforme estipulado, ao invés de bens privados. O acompanhamento da destinação dos recursos e a punição dos responsáveis pelo desvio dessas verbas são expressões inequívocas do papel *referee player*.

Além desse meio, há uma grande diversidade de classes de ação que podem ser utilizadas com o mesmo fim de forçar a implementação da política como a ação civil pública, o mandado de segurança individual e coletivo¹⁴, a ação popular¹⁵ ou mera ação de obrigação de fazer ou não fazer.

4.3.2. *Papel referee player para os estados*

Esse controle relativo às políticas públicas estaduais ocorre principalmente no próprio nível da estadual, uma vez que as competências jurisdicionais sobre esse tipo de matéria recaem sobre as Justiças Estaduais e Federal. Entretanto, a última não será tratada no presente artigo por fugir do escopo do estudo e por acabar estendendo com demasia o foco de análise.

¹⁴ Remédio constitucional destinado à busca da proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação ou reparação de interesses transindividuais (individuais homogêneos ou coletivos).

¹⁵ Cabível contra atos estatais de efeitos concretos não editado sob forma de lei.

Elencar exatamente todos os tipos de ações que podem ser utilizados para se realizar o controle dos atos do Poder Público de acordo com as leis dispõem sobre políticas públicas é um trabalho árduo e muito minucioso, talvez até impraticável diante das inovações processuais criadas pelos advogados. Além disso, as questões processuais nos Tribunais são estabelecidas de forma distinta em cada Constituição Estadual e Regimento Interno, o que também dificulta a coleta dos dados.

Desse modo, como melhor forma de medir esse papel do Judiciário estadual apresenta-se o número de ações que figuram como polo passivo o Poder Público¹⁶. O ideal seria se obtivéssemos o número desses processos julgados por período, mas o único dado disponibilizado ao público é o número de ações existentes¹⁷ (casos novos e pendentes) no 1º e no 2º grau de cada Justiça Estadual para os anos de 2009 a 2012, ainda assim havendo grande número de omissões de dados para muitos estados.

4.3.3. Índice Referee Player (RP)

As maiores restrições de dados incidem principalmente nesse papel. Isso porque não foi possível a obtenção de dados que individualizassem as ações em classe, já que o CNJ só possui dados em agregado e as consultas de jurisprudência dos sites dos Tribunais só disponibilizam informações relativas a ações que tramitam no segundo grau (Tribunais de Justiça) – e a maioria das atuações desse papel se dão por meio de ações que se iniciam no primeiro grau de jurisdição, como a ação civil pública, mandados de segurança, dentre outros. Por conseguinte, procurou-se construir as *proxies* mais aproximadas possíveis com o desempenho do papel *referee player*.

Assim, somam-se as seguintes variáveis do Justiça em Números: número de casos novos contra o Estado no primeiro grau (cnce1) e no segundo grau (cnce2); número de casos novos contra o Município no primeiro grau (cncm1) e no segundo grau (cncm2); número de casos pendentes contra o Estado no primeiro grau (cpce1) e no segundo grau (cpce2) e o número de casos pendentes contra o Município no primeiro (cpcm1) e no segundo grau (cpcm2). A partir daí divide-se a soma pela população dividida por 100.000 (h_2):

$$RP = \frac{cnce1 + cnce2 + cncm1 + cncm2 + cpce1 + cpce2 + cpcm1 + cpcm2}{h_2}$$

E, enfim, normaliza-se RP pelo maior índice do ano. Temos que $0 \ll RP \ll 1$.

¹⁶ Incluem-se Estados, Municípios, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais, Estaduais, Distritais e Municipais

¹⁷ Dados do CNJ de 2009 a 2011.

4.4. Papel *alternative societal representative player*

Quando o Poder Judiciário atua como representante alternativo da sociedade para trazer justiça social e representação aos hipossuficientes ou vulneráveis, ele está desempenhando seu quarto papel.

Sem mudar a legislação vigente, alguns juízes, amigáveis à visão do Judiciário como instituição promotora de justiça social e corretora de normas míopes em relação às desigualdades fáticas, tentam, por meio da interpretação diferenciada dessas – ainda que contra a letra da lei (*contra legem*) –, reequilibrar a posição das partes no processo, redistribuindo os recursos legais de modo a favorecer as partes mais hipossuficientes jurídica e organizacionalmente. Tal conduta acaba por mudar o *status quo* legal e tem efeito *inter partes*. Extrapola-se o âmbito da judicialização para adentrar na seara do ativismo judicial.

“Trata-se da utilização, via interpretação diferenciada das contradições, ambiguidades e lacunas do direito legislado numa ótica democratizante” (WOLKMER, 2012)

Além de utilizarem o direito de modo alternativo, promovem um fórum (uma arena política) para defesa dos direitos civis e sociais, sob o princípio da igualdade anterior à lei, tornando alguns conflitos mais salientes que outros. Atuam como a voz de certas camadas da população que, normalmente, não têm acesso efetivo ao ambiente político, desempenhando um verdadeiro papel contramajoritário, o que expande a visibilidade pública desses conflitos para sua reformulação legal e o leque de atores que podem influenciar na implementação de políticas públicas.

Entretanto, a questão que se coloca é que os juízes não são eleitos democraticamente, portanto, não são objeto de *accountability* eleitoral (WALDRON, 2006). Assim, eles não são convencionalmente legítimos representantes da sociedade e, por isso, a denominação de representante alternativo da sociedade.

Ademais, há grande quantidade de especialistas que são contrários a essa atuação, uma vez que ela diminui a segurança jurídica, pois o grau de discricionariedade dos juízes é tão alto que impede que haja previsibilidade sobre o teor da decisão, aumentando sua demanda¹⁸ (GICO, 2010). Isso torna todo processo judicial muito subjetivo e nem sempre equalizador das condições entre as partes, além do fato de que o Judiciário pode ser capturado por grupos de interesse.

4.4.1. Papel alternative societal representative player no Brasil

A crença de que o direito é instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados, numa sociedade estratificada como a

¹⁸ Maior probabilidade de obter decisão favorável apesar de não ter direito segundo a interpretação da lei estritamente.

brasileira, faz com que se descarte o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos juízes, utilizando-se o método histórico-social dialético, pela interpretação jurídico-progressiva, com o fim de levantar as contradições, omissões e incoerências do sistema legal (WOLKMER, 2012). Ocorre mais frequentemente nas áreas trabalhistas, ambientais, previdenciárias, de regulação de serviços públicos, operações de crédito e relações de consumo.

No Brasil, somente na segunda metade dos anos 80 o movimento dos juízes adeptos ao uso alternativo do direito começaria a se solidificar e se institucionalizar, iniciando-se no Rio Grande do Sul¹⁹. Esse processo se desenvolveu e ganhou mais adeptos desde então, com expoentes como Sérgio Gischow Pereira.

Segundo Amilton Carvalho, o uso alternativo do direito seria a procura de um instrumental teórico e prático a ser utilizado por profissionais que desejam colocar seu saber a serviço da "emancipação popular". Segundo o autor, a América Latina viveria uma "incipiente democratização", o que faria com que o direito se tornasse indispensável instrumento para que as classes populares resistissem à dominação. Nesse contexto, o Judiciário deveria ser uma arena democrática, disponível aos cidadãos para que lutassem por seus direitos como, por exemplo, os aposentados na luta por reajustes em proventos ou mutuários prejudicados no Sistema Financeiro de habitação (GUANABARA, 1996).

Hoje há uma grande corrente de juízes que se utilizam dessa linha de pensamento, principalmente, os de primeira instância, uma vez que as instâncias superiores tendem a seguir linhas jurisprudenciais mais conservadoras. Grandes têm sido os reflexos da aplicação dessa teoria, por vezes bons; por outras, não, mas que, sem dúvida repercutem na esfera do processo de produção de políticas públicas. Em uma pesquisa realizada nos juízos e tribunais constatou que 73,1% dos magistrados acreditam que é possível que se tomem decisões que violem os contratos com objetivo de buscar a justiça social (ZYLBERSZTAJN, STAJN, 2005).

Isso faz com que os contratos se tornem mais incerto, pois podem ou não ser respeitados pelos juízes, dependendo da forma com que ele encara a não-neutralidade e a posição relativa das partes, tornando as transações mais arriscadas²⁰. Nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esse segmento menos privilegiados são penalizados com prêmios de risco mais altos ou até pela não inserção no mercado.

¹⁹ Em 1986, ocorreu o congresso da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, quando se reuniram para coletar sugestões para a Constituinte no ano seguinte. Houve grande convergência do ponto de vista dos juízes em relação às ideias do atual uso alternativo do direito, sugerindo-se até a realização de eleições diretas para desembargadores e presidentes de Tribunais.

²⁰ Prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguel e preços em geral.

4.4.2. *Papel alternative societal representative nos estados*

Uma forma de se medir essa atuação do Judiciário de cada estado como representante alternativo da sociedade é pela proporção de recursos interpostos contra decisões dos magistrados que são julgados procedentes no sentido de reverter a decisão da instância inferior, demonstrando que o órgão revisor hierárquico não concorda com a forma como está sendo interpretado a norma no caso concreto, por primar pela legalidade.

4.4.3. *Índice Alternative Societal Representative Player (ASP)*

A última das quatro estatísticas que constroem o índice final trata-se da mensuração do quanto cada Justiça Estadual atua como representante alternativo da sociedade, interpretando a lei de forma anômala para realizar justiça social entre as partes. Com esse objetivo, e levando-se em conta a dificuldade fática de medir o desempenho desse papel, utilizamos as estatísticas que expõe o índice de reversibilidade das decisões de primeiro grau (rd1) e no segundo grau (rd2) em cada ano – proporção de recursos interpostos contra decisões de primeiro e segundo graus em que se decidiu pela reversão da sentença, ainda que parcialmente, em relação ao número total de recursos interpostos às respectivas instâncias –, do Justiça em Números (CNJ) ($0 \ll rd1, rd2 \ll 1$).

Como também há grande defasagem de dados, decidiu-se pelo uso da média quando houver as duas estatísticas:

$$ASP = \frac{rd1 + rd2}{2}$$

e somente uma delas, quando não houver as duas:

$$ASP = rd1 \text{ ou } ASP = rd2$$

Contudo, ainda permanecem sem índice os estados em que não existe informações nem sobre rd1 nem sobre rd2²¹. (Havendo ASP,) . A seguir divide-se o índice pelo maior valor encontrado a cada ano, normalizando-o ($0 \ll ASP \ll 1$).

Decidiu-se pela utilização dessa variável, porque presume-se que as instâncias superiores tendem a seguir entendimentos mais uniformizados e consoantes com o sentido original das legislações, reformando, portanto, grande parte das ações julgadas pelos magistrados com o ímpeto de desempenhar o papel de *alternative societal representative player*. Pelos argumentos aventados na seção 3.4.1, espera-se que esse índice ASP tenha correlação negativa com o IDH.

²¹ Completa-se tal lacuna novamente com o método *Expectation-Maximization algorithm* (ou *EM algorithm*).

4.5. Índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP)

O índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP) consubstancia-se no somatório do desempenho dos quatro papéis acima apresentados, ponderados igualmente pelo fato de não haver possibilidade de minucioso estabelecimento das participações relativas de cada papel. Assim sendo, temos:

$$IJEPP = \frac{VP + PP + RP + ASP}{4}$$

4.6. Índice de Desenvolvimento Humano

Como meio de se verificar o bem-estar social de cada estado, assim expresso no resultado líquido entre custos e benefícios sociais das decisões judiciais que se imiscuem em políticas públicas, dentre outros fatores, utiliza-se o Índice de Desenvolvimento Humano desses estados, disponibilizado pelo PNUD para os anos de 2005, 2010 e 2013.

Utilizando-se a técnica da polarização de índices, é possível obter-se tais valores para todos os anos entre 2009 e 2013, para se proceder à análise frente ao IJEPP.

4.7. Resultados

Coletados e tratados os dados para os anos de 2009 a 2013, obtiveram-se os resultados das mensurações para os anos individualmente e para o período como um todo.

Optou-se por dividir em três níveis o desempenho do índice IJEPP:

- Alto – maior que 0,4 (em verde)
- Médio – entre 0,4 e 0,4 (em amarelo)
- Baixo – menor que 0,2 (em vermelho)

Tais parâmetros foram estabelecidos tendo-se em vista que os valores máximos do IJEPP giram em torno de 0,6. Desse modo, os três níveis representam intervalos de valores igualmente divididos.

A tabela a seguir expõe o índice de correlação entre o IDH de cada ano com o respectivo desempenho do índice IJEPP:

Ano	Correlação IDH e IJEPP	Gráficos																																																								
2009	0,67	<p>IJEPP 2009</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Estado</th> <th>Correlação</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0,56</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0,38</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0,33</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0,32</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0,31</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0,30</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0,29</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0,27</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0,26</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRU</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0,19</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0,17</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0,15</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0,14</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0,13</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0,12</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0,11</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0,08</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0,05</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0,05</td></tr> </tbody> </table>	Estado	Correlação	TJRS	0,56	TJDF	0,38	TJGO	0,33	TJPR	0,32	TJPB	0,31	TJSP	0,30	TJMS	0,29	TJSC	0,28	TJMG	0,28	TJMT	0,28	TJES	0,27	TJMA	0,26	TJSE	0,25	TJTO	0,25	TJRN	0,25	TJRU	0,25	TJAP	0,25	TJRO	0,19	TJRR	0,17	TJPE	0,15	TJPA	0,14	TJPI	0,13	TJCE	0,12	TJAL	0,11	TJBA	0,08	TJAC	0,05	TJAM	0,05
Estado	Correlação																																																									
TJRS	0,56																																																									
TJDF	0,38																																																									
TJGO	0,33																																																									
TJPR	0,32																																																									
TJPB	0,31																																																									
TJSP	0,30																																																									
TJMS	0,29																																																									
TJSC	0,28																																																									
TJMG	0,28																																																									
TJMT	0,28																																																									
TJES	0,27																																																									
TJMA	0,26																																																									
TJSE	0,25																																																									
TJTO	0,25																																																									
TJRN	0,25																																																									
TJRU	0,25																																																									
TJAP	0,25																																																									
TJRO	0,19																																																									
TJRR	0,17																																																									
TJPE	0,15																																																									
TJPA	0,14																																																									
TJPI	0,13																																																									
TJCE	0,12																																																									
TJAL	0,11																																																									
TJBA	0,08																																																									
TJAC	0,05																																																									
TJAM	0,05																																																									
2010	0,63	<p>IJEPP 2010</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Estado</th> <th>Correlação</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0,70</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0,57</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0,52</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0,51</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0,49</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0,48</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0,47</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0,46</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0,45</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0,44</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0,43</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0,37</td></tr> <tr><td>TJRU</td><td>0,33</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0,32</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0,31</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0,30</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0,29</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0,27</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0,26</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0,24</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0,23</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0,22</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0,21</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0,20</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0,19</td></tr> </tbody> </table>	Estado	Correlação	TJRS	0,70	TJDF	0,57	TJSC	0,52	TJSE	0,51	TJGO	0,49	TJMG	0,48	TJMS	0,47	TJPI	0,46	TJSP	0,45	TJRN	0,44	TJRR	0,43	TJPE	0,37	TJRU	0,33	TJES	0,32	TJCE	0,31	TJPR	0,30	TJPB	0,29	TJAP	0,28	TJMT	0,27	TJAM	0,26	TJTO	0,25	TJRO	0,24	TJPA	0,23	TJMA	0,22	TJAL	0,21	TJBA	0,20	TJAC	0,19
Estado	Correlação																																																									
TJRS	0,70																																																									
TJDF	0,57																																																									
TJSC	0,52																																																									
TJSE	0,51																																																									
TJGO	0,49																																																									
TJMG	0,48																																																									
TJMS	0,47																																																									
TJPI	0,46																																																									
TJSP	0,45																																																									
TJRN	0,44																																																									
TJRR	0,43																																																									
TJPE	0,37																																																									
TJRU	0,33																																																									
TJES	0,32																																																									
TJCE	0,31																																																									
TJPR	0,30																																																									
TJPB	0,29																																																									
TJAP	0,28																																																									
TJMT	0,27																																																									
TJAM	0,26																																																									
TJTO	0,25																																																									
TJRO	0,24																																																									
TJPA	0,23																																																									
TJMA	0,22																																																									
TJAL	0,21																																																									
TJBA	0,20																																																									
TJAC	0,19																																																									

<p>2011</p>	<p>0,62</p>	<p>IJEPP 2011</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Corpo</th> <th>Valor</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJDF</td><td>0.63</td></tr> <tr><td>TJRS</td><td>0.59</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0.54</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0.48</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0.46</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0.45</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0.45</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0.42</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0.33</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0.30</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0.27</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0.25</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0.24</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0.23</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0.21</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJRJ</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0.19</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0.18</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0.17</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0.15</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0.14</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0.13</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0.12</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0.11</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0.10</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0.09</td></tr> </tbody> </table>	Corpo	Valor	TJDF	0.63	TJRS	0.59	TJGO	0.54	TJSC	0.48	TJSP	0.46	TJRN	0.45	TJPI	0.45	TJRO	0.42	TJES	0.33	TJPE	0.30	TJPR	0.27	TJMG	0.25	TJMT	0.24	TJMS	0.23	TJSE	0.21	TJTO	0.20	TJRJ	0.20	TJCE	0.19	TJRR	0.18	TJMA	0.17	TJAP	0.15	TJPB	0.14	TJAM	0.13	TJAL	0.12	TJAC	0.11	TJPA	0.10	TJBA	0.09
Corpo	Valor																																																									
TJDF	0.63																																																									
TJRS	0.59																																																									
TJGO	0.54																																																									
TJSC	0.48																																																									
TJSP	0.46																																																									
TJRN	0.45																																																									
TJPI	0.45																																																									
TJRO	0.42																																																									
TJES	0.33																																																									
TJPE	0.30																																																									
TJPR	0.27																																																									
TJMG	0.25																																																									
TJMT	0.24																																																									
TJMS	0.23																																																									
TJSE	0.21																																																									
TJTO	0.20																																																									
TJRJ	0.20																																																									
TJCE	0.19																																																									
TJRR	0.18																																																									
TJMA	0.17																																																									
TJAP	0.15																																																									
TJPB	0.14																																																									
TJAM	0.13																																																									
TJAL	0.12																																																									
TJAC	0.11																																																									
TJPA	0.10																																																									
TJBA	0.09																																																									
<p>2012</p>	<p>0,47</p>	<p>IJEPP 2012</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Corpo</th> <th>Valor</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0.64</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0.53</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0.47</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0.43</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0.43</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0.43</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0.40</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0.35</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0.35</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0.30</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0.28</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0.28</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0.27</td></tr> <tr><td>TJRJ</td><td>0.26</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0.25</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0.24</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0.22</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0.21</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0.19</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0.18</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0.17</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0.16</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0.15</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0.14</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0.13</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0.12</td></tr> </tbody> </table>	Corpo	Valor	TJRS	0.64	TJDF	0.53	TJSE	0.47	TJSP	0.43	TJRN	0.43	TJPI	0.43	TJSC	0.40	TJBA	0.35	TJES	0.35	TJMG	0.30	TJMT	0.28	TJPR	0.28	TJAM	0.27	TJRJ	0.26	TJPB	0.25	TJAP	0.24	TJTO	0.22	TJGO	0.21	TJPE	0.20	TJMS	0.19	TJRO	0.18	TJCE	0.17	TJAC	0.16	TJPA	0.15	TJMA	0.14	TJAL	0.13	TJRR	0.12
Corpo	Valor																																																									
TJRS	0.64																																																									
TJDF	0.53																																																									
TJSE	0.47																																																									
TJSP	0.43																																																									
TJRN	0.43																																																									
TJPI	0.43																																																									
TJSC	0.40																																																									
TJBA	0.35																																																									
TJES	0.35																																																									
TJMG	0.30																																																									
TJMT	0.28																																																									
TJPR	0.28																																																									
TJAM	0.27																																																									
TJRJ	0.26																																																									
TJPB	0.25																																																									
TJAP	0.24																																																									
TJTO	0.22																																																									
TJGO	0.21																																																									
TJPE	0.20																																																									
TJMS	0.19																																																									
TJRO	0.18																																																									
TJCE	0.17																																																									
TJAC	0.16																																																									
TJPA	0.15																																																									
TJMA	0.14																																																									
TJAL	0.13																																																									
TJRR	0.12																																																									

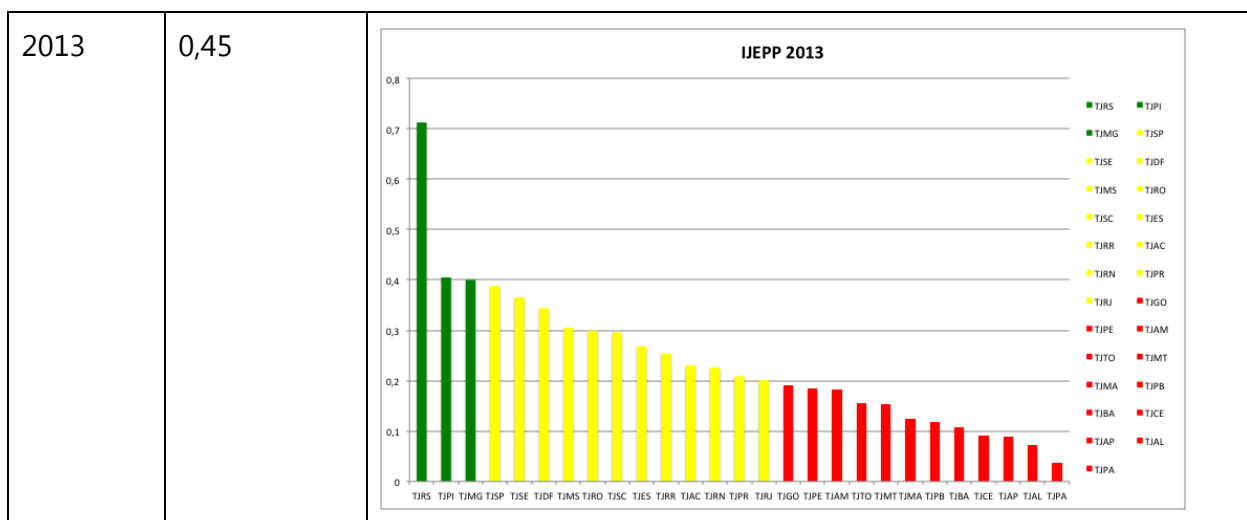


Tabela 1: índice de correlação e gráficos de desempenho do IJEPP.

Observa-se uma tendência de queda nos valores de correlação no decorrer dos anos, sendo um forte indício de que as Justiças Estaduais ainda se encontram no nível em que suas decisões no campo das políticas públicas aumenta mais do que diminui o bem estar social, mas encaminham-se a cada vez mais ao ponto de inflexão I*, a partir do qual essas decisões passarão a produzir efeitos negativos sobre o bem-estar social e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do ente federativo.

Apresenta-se a seguir o desempenho do índice IJEPP, de modo agregado, de 2009 a 2013, que permitirá realizar a análise líquida do período, afastando impactos conjunturais de cada ano.

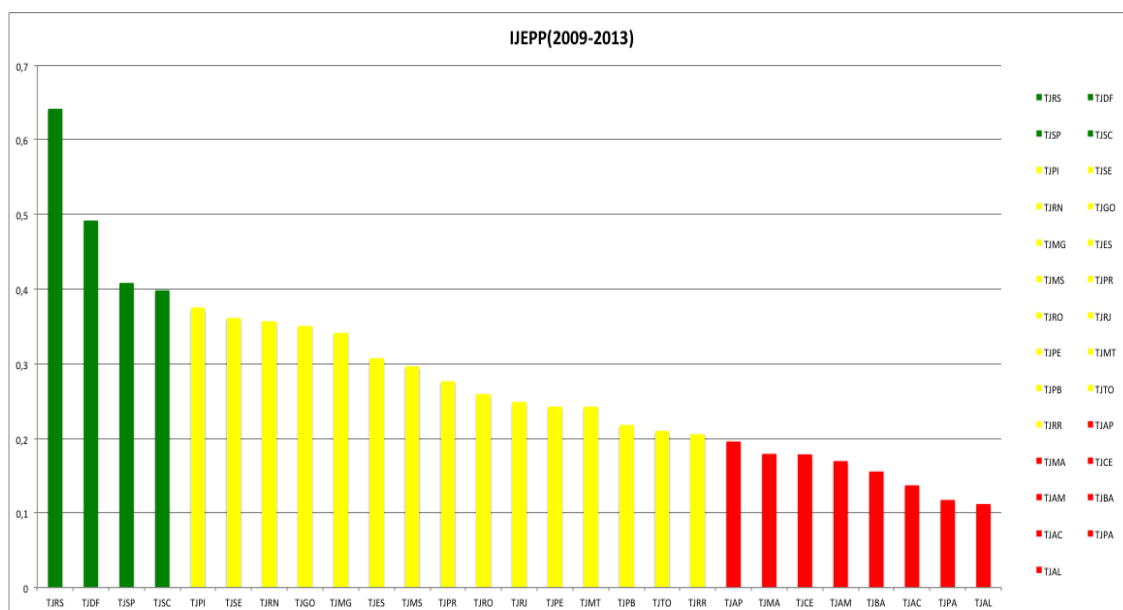


Figura 2: IJEPP 2009-2013

Como se observa, há uma concentração do desempenho dos estados em torno dos valores de 0,2 a 0,4 do IJEPP – performance média. E, como se esperava, o Rio Grande do Sul obteve o primeiro lugar no ranking, confirmando seu histórico engajamento na produção e implementação de políticas públicas. Quanto ao TJDFT, levanta-se a hipótese de que esse alto nível de intervenção nas políticas públicas reflete uma maior atuação do Ministério Público da União e de outros legitimados na fiscalização da legalidade e legitimidade dessas políticas ou o próprio posicionamento dos magistrados a respeito do seu papel nesse processo.

Observa-se também que os estados com os mais baixos desempenhos foram todos do Nordeste e Norte do País, talvez representando sua insuficiência institucional e o fraco aparelhamento material para desempenhar esses papéis.

Para melhor ilustrar a alta correlação entre o índice IJEPP e o IDH, apresenta-se o seguinte gráfico com os valores de IDH²² de cada estado, colorindo cada um deles de acordo com sua performance no índice IJEPP. Observe-se:

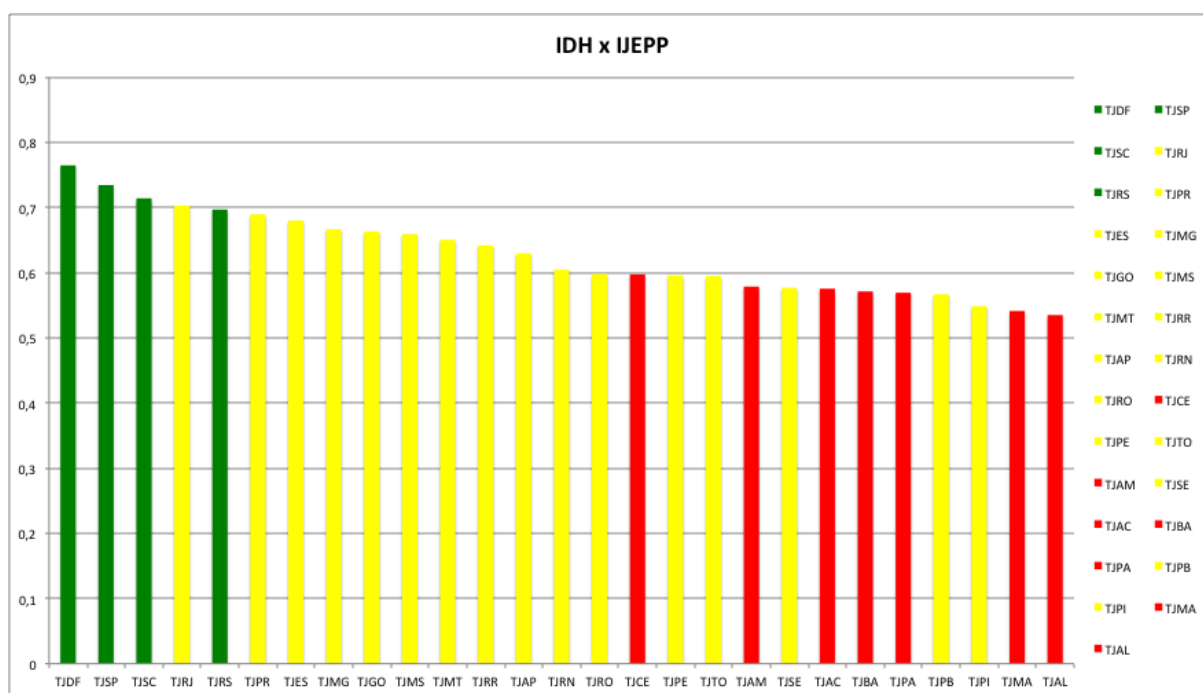


Figura 3: IDH x IJEPP

Deste gráfico fica clara a forte relação entre os dois indicadores e, portanto, entre os dois fenômenos – a judicialização das políticas públicas e o desenvolvimento econômico. Não há como indicar com precisão exata qual a

²² Utilizou-se o valor médio do IDH para os anos de 2009 a 2013.

relação de causalidade entre eles²³. Todavia, inequívoco é que essa intervenção ainda tem sido benéfica durante todo esse período, encontrando-se, pois, em estágio de intervenção anterior ao ponto I* da figura 1, aproximando-se, porém, a cada vez mais desse.

Nota-se, sobretudo, que praticamente todos os estados com maior IDH apresentam alto desempenho do índice IJEPP, enquanto que a maioria dos estados com menor IDH têm baixos valores desse indicador de intervenção.

5. Conclusão

O presente estudo, após investigar o fenômeno da judicialização das políticas públicas, se propôs a analisar os limites à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade, perspectiva essa não utilizada convencionalmente pelos autores que tratam do tema, mas que se mostrou bastante adequada e pertinente, se combinada com ferramentas processuais inovadoras que ampliem o máximo o nível de cognição do processo. A partir daí, mensurou-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2012, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo.

Das análises feitas pelo presente estudo, constatou-se que:

1. O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um fato incontestável na realidade brasileira, fruto de uma série de fatores conjunturais, políticos, paradigmáticos e legais, ao qual as instituições devem se adaptar, para que se desenvolva da forma mais democrática possível;
2. Atualmente, o descompromisso e o descaso dos partidos, dos parlamentares e do Executivo com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais;
3. É indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, ainda que por meio de intervenção judicial; de todo modo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se

²³ Isso porque que alto desenvolvimento pode contribuir para a maior conscientização da população a respeito dos seus direitos frente ao Estado, pleiteando-os perante o Judiciário, ao mesmo tempo que uma maior judicialização das políticas públicas, dentro dos limites aqui estabelecidos, pode propiciar uma maior qualidade e efetividade dessas, gerando maior desenvolvimento.

colocam perante o Poder Público em condições de igualdade frente aos demais, nem gerar ineficiências em termos de bem-estar social. Assim, deve-se estabelecer limites claros a essa atuação;

4. A discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais²⁴ construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2013). Contudo, tais parâmetros são dotados de definição fluida e subjetiva no caso concreto, motivo pelo qual se deve procurar estabelecer limitações mais objetivas, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes e da igualdade além de gerar grandes malefícios à sociedade;
5. A análise econômica de benefícios e custos marginais da intervenção das decisões judiciais nas políticas públicas é solução hábil a nortear a atuação dos magistrados para que suas decisões efetivamente tragam aumento de bem-estar social, perspectiva essa que se mostrou útil e inovadora. Além disso, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial, retomando o ideal de um novo processo, capaz de instrumentalizar as pretensões das partes que litigam em ações em que se discutem políticas públicas;
6. Quanto à análise empírica do nível de intervenção das Justiças Estaduais nas políticas públicas nos anos de 2009 a 2013, os estudos realizados permitiram verificar que no Brasil:
 - 6.1 A intervenção decorrente da atividade judicial desses órgãos judiciais ainda não alcançou os limites aqui propostos, gerando ainda benefícios líquidos em âmbito estadual, ou seja, a intervenção das Justiças estaduais ainda tem contribuído para melhorar o acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação e trabalho, sem afetar de forma desastrosa o planejamento orçamentário das políticas públicas planejado pelo Executivo e Legislativo
 - 6.2 Contudo, tal intervenção está caminhando para atingir os referidos limites, uma vez que há uma progressiva diminuição dos valores de correlação encontrados entre o índice IJEPP e o IDH estadual. Desse modo, esses efeitos positivos não subsistirão se esse processo não for freado.

Portanto, tais indícios servem de alerta para que se tenha cautela ao intervir no âmbito das políticas públicas, procurando considerar da forma mais

²⁴ Sobretudo, a ADPF nº 45.

abrangente os custos e benefícios globais do provimento. Assim, extrai-se que o cenário das políticas públicas brasileiras ainda necessita da intervenção do Poder Judiciário, mas essa deve ser adequada, o que só será possível por meio de um novo modelo de processo, mais atencioso às demandas sociais envolvidas no caso concreto.

Expressiva é a evolução no estado das artes pela mensuração apurada da intervenção do Judiciário nas políticas públicas e pela observação de sua relação causal com o IDH, análise inédita para a realidade brasileira. De todo modo, há diversos aspectos da pesquisa que necessitam ser aprimorados por estudos futuros, refinando cada vez mais a análise desse fenômeno. Aqui cabe o apelo por uma maior sistematização dos dados sobre as Justiças Estaduais pelo CNJ e pelos próprios órgãos estaduais, ponto de significativa restrição do trabalho. Assim sendo, novos estudos devem expandir tal análise e buscar aplicação empírica cada vez mais condizente com a realidade para melhor vislumbrar os impactos dessa atuação..

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSTON, Lee J. *A framework for understanding the new institutional economics*. Dept. of Economics, University of Illinois, 2009.

_____; MELO, Marcus André; MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. *The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*. LASA. 2010.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional* – tomo II. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BESLEY, Timothy; PERSSON, T.; STURM, D. Political Competition and Economic Performance: Theory and Evidence from the United States. *London School of Economics working paper*, 2005.

BUCCI, Maria P. D. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1997, Pp. 89-98. Disponível no endereço: <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>, acesso em 31/03/2014.

BURGO, Victor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp. 73-93.

CALVO, E.; MURILLO; M.V.. Who Delivers? Partisan Clients in the Argentine Electoral Market, *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 4, 2004, p. 742-757.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

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

CASTRO. M. F. The courts, law and democracy in Brazil. *International Social Science Journal*, v. 152, p. 241-252, 1997.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GICO, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, p. 7-33, 2010.

_____. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e subutilização e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 94-125.

_____. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada", in *Revista Forense*, n. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JACOB, Cesar Augusto Alkmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANEZ, Florencio; POP-ELECHES, Cristian; SHIEFER. Judicial checks and balances. *Journal of Political Economy*, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEGUIN, Fernando B. *Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?* 2014. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-de-intervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>>, acessado em 7 de abril de 2014.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Nova Iorque: Oxford World Classics, 1998.

NEVES, Marcelo A. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (coleção Justiça e Direito).

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1-32.

SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=idb-bk-101>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

SOUSA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=idb-bk-101>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em: jun 2014.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TSEBELIS, George. Decisionmaking in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism, Multipartyism. *British Journal of Political Science*, 25(3): 289-325, 1995.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional da políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.

WHITTINGTON, Keith. James Madison has left the building: a review of J. Mitchell Pickerill, constitutional deliberation in Congress. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, 2005.

WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, p. 745-752, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

*Artigo recebido em 19 de maio de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.04



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e a concepção de uma nova separação dos poderes do estado a partir da jurisdição constitucional

Marco Cesar de Carvalho*

Resumo: Este artigo procura demonstrar como a tradicional separação ou divisão dos poderes parece ter sido superada a partir da instituição de um órgão ou função especificamente elaborada para manter o equilíbrio entre os poderes já constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário, mediante o controle de constitucionalidade de normas e atos conforme à Constituição de um estado. Porém, esta função que também deveria aplicar o direito não estaria ligado(a) ao Poder Judiciário, mas figuraria independentemente dele, ficando este com competência para julgamento de casos outros, que não os que envolvessem a interpretação do texto constitucional. Na concepção de Hans Kelsen, o Tribunal ou Corte Constitucional cumpre esta função, não estando subordinado a nenhum outro poder, representando a evolução do Estado Democrático de Direito na consecução de seus objetivos. Metodologicamente, utiliza-se o método dedutivo baseado no estudo da teoria e aprimoramento de conceitos extraídos da pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de livros e artigos científicos, análise da legislação correlata ao tema e levantamento de posicionamentos doutrinários, onde este artigo como objetivo genérico abordar o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, e, como objetivo específico, demonstrar que uma Corte Constitucional funcionaria como uma nova função no Estado, legitimada pela constituição como sua guardiã, garantindo a independência e a harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a partir da supremacia do texto constitucional sobre estes e sobre todas as demais normas, porém, hierarquicamente, situando a Corte Constitucional acima destes poderes, na atual concepção de Estado.

Palavras-chave: *Forma republicana de governo.*

Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Corte constitucional.

Abstract. This article seeks to demonstrate how the traditional separation or division of powers seem to have been overcome from the function of an organ or institution specifically designed to maintain the balance between the powers already constituted - Executive, Legislative and Judiciary, through control of constitutionality of provisions and acts as the constitution of a state. However, this function should also apply the law would not be linked (a) to the judiciary, but regardless it would figure, this being responsible for adjudicating cases other than those involving the interpretation of constitutional text. In the design of Hans Kelsen, the Court or Constitutional Court fulfills this function, not being subordinate to any other power, representing the evolution of the democratic rule of law in achieving its goals. Methodologically, we use the deductive method based on the theory study and improvement of concepts from literature, which consists primarily of books and scientific articles, analysis of related legislation to the theme and lifting doctrinal positions, where this article as generic objective approach the judicial review system in Brazil, and as a specific objective, show that a Constitutional Court act as a new function in the state, legitimized by the constitution as his guardian, ensuring the independence and harmony among the executive, legislative and judicial branches, the from the supremacy of the constitutional text on these and on all other rules, however, hierarchically, placing the constitutional Court above these powers, the current concept of the state.

Keywords: *Republican form of government. Control of constitutionality. Federal Supreme Court. Constitutional Court.*

* Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialista em Jurisdição Constitucional na Università di Pisa. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FAAP. Professor e advogado.

1. Introdução

O tema do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos está umbilicalmente ligado à forma e aos sistemas de governo historicamente existentes e já adotados nos países mundo afora, formando a chamada jurisdição constitucional.

No Brasil, quando se fala em jurisdição constitucional ou no controle de constitucionalidade, inicialmente fala-se na competência do Supremo Tribunal Federal (STF), a quem cabe a guarda da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF/88), promulgada em 5 de outubro de 1988. Desde então, todo o ordenamento jurídico existente ou foi recepcionado ou foi declarado não conforme o texto constitucional e, conseqüentemente não recepcionado, e todo o arcabouço legislativo posterior, obrigatoriamente, deveria observar e se conformar ao regramento constitucional, em respeito ao princípio da integridade¹ e coerência no direito.

Ocorre que no Brasil foi adotada a divisão clássica do poder, em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º, CF/88), sendo independentes mas harmônicos entre si. Mas o que ou quem garante esta independência ou harmonia entre estas funções? E quem julga um conflito entre eles? Não deveria haver uma função ou órgão hierarquicamente superior, com funções jurídicas para interpretar e aplicar o texto constitucional, mas igualmente com funções políticas para garantir a integridade do Estado brasileiro, tendo em vista o próprio texto constitucional? Mas se esta função estatal existisse, então, poder-se-ia afirmar que não mais adotaríamos a clássica tripartição do poder, quando estaríamos diante de uma nova divisão, a superação da tripartição do poder por uma divisão quadripartite, como pode inicialmente parecer. E este órgão é o Tribunal ou Corte Constitucional, tal como a teoria desenvolvida, historicamente, por Hans Kelsen, idealizador do primeiro Tribunal Constitucional, onde esta Corte garantiria a supremacia do texto constitucional tanto sobre os demais poderes quanto sobre todas as demais normas que, então, a ele deveriam conformar-se formal e materialmente.

Porém, tendo em vista a atual concepção da divisão dos poderes do Estado, haveria espaço para esta Corte Constitucional no Brasil? O STF cumpriria tal função da forma como concebida por Kelsen? A jurisdição constitucional não seria um novo poder ou função num Estado Democrático de Direito, até então desenvolvido de forma tripartite pelo filósofo, político e escritor francês Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente, Montesquieu, ou pelo político francês Henri-Benjamin Constant de Rebecque, conhecido como Benjamin Constant, que já pregava a existência de cinco poderes (o poder real, o executivo, o representativo da continuidade, o representativo da opinião e o poder de julgar)?

¹ A teoria da integridade no Direito foi formulada por Ronald Dworkin, para quem há um valor moral no respeito à integridade e à coerência em um sistema jurídico, havendo a necessidade do Direito manter uma concepção coerente que reflita os valores da comunidade política. In: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 231.

No Poder Judiciário brasileiro, de origem romano-germânica, a influência da *common Law* é cada vez maior, com a introdução de novas técnicas ou institutos como a *judicial review of legislation*, tanto que no Brasil há um *modelo híbrido* ou *misto* de controle de constitucionalidade, inicialmente difuso e subjetivo, onde a jurisdição constitucional se dá de forma difusa, com efeito *inter partes*, e, também de forma concentrada (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) e objetiva, com efeito *erga omnes*. Atualmente, é inegável a preferência ou prevalência pelo sistema concentrado de origem europeia, kelseniano.

Mas o que objetivaria uma jurisdição constitucional (*judicial review of legislation* ou *Verfassungsgerichtsbarkeit*)? Qual a relação da existência de um Tribunal ou Corte Constitucional com a forma de governo de um país e qual o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil? O STF cumpre sua função?

Este é o objeto do estudo e da análise deste trabalho e que será abordado a seguir.

2. A forma republicana de governo e os princípios decorrentes

Desde Roma antiga, passando pelo conceito mais atual ou moderno de república, o cidadão foi sendo erigido a, de fato, uma perspectiva a ser alçada e atendida pelo Estado, através dos seus governantes. Da ideia de república desenvolvida por Platão, na Escola de Atenas, passando por Aristóteles e sua referência aos três poderes em Atenas, até John Locke e Montesquieu, as formas de Estado ou se davam sob a forma de república ou sob a forma de uma monarquia. As monarquias diferenciam-se entre as absolutas e as constitucionais, onde já havia respeito ao direito legislado, já a república caracteriza-se pelo fato de que a estruturação do Estado se realizava mediante a vontade da pluralidade dos cidadãos, manifestada através do voto. Apenas na Antiguidade as Repúblicas foram aristocráticas, sociocráticas, democráticas. Atualmente são liberais ou autoritárias. As liberais caracterizam-se pela divisão dos Poderes, pela periodicidade do Legislativo e do Executivo, pela responsabilidade dos governantes, pelo respeito às liberdades públicas, em suma, pela adoção de um Estado Democrático de Direito. Já as autoritárias, apesar de constituídas sob a forma de um Estado de Direito, vão ao contrário, distorcendo ou lesando muitas das características inerentes a ela. E os Estados ainda se organizam sob uma forma unitária ou centralizada de poder (França), regionalizada como nos casos de Itália e Espanha com poder menos centralizado, ou federada (Alemanha, Argentina, Áustria, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Rússia).

Desde Locke (bipartição de poderes: legislativo e o *poder do rei*, o executivo) e Montesquieu (tripartição) tinha-se que a divisão dos poderes ou funções do Estado não poderia ser confundida com uma divisão do seu poder, mas que se tratava de uma divisão orgânica ou estrutural das suas funções, visando uma racionalidade no funcionamento do próprio Estado e a melhor

observância do texto constitucional, pois cada poder constituído - Executivo, Legislativo e Judiciário - melhor exerceria seu papel, de forma autônoma, independente, porém, harmônica, o que se traduz no equilíbrio dessa interação². E na forma federada, os Estados ainda devem deter uma forma de intervenção federal, de maneira que os vários centros de poder autônomos, ou as partes que compõem a federação, não se "rebelem" contra o todo, observando o ordenamento jurídico de forma harmônica:

I. A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. Sobre a conveniência de tal busca é possível – segundo distintos pontos de vista políticos e em relação a distintas Constituições – chegar a opiniões bastante diversas. Pode haver situação em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido.³

No Brasil, a Carta de Lei de 25 de março de 1824, que mandava observar a Constituição Política do Império do Brasil, também designada de Carta Imperial, foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, que se intitulava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, depois de dissolver a Assembleia Nacional Constituinte. Essa constituição trazia a divisão do poder político com 4 funções: o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judicial e o Poder Moderador⁴, este responsável por assegurar a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, funcionamento como o organizador de toda a atividade política, onde a pessoa do Imperador era inviolável, sagrada e irresponsável, ou melhor dizendo, não sujeita a responsabilidade alguma. A respeito do Poder Moderador:

O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível. Nesse ponto Tobias Barreto tinha toda a razão em esconjurá-lo. Com efeito, o art. 101 estabelecia a competência do Imperador, como titular desse poder, cabendo-lhe um feixe constitucional de nove atribuições, assim determinadas: nomear senadores, convocar assembléia geral extraordinária nos intervalos das

² KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. Tradução: Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. In: *Revista Informe Legislativo*, ano 27, n. 105, jan./mar. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175832/000452796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jan. 2014. p. 291.

³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 239.

⁴ TÍTULO 5º - Do Imperador. CAPÍTULO I. - Do Poder Moderador.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privatamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

sessões legislativas, sancionar os decretos e resoluções da assembléia geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a assembléia geral e dissolver a Câmara dos Deputados bem como fazer a livre nomeação e demissão dos ministros de Estado, suspender magistrados em determinados casos, perdoar ou mitigar penas e conceder anistia em caso de urgência.

Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito à responsabilidade alguma (art. 99).⁵

Mas sob a égide da Monarquia Imperialista e daquela Carta Imperial, faltavam aos cidadãos instrumentos para exigir o cumprimento dos deveres do Império. Assim, promovendo uma ruptura da ordem política anterior, e, depois de votada por um Congresso Nacional Constituinte, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, logo após o fim da Monarquia, ocorrido em 15 de novembro de 1889 quando a República foi proclamada, perdurando até agora. A respeito da importância do princípio republicano entre nós:

No Brasil, como em outros países da banda ocidental, os princípios constitucionais, por serem a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito, fazem com que a Constituição não seja somente um aglomerado de normas jurídicas, e sim a concretização dos valores daquele ordenamento jurídico, devendo haver uma total harmonia entre os princípios e regras, por serem essas espécies do gênero norma.

Os princípios constitucionais são instrumentos “superiores” para a interpretação, aplicação e mutação constitucional; mais ainda, o Princípio Republicano, princípio político-ideológico, que é o valor mais elevado inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Princípio Republicano foi a opção feita pelos constituintes brasileiros originários de 1988, que o estabeleceram como o fundamento de todo sistema normativo e como balizador da criação do “espaço público” ou da “Coisa Pública”.

O Princípio Republicano matiza os demais valores jurídicos nos ordenamentos nos quais é adotado e isso acontece inclusive naqueles países nos quais ele não é expressamente previsto. As

⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002. p. 106.

"monarquias republicanas" europeias são os melhores exemplos.⁶

Sobre a escolha tanto da forma de governo quanto da força desses princípios constitucionais republicanos:

Os constituintes de 1988, não por acaso, adotaram a forma de governo escolhida pelo povo no ano de 1891, em substituição à monarquia, estabelecendo, logo no art. 1º da Carta Magna, que o Brasil é uma república. Tratou-se de uma opção deliberada e plena de conseqüências, expressamente ratificada pela cidadania no plebiscito realizado em 7 de setembro de 1993, levada a efeito ao mesmo tempo em que definiram que o Estado teria uma configuração federal e adotaria o regime democrático.

[...]

Os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "positivamente vinculantes". A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma conseqüência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.⁷

Decorreriam da forma republicana de governo os seguintes princípios: a divisão ou separação dos poderes/funções; a soberania popular, sua representação e participação do povo junto ao poder (plebiscito, referendo, projeto de iniciativa popular, etc), e, a conseqüente garantia às minorias quando violados seus direitos; a responsabilização dos governantes e a prestação de contas de seu exercício; a proteção e a indisponibilidade do bem/interesse público; o pluralismo político (bi e multipartidarismo); a periodicidade do mandato eletivo/eleições; a temporariedade e eletividade (acesso) aos cargos públicos nos Poderes Executivo e Legislativo; os direitos de liberdade, igualdade jurídica e a observância à ordem jurídica (legalidade no sentido amplo). Demonstrando a importância e da força normativa desses princípios que decorrem da própria opção pela forma republicana de governo, e a necessidade de sua expansão, a favor do próprio Estado:

Por fim, cumpre notar que, se todo princípio constitui um "mandamento de otimização", ou seja, um preceito que determina "*que algo seja realizado na maior medida possível*,

⁶ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. In: *Novos Estudos Jurídicos NEJ*, vol. 13, n. 1, pp. 43-54, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1226/1029>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 48.

⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100 p. 189-200 jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>>. Acesso em: 17 mar. 2015. pp. 189-190.

dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" forçoso é concluir que o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima, afastando nesse processo todas os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários.

Convém lembrar, todavia, que a força imperativa desse princípio será tanto maior quanto mais elevado for o grau de maturidade cívica dos cidadãos e quanto mais conscientes estejam de que são titulares não-só de direitos mas também de deveres em face da coletividade.⁸

Mostra-se coerente que os povos, através da evolução das formas e sistemas de governo evoluindo de monarquias absolutas e repúblicas autoritárias a monarquias constitucionais e repúblicas liberais, busquem a tutela dos direitos que lhe são conferidos nos respectivos textos constitucionais, sendo que a estrita observância do texto representa a existência segura do próprio Estado. As crises políticas indicam a necessidade de uma reestruturação da organização política ocidental em diversos países, e a realidade brasileira já demonstrou essa necessária reestruturação. A legislação não permanecia afeta tão somente ao Poder Legislativo, a administração caberia somente ao Executivo num sentido estrito de sua concepção e a função judicante encontra soluções fora do âmbito do Poder Judiciário:

O Poder Legislativo exerce funções judicantes.

Quando movimenta o "impeachment" contra o Presidente da República, na moldura do presidencialismo.

O Poder Legislativo exerce funções administrativas

Quando admite os funcionários que vão compor suas Secretarias.

O Poder Executivo realiza funções legislativas

Informalmente – quando elabora regulamentos. Formalmente – quando exara leis delegadas, decretos-leis, ou, como está a suceder no Brasil, medidas provisórias.

O Poder Executivo pratica funções judicantes

Quando prolata decisões atinentes à esfera administrativa.

O Poder Judiciário exerce funções legislativas

Quando exara decisões, através da Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, as quais venham a estabelecer normas e condições de trabalho.

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 100 p. 189-200 jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>>. Acesso em: 17 mar. 2015. pp. 198-199.

O Poder Judiciário exerce funções administrativas

Quando os Tribunais organizam os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei.⁹

Enfim, evoluir no cumprimento do texto constitucional, seja pela própria organização do Estado na sua forma tripartite de poderes com suas respectivas e verdadeiras funções, seja pela adoção de um novo poder ou função, diferente da concepção clássica, através de um Tribunal ou Corte Constitucional, poderá dar ao Estado mais efetividade na razão de sua existência = o bem comum.

3. Breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil

Obrigatoriamente, e até porque a jurisdição constitucional rende seu principal fundamento à teoria de Kelsen, faz-se necessário apresentar o conceito de constituição adotado por ele, como:

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplica-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.¹⁰¹¹

Diante da necessária conformação do ordenamento infraconstitucional à constituição, surge a necessidade de um controle judicial de constitucionalidade. Judicial porque exige a interpretação de texto normativo, o que se dá nos países que possuem uma constituição rígida, onde deva haver um procedimento mais rigoroso que o estipulado para as leis ordinárias, criando-se uma espécie de pirâmide normativa, tendo no ápice a constituição:

⁹ RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 142.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. pp. 130-131.

¹¹ Kelsen ainda desenvolveu uma designação de *Constituição Total* porque ela não conteria apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um rol de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais, traçando princípios, diretivas e limites para a observância pelas leis vindouras, não atentando contra a liberdade, a igualdade jurídica, sendo assim uma regra de fundo, à qual vão se acrescentando direitos. In: op. cit. pp. 131-132.

A essa questão fundamental, Kelsen responde com a formulação de um modelo segundo o qual o ordenamento jurídico apresenta-se como um sistema escalonado e hierarquizado, onde a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma superior. Assim, o fundamento de validade das sentenças judiciais está na lei; o fundamento de validade da lei está na constituição; e o fundamento de validade da constituição está no que o autor chama de *norma fundamental pressuposta*, segundo a qual devem ser cumpridas as normas elaboradas de acordo com a constituição.

Assim, do ponto de vista dinâmico, a sentença judicial é válida porque a lei conferiu ao juiz poder para proferi-la, bem como a lei é válida porque a constituição concedeu ao legislador o poder de legislar e, portanto, a sentença é válida porque está conforme a constituição.¹²

Então, e analisando o histórico brasileiro do sistema de controle judicial de constitucionalidade conforme a constituição, no seu primeiro texto constitucional observar-se-á que a Carta Imperial de 25 de março de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. Era o Poder Legislativo quem fazia, interpretava, suspendia e revogava as leis, bem como velava pela guarda da constituição (artigo 15, incisos VIII e IX).

Por sua vez, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, instalou um modelo difuso, subjetivo (*inter partes*) com competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, em face da Constituição, e a decisão do Tribunal fosse contra ela (art. 60, § 1º, "a" e "b"), fruto da forte influência do direito norte-americano que adotou a *judicial review of legislation*¹³.

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 112-113.

¹³ Acerca da origem da Justiça constitucional, e como se extrai da doutrina italiana, a própria Europa rende aos líderes intelectuais do movimento de independência norte-americano ou estadunidense, alguns elementos teóricos fundamentais para o reconhecimento de um controle judicial, uma *judicial review of legislation*. Alexander Hamilton, nomeado por George Washington como o 1º Secretário de Estado dos Estados Unidos, defende e expõe que a importância da *revisão judicial* para a preservação da democracia estadunidense, sem que isto significasse uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, porquanto o Poder Judiciário garantiria o pacto federativo norte-americano, já que não havia referência expressa na Constituição dos Estados Unidos de que cabia aos juízes ou aos tribunais federais interpretar as leis de acordo com o espírito da Constituição, e este controle judicial apenas colocaria o poder do povo acima dos Poderes Judiciário e Legislativo, sempre que a vontade do Legislativo, expressada através das leis, se opusesse à vontade do próprio povo, já que os juízes deveriam obedecer a esta e não àquela. Essa ideia tomou força e marcou o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, judicial e difuso por excelência, onde o dever de obediência à Constituição encontra fundamento na sua superioridade normativa, porquanto representa a base dos interesses da sociedade, o que impediria uma cisão entre os poderes, que desencoraja uma contaminação cruzada e, portanto, o fornecimento de freios e contrapesos um do outro, daí ressaltando ou desenvolvendo o *check and balance system* idealizado por Montesquieu, em o *Espírito das Leis*, contra o absolutismo do Rei Luis XIV. A *judicial review of legislation* surge num contexto histórico-político dos Federalistas e anti-Federalistas nos Estados Unidos da América, na transição do seu então 2º Presidente John

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, alterou profundamente o sistema de constitucionalidade, acrescentando que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia se dar pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, nos moldes da jurisdição constitucional alemã (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), evitando-se a insegurança jurídica decorrente de diversidade de entendimento nos tribunais (art. 179). Porém, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 retrocede no sistema de controle de constitucionalidade, e, muito embora tivesse preservado o sistema difuso (art. 101, III, "b" e "c") e de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte estabeleceu que para a declaração de inconstitucionalidade, o Presidente da República poderia submetê-la novamente ao Parlamento que, se confirmada por 2/3 em cada uma das Câmaras (Câmara dos Deputados e Conselho Federal), tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal (art. 96, parágrafo único).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 restaura o controle judicial no Direito brasileiro, disciplinando os recursos extraordinários (art. 101, III e art. 200 = reserva de plenário), mantendo também a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 64). A Emenda n. 16, de 26/11/1965, instituiu a representação interventiva e o controle abstrato de normas estaduais e federais. A Constituição da República Federativa, de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, mantiveram o sistema difuso. A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República foi ampliada, abrangendo além dos chamados princípios sensíveis¹⁴ a execução de lei federal (art. 10, VII e VI 1ª parte).

Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se modelo *híbrido* ou misto de controle. [...]

O constituinte manteve o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar essa iniciativa.

[...]

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais

Adans para o 3º Presidente Thomas Jefferson, e a reforma no seu sistema judiciário, que culminou com a nomeação do Juiz de Paz, William Marbury (Federalista e apoiado do Presidente John Adans) para o Distrito de Columbia, e do juiz John Marshall, recente juiz-presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte, como Secretário de Estado. In: URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional / evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2013. pp. 31-36.

¹⁴ Forma republicana, independência e harmonia dos Poderes, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, garantias do Poder Judiciário.

relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado, inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.¹⁵

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, ampliou os mecanismos de proteção judicial e assim também o controle de constitucionalidade das leis. Foi mantida a representação interventiva (aferição da compatibilidade de direito estadual com os princípios sensíveis). Mas a grande mudança surgiu no controle abstrato de normas com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn (art. 102, I, “a” c/c art. 103), e a significativa ampliação da legitimidade na propositura da ação direta. O Procurador Geral da República é apenas mais um dos órgãos ou entes legitimados para a ADIn. Assim, a CF/88 acabou por reduzir o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação da ADIn. Também foi disciplinada a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, “a” 2ª parte e § 4º do art. 103 da CF), inserida no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, e, após, regulamentada pela Lei nº 9.868 de 1999.

Portanto, atualmente, há um sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que não é exercido exclusivamente por um único órgão, como nos Estados unitários e com poder central (no exemplo clássico de França) e até nos Estados regionais com poder menos centralizado (Espanha e Itália), mas por todos os juízes no território nacional, característica dos Estados federados com vários centros de poder autônomos (Alemanha, Áustria, Estados Unidos, México, Rússia) consistindo num modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, que se iniciou difuso, porque conferia incidentalmente, aos juízes e tribunais – *incidenter tantum* – o poder de afastar a aplicação da lei num caso concreto (arts. 97, 102, III, “a” a “d”, e 105, II, “a” e “b” da CF/88), mas cuja decisão surte apenas efeito *inter partes*, portanto subjetivo, ou também conhecido por via de exceção¹⁶. Neste controle sequer há disciplina minudente da questão constitucional, porém nos julgamentos colegiados deve-se observância ao disposto no art. 97 da CF/88 que prevê a cláusula da reserva de plenário, onde somente pelo voto da maioria absoluta dos membros ou dos

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 1111-1112.

¹⁶ Isto porque: “excepciona o interessado (dentre toda a comunidade) do cumprimento da regra.”, já que a decisão sobre a inconstitucionalidade não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tendo o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. p. 60.

membros do respectivo órgão especial, poderão aos tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público¹⁷.

Este modelo difuso coexiste com o modelo concentrado, onde apenas alguns são legitimados junto ao STF para a arguição da inconstitucionalidade de alguma norma, mas que caminha, evidentemente, para uma predominância do sistema concentrado, com efeito *erga omnes*.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar de forma marcante a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

[...] Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se cogitava de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade para o Supremo Tribunal Federal.¹⁸

Mas o controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem no modelo austríaco, que se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da constituição a um único órgão ou a um número limitado deles, em lugar do modelo norte-americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso). No caso brasileiro, a CF/88 prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:

a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação direta de 208/508 inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 1117-1120.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 114-115.

b) no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º).

O ajuizamento de ADIn perante o STF faz instaurar processo objetivo¹⁹, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A ação direta destina-se ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese face o texto constitucional, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a constituição. Mas a crítica que se faz ao modelo concentrado aponta o reduzido número de legitimados para a ADIn, posto que no sistema difuso foram instituídos “filtros” para acesso ao STF, como a repercussão geral e o efeito repetitivo da controvérsia nos recursos extraordinários.

4. O controle de constitucionalidade e a função contra majoritária do Poder Judiciário

A finalidade de um controle de constitucionalidade se dá nos países que possuem uma constituição rígida, onde deva haver um procedimento mais rigoroso que o estipulado para as leis ordinárias, criando-se uma espécie de pirâmide normativa, tendo no ápice a constituição. Assim, para que haja um controle de constitucionalidade, são condições *sine qua non* tanto a existência deste texto constitucional quanto a lesão a determinado direito, sendo que é no modelo adotado pela constituição que todo o ordenamento deve se conformar. Mais ainda, que esta constituição seja rígida, necessitando para sua alteração um procedimento próprio:

Esse dever de compatibilidade vertical com a Carta Magna obedece, porém, dois parâmetros: um formal e outro material.

O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico. A inobservância dessas regras procedimentais gera a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica desse ato normativo.

O parâmetro material refere-se ao conteúdo das normas constitucionais. Assim, o conteúdo de uma norma infraordenada não pode ser antagônico ao de sua matriz constitucional,²⁰

Porém, imagine-se que o Poder Legislativo, observando todo o processo legislativo, aprove uma lei que é frontalmente contrária ao texto constitucional,

¹⁹ Porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial.

²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. p. 56.

ou que afronta uma interpretação do texto já proferida pela Corte Suprema. Sendo certo que o Poder Legislativo representa a vontade do povo, qual posição deverá prevalecer? Por certo não será o próprio parlamento quem vai, aprovada uma lei, retirá-la do ordenamento jurídico posteriormente por ser inconstitucional. O parlamento é um órgão criador do direito, e não interpretador e menos ainda aplicador do mesmo. No Brasil, a CF/88 ainda prevê um dispositivo onde compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 52, X), mas, e se o Senado não faz tal suspensão, sob o argumento de que a lei é sim conforme à constituição? A decisão do STF depende do ato de suspensão do Senado Federal.

Sendo certo que o Poder Legislativo se faz democraticamente pela soma de forças, ou pela maioria com um certo consenso, porém, haveria quase sempre uma minoria que não aprovara o novo texto legal, então, pelo princípio democrático poder-se-ia dizer que haveria um império de uma maioria matemática ou aritmética sempre sobre uma minoria. Mas pode ocorrer que este novo ordenamento infraconstitucional seja então, prejudicial a uma minoria em direitos que lhes sejam reconhecidamente básicos e fundamentais a todos. Como o Poder Judiciário atuaria? Reagiria para manter aquela interpretação ou passaria a aplicar e a ter um novo entendimento a partir do novo ordenamento em face da vontade democrática da maioria?

Os membros dos Poderes Legislativo e Executivo são eleitos, já os do Poder Judiciário não, então, uma decisão do Poder Judiciário que afastasse a aplicação de uma lei, votada e aprovada pela maioria dos membros do parlamento, não seria um ato contrário à vontade popular? Responde-se que sim, caso esta lei esteja de acordo com o texto constitucional, porém a resposta é não se a lei ou parte dela, em qualquer aspecto, contrarie a pactuação maior de um Estado que é a sua constituição. E como os membros do Poder Judiciário não são eleitos, e, sem uma interferência política direta, posto que garantidos em suas funções, os juízes seriam isentos, mas igualmente vinculados ao texto constitucional. Porquanto todos os Poderes devem agir harmonicamente aos valores e princípios consagrados na constituição, ainda que o STF, na função de guardião do texto constitucional e de aplicador da lei e dos direitos e garantias fundamentais, decida de forma contrária ao parlamento, apresentando-se aqui uma faceta do princípio democrático da prevalência da maioria:

A dificuldade contra majoritária é superada em dois argumentos: a concessão constitucional expressa ao Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis e o dever que lhe foi imposto de zelar pelos direitos e garantias fundamentais.

O primeiro se refere ao fato de ter a própria Carta Maior concedido ao Poder Judiciário a missão de apreciar os conflitos e julgar de acordo com a Constituição, tendo o poder de controlar efetivamente a constitucionalidade da produção

legislativa a ponto de afastar lei inconstitucional, deixando de aplicá-la.

O segundo parte da premissa de que democracia não se resume ao princípio majoritário. A Constituição confere ao Poder Judiciário o papel de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Apesar de aparentar ousada, mostra-se coerente a concepção de que nesse rol de proteção estariam incluídos os princípios constitucionais implícitos, a fim de englobar direitos inerentes ao homem, em uma visão jusnaturalista dos direitos fundamentais.²¹

Uma maioria não justifica um atentado a direitos que foram minimamente assegurados no texto constitucional, e que devam ser observados pelo Estado, sob pena de uma justa intervenção do Poder Judiciário para a busca da harmonia entre os poderes. O Poder Judiciário não está legislando, mas ao contrário, está a impedir que leis que violem o texto constitucional, retirando-as do ordenamento jurídico, funcionando, portanto, como se convencionou chamar de um “legislador negativo”. Enfim, em se tratando de direitos fundamentais, o Poder Judiciário deverá assegurar sua observação e cumprimento, seja diante de um posicionamento majoritário ou mesmo minoritário, para o cumprimento dos princípios republicanos e democráticos.

4.1. O Supremo Tribunal Federal e sua função institucional

O Supremo Tribunal de Justiça foi criado por D. Pedro, em janeiro de 1829, instituído através da Lei de 18-9-1828²², composto por 17 juízes letrados, com competência para julgar os conflitos de jurisdição, dentre outras causas (art. 5º). A partir da proclamação da República (em 15 de novembro de 1889), a denominação de “Supremo Tribunal Federal” adveio da Constituição Provisória publicada com o Decreto n. 510²³, de 22 de junho de 1890 (art. 54), quando ele era composto por quinze (15) juízes nomeados pelo Presidente da República, dentre os 30 juízes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado (art. 55). A Constituição de 1891 instituiu o controle difuso da constitucionalidade das leis (art. 59, III, § 1º, “b”).

²¹ FARIA, Érika Gomes de. Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal. Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. In: *Revista de artigos científicos de alunos da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* – EMERJ, 1º semestre 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/erikagomesfaria.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015. pp. 8-9.

²² Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html>. Acesso em: 24 mar. 2015.

²³ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-510-22-junho-1890-507621-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

Ao Supremo Tribunal Federal (STF) compete, precipuamente, a guarda da CF/88 (art. 102, *caput*), obviamente observada a disposição do citado art. 52, X, da CF/88 para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal. Desempenha o STF, de modo concentrado e, *ipso facto*, privativo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da constituição, nas hipóteses em que cabível. Analogamente a uma Corte Constitucional do sistema europeu, é atribuição do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei 209/508 ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal (art. 102, I, *a*)²⁴.

O sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. Assim, a Constituição prevê a possibilidade da instituição de uma *representação* de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da constituição estadual (art. 125, § 2º). Embora não haja referência expressa no texto constitucional, é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça. Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal.

Pelo estudo das Cortes Constitucionais, através da obra de Louis Favoreu, dentre os diversos países europeus e americanos, no sistema da *civil law*, a natureza do controle de constitucionalidade se dá de forma difusa, concentrada e mista, com predominância do sistema concentrado, de forma mista (preventiva e repressiva):

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

[...] Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.²⁵

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: 2012.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1083.

Pelo modelo clássico europeu, o STF não pode ser chamado de uma Corte Constitucional já que faz parte do Poder Judiciário, seus membros são indicados exclusivamente pelo chefe do Poder Executivo posteriormente a uma sabatina pelo Senado Federal, e, além de apreciar casos concretos e abstratos em seu controle de constitucionalidade, possui uma competência para assuntos que não são exclusivamente constitucionais, haja vista a função de seus membros junto ao TSE ou CNJ. Porém, não é a designação de uma Corte como constitucional que traduz sua real função, encontre-se esta denominada de Conselho, Tribunal ou Corte Suprema, o que importa é a sua real atribuição, ou seja, conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, estando situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos²⁶.

O modelo europeu de justiça constitucional, desenvolvido a partir dos fundamentos fornecidos por Kelsen²⁷, funda-se no controle de constitucionalidade concentrado preventivo e repressivo (ou *a priori* e *a posteriori*), onde uma Corte Constitucional somente aprecia o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Neste modelo, o STF não poderia ser classificado como uma Corte originalmente constitucional.

No modelo estadunidense não há o controle concentrado, mas ainda assim nosso STF poderia ser chamado de Corte Superior porque igualmente pratica o controle difuso, mesmo diferindo na forma de escolha dos membros e na duração de seus mandatos.

A característica brasileira é de um sistema híbrido²⁸ (concentrado e difuso) de controle judicial de constitucionalidade, apontando para uma evolução da própria forma como se dá a jurisdição constitucional pelo STF, cada vez mais como garantidor dos direitos estabelecidos na CF/88 e de tantos outros tratados ou convenções comunitariamente pelo Brasil. É exatamente este sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que temos que desenvolver, porque se observa que nosso sistema sofreu incrível mudança, caminhando do difuso para a coexistência com o concentrado e, por fim, um forte avanço do sistema concentrado. Mas ocorre que em países como o México, Costa Rica, Guatemala, Bolívia e Colômbia, os cidadãos podem lançar mão de uma ação de amparo para a defesa de seus direitos direta ou originariamente junto às suas Cortes Superiores ou Constitucionais, o que ainda não é possível entre nós.

²⁶ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 15.

²⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. pp. 150-186.

²⁸ "Trata-se, assim de um sistema diferenciado e complexo, com peculiaridades próprias, formando um terceiro modelo com natureza político-institucional autônoma.". In: ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 21 mar. 2015. p. 2.

5. O Tribunal Constitucional como uma nova função no Estado

Superando então a divisão tripartite do Poder, de Montesquieu, e até mesmo a ideia de Benjamin Constant, com a introdução de um Poder Moderador no Brasil, na Carta Imperial de 1824, quando se analisa a evolução dos Estados, constata-se que houve realmente a superação do modelo tradicional de tripartição do poder, até porque observar e cumprir o texto constitucional é papel de todos e quaisquer poderes da organização de qualquer Estado de Direito, mas quem fiscaliza ou faz cumprir tal ordenamento máximo?

O desenvolvimento do conceito de “constituição” como lei fundamental pelo seu próprio conteúdo, reflete e afirma a natureza dos direitos da pessoa humana, norma esta intangível e a ser cumprida pelas autoridades e poderes constituídos, estes submissos ao texto que não se altera, ao menos por lei ordinária:

Giucano um ruolo favorevole in questa direzione alcuni elementi teorici fondamentali già acquisiti dai capi intellettuali del movimento di indipendenza nordamericano - che manca, invece, nella cultura europea del medesimo periodo storico - quali la matrice giusnaturalista della Costituzione e il principio (debitore, invero, dell'elaborazione di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu) della separazione dei poteri statuali: la prima, infatti, concorre all'elaborazione del concetto di costituzione quale legge fondamentale in considerazione del suo contenuto, che recepisce i diritti di natura della persona umana sancendo la loro intangibilità e incomprimibilità ad opera dei pubblici poteri, ivi compresa l'attività del legislatore; il secondo determina, invece, il riconoscimento della differenza che corre tra potere costituente, capace di dar vita a una costituzione, e potere costituito, nell'ambito del quale è possibile collocare sia il potere giudiziario, sia quello esecutivo, ma anche quello legislativo, sottomesso al pari degli altri al potere costituente, e quindi non in grado di apportare modifiche alla costituzione vigente, almeno attraverso la legge ordinaria.²⁹

No entanto, e a respeito da construção da divisão tripartite do poder, um parêntese histórico se faz necessário porque a função judicante foi concebida por Montesquieu como um poder nulo, porque os juízes deveriam decidir tal como a lei previu, o julgamento era uma subsunção do texto legal, daí a expressão *juiz bouche de la loi* [boca da lei], com receio de que este poderia servir ao governante, assim, somente o legislativo poderia criar o direito, e o executivo as executava. O receio do arbítrio da toga criou este dogma, a partir dos ideais da Revolução Francesa e do Iluminismo, inspirando uma metodologia positivista, na chamada Escola da Exegese. Contudo o direito é vivo já que a sociedade não é

²⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 2.

estática, e o dogma de que o direito se restringia ao produto do legislativo não sobreviveu ao movimento social chamado de constitucionalismo³⁰, onde nas constituições eram estabelecidas normas estruturantes do ordenamento jurídico de um Estado e também direitos fundamentais aos seus cidadãos, às quais os próprios poderes constituídos bem como todo o ordenamento jurídico deveriam se submeter e se conformar.

A discussão sobre o constitucionalismo hodierno é inafastável, ainda mais no Brasil e sua Constituição Federal de 1988, onde tantos dispositivos sequer foram efetivados, daí também a importância de uma jurisdição constitucional como forma de implementação destas políticas sociais porque:

As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas de modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas.³¹

Mas superação daquela tripartição dos poderes já foi muito bem demonstrada, sob o ponto de vista das diversas funções do Estado, onde no Reino Unido criou-se o Gabinete ou Conselho de Ministros que auxiliavam a Coroa exercendo uma função de governo (tretrapartição); ou quando a função administrativa é cindida entre Administração, Governo e chefia de Estado, cada qual com suas atribuições (pentapartição); ou quando além destas, uma função que pudesse dar supremacia às disposições do texto constitucional de um Estado, quando um Tribunal ou Corte Constitucional ficasse incumbido de tal função tanto para a defesa das funções e da estrutura do próprio estado, bem como da proteção daqueles direitos fundamentais (hexapartição), ou seja, do constitucionalismo³².

A partir de um modelo de separação dos poderes também distinto daquela tripartição tradicional, porém aceitando que outros possam existir diferentes da concepção de um *parlamentarismo limitado* desenvolvida por

³⁰ A partir da 2ª Guerra Mundial, as constituições européias passaram a estabelecer um programa político, ideológico, econômico, jurídico e eminentemente social para o futuro, o que até foi designado de o Estado Providência – *welfare state*, mas o fato importante é que seus textos passaram a impor, portanto com força normativa, que os poderes deviam-lhe observância e cumprimento, limitando mas vinculando a atuação dos detentores destes poderes, onde Lenio Streck constata que: “Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 32-33.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 18.

³² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. pp. 69-121.

Bruce Ackerman³³, onde uma câmara democraticamente eleita e legitimada seria a responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária, onde este poder é freado e equilibrado por aqueles elementos básicos da separação dos poderes, por um Senado Federal subordinado, porém cabendo a uma Corte Constitucional a implementação das decisões prévias populares advindas daquela câmara³⁴. Portanto, constata-se que um Tribunal ou Corte constitucional, ou ainda a própria jurisdição constitucional (*judicial review of legislation* ou a *Verfassungsgerichtsbarkeit*) se trataria, de forma quase unânime, como um novo elemento nesta divisão clássica dos poderes ou funções do Estado.

Na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, Kelsen expôs a necessidade e a importância da garantia jurisdicional da constituição, a partir da experiência da Constituição Federal austríaca de 1920, que criou a Suprema Corte Constitucional em seu país, distinguindo-a de um tribunal ordinário, como um órgão diverso daqueles do Poder Judiciário, e desde então não houve críticas sérias a tal sistema. Naquela sessão ele defendeu a necessidade de um órgão outro que não o próprio Poder Legislativo que produzira um ato irregular para a sua anulação, já que o Parlamento é um órgão criador de direito – um “legislador positivo”:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarrego da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.³⁵

Até porque Kelsen já tinha como certo que uma constituição em que faltasse uma garantia de anulação de atos inconstitucionais não seria plenamente obrigatória, porquanto se um ato ou norma jurídica não se submetesse a ela³⁶. Assim, a exata noção de Corte Constitucional é: “uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.”³⁷.

³³ O autor propôs a criação de um parlamentarismo limitado nos EUA, onde a peça central deste seu modelo seria uma câmara democraticamente eleita responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2. tiragem. Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR. Editora Lumen Juris: 2013. p. 113.

³⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 150.

³⁶ *Op. cit.* p. 179.

³⁷ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 15.

Então, um tribunal ou corte constitucional teria a função única de interpretar e dar o significado do texto constitucional, porquanto é seu o poder interpretativo da constituição, e, somente a sua interpretação é a correta, todas as demais são inconstitucionais, então, a jurisdição constitucional será a responsável por decidir um eventual conflito (positivo ou negativo) entre aqueles tradicionais 3 Poderes que compõem o Estado, não pertencendo realmente ao Poder Judiciário porque está além dele, sendo assim, é inegável que está a exercer uma nova função ou poder, que visa assegurar a integridade do Estado com base no seu próprio texto constitucional, garantindo a plenitude da democracia e da vontade política expressada no texto da constituição. Até porque o povo, indireta mas democraticamente, elege somente os membros do Poder Legislativo e os chefes do Poder Executivo, ficando o Poder Judiciário, pelo menos nas instâncias inferiores, livre do viés político da escolha de seus membros, o que o deixa hermeticamente neutro, porém, vinculado ao ordenamento jurídico e aos limites impostos pela lei porque também é um Poder popular.

Assim, a Justiça Constitucional funciona exatamente como um elemento democrático do Poder do Estado, subordinando todos os demais poderes a ela como um valor e como uma forma de sujeição dos atos normativos à vontade parlamentar, portanto, o Tribunal ou Corte Constitucional tem um papel importante no sistema político porquanto implementa o texto constitucional, como quando estabelece direitos fundamentais e seu cumprimento pelas autoridades públicas:

La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della stefa politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un "valore costituzionale comune e come un correttivo dela forma di governo parlamentare.

Il ruolo del Giudice costituzionale nel sistema politico-istituzionale viene a dipendere da tuta una serie di fattori e di elementi tra di loro strettamente connessi e quindi interferenti, quali innanzi tutto lo specifico quadro normativo dettato attraverso le scelte del Costituente e la loro attuazione da parte del legislatore costituzionale ed ordinario, il modo come il modello astrattamente delineato viene in pratica a ricevere attuazione attraverso i comportamenti della Corte, i rapporti da questa istaurati con gli altri soggetti istituzionali (in particolare Parlamento, autorità giudiziaria e Presidente della Republica) e le ragioni agli stessi da parte di questi ultimi, nonché infine i caratteri di maggiore o minore omogeneità, compattezza o

stabilità di volta in volta assunti dal sistema in cui la Corte si trova ad operare.³⁸

Kelsen estava convicto que o controle da constitucionalidade para a guarda e proteção da constituição se daria por outro órgão que não o próprio legislador. Mas ele também compreendia que, diante da diversidade de constituições possíveis, não haveria uma solução uniforme para todas, mas tinha como certo que a organização da jurisdição constitucional deveria se adaptar às particularidades de cada uma delas³⁹.

A garantia dos direitos e dos limites dos poderes públicos (Parlamento, autoridade Judiciária e presidente da República) é o fundamento da legitimidade das atividades interpretativas da Justiça Constitucional, como um valor constitucional e como um corretivo da forma parlamentar e administrativa de governo, atuando, de fato, como um "legislador negativo" porquanto retira uma norma ou ato do arcabouço jurídico, na proteção de direitos fundamentais, da ordem e dos princípios constitucionais. Mas relembremo-nos aqui (subtítulo 3.1) a função contra majoritária do STF e do Poder Judiciário como um todo, na defesa e proteção de minorias, em se tratando de direitos sociais, o que um Chefe de Estado poderia olvidar, mormente quando estes são opositores ao seu governo.

E a evolução dos tempos caminhou a passos largos para o estabelecimento de direitos constitucionais extra nações ou internacionalmente comuns, a partir dos diplomas supraestatais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948⁴⁰), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950⁴¹), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969⁴²), o conhecido Pacto de São José da Costa Rica e o estabelecimento dos respectivos tribunais para estes diplomas, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José), naquilo que podemos definir como uma globalização da jurisdição constitucional, já que eventos distantes podem produzir efeitos sobre a proteção do patrimônio constitucional local e vice-versa, assim, a disciplina local (ou sua ausência) sobre bens constitucionais produz conseqüências em outros lugares para além da fronteira de alcance, validade e eficácia da constituição daquela sociedade.

³⁸ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. pp. 317-318.

³⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 153.

⁴⁰ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

⁴¹ Convencionada pelos membros do Conselho da Europa em Roma, em 4/11/1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

⁴² Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969 - ratificada pelo Brasil com o depósito da carta de adesão à convenção em 25/09/1992, promulgada pelo Decreto n. 678, de 9/11/1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 4 abr. 2015.

Então, e se a jurisdição constitucional iniciou com a proteção da sociedade, pelo Estado, daqueles direitos que lhe são mais fundamentais e da sua própria estrutura e forma de organização estatal, ela evoluiu para uma proteção além-fronteira, inicialmente dentro de seus continentes mas a partir da formação de blocos político-econômicos, agora parece que a jurisdição constitucional caminhará para uma consciência global da necessidade da proteção destes direitos humanos, inegavelmente fundamentais, para a consolidação da democracia nestes Estados, seus continentes e no mundo todo.

6. Considerações finais

Acredita-se ter ficado demonstrado que nossa atual divisão tripartite desde muito não consegue resolver as questões de conflitos entre os Poderes nem a quem incumbe, realmente, dizer o direito em caso de violação a direito fundamental ou ao próprio texto constitucional.

Com a evolução de nosso sistema de controle de constitucionalidade, fez-se clara a opção do legislador pela manutenção do sistema difuso, mas com grande prevalência do sistema concentrado, diante do que ficou demonstrada a função contra majoritária do Poder Judiciário na defesa do Estado Democrático de Direito, dos princípios sensíveis e daqueles direitos fundamentais aos seus cidadãos. Onde também ficou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal extravasa sua função inicialmente concebida, exercendo funções que vão além da interpretação e aplicação do texto constitucional, fugindo da concepção de um Tribunal ou Corte constitucional tal como desenvolvida por Hans Kelsen.

Sendo assim, um Tribunal ou Corte Constitucional funcionaria como uma nova função ou Poder no Estado, legitimado pela constituição, sendo seu efetivo guardião, garantindo a independência e a harmonia entre os demais poderes, superando a tripartição do Poder por uma divisão quadripartite, garantindo a supremacia do texto constitucional sobre os demais poderes e sobre todas as demais normas que, então, a ele deveriam conformar-se formal e materialmente. Até porque, observar e cumprir o texto constitucional é papel de todos e quaisquer poderes da organização de qualquer Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2. tiragem. Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR. Editora Lumen Juris: 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002. 950 p.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. In: *Novos Estudos Jurídicos NEJ*, vol. 13, n. 1, pp. 43-54, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1226/1029>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FARIA, Érika Gomes de. Ativismo Judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal. Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. In: *Revista de artigos científicos de alunos da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, 1º semestre 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/erikagomesfaria.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KIMMINICH, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*. Tradução: Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. In: *Revista Informe Legislativo*, ano 27, n. 105, jan./mar. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175832/000452796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 100 p. 189-200 jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ *et al. Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95,

dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 21 mar. 2015.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 396 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional / evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

*Artigo recebido em 04 de abril de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.05



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção

*Tassyla Queiroga Sousa e Silva**

Resumo: O tema do presente trabalho se baseia nos benefícios do mandado de injunção como instrumento constitucional apto a efetivar os direitos fundamentais básicos, bem como a sua compatibilidade com o princípio da Separação dos Poderes. Tal previsão processual foi implantada na Constituição Federal de 1988, e trouxe uma solução judicial para as omissões inconstitucionais em casos concretos, através da possibilidade de regulamentação supletiva para os casos de inércia do órgão responsável. São abordadas diferentes teorias que classificam a extensão dos seus efeitos, sendo necessário estabelecer em definitivo quem são os interessados e os atingidos por essa ação constitucional. Aborda-se precipuamente a divisão clássica adotada por Alexandre de Moraes, que distingue a evolução do mandado de injunção a partir das teorias não concretista, concretista geral e concretista individual. Essa divisão varia de acordo com os efeitos emanados, que podem ser meramente declaratórios ou mandamentais, e que podem alcançar apenas as partes interessadas no processo ou irradiar efeitos de lei. Devido à possibilidade de o Judiciário analisar a compatibilidade e a coerência hierárquica de todos os textos normativos, e aplicar decisões de competência originária dos outros Poderes, discute-se a influência do Judiciário junto às outras esferas de Poder. Também são verificados os limites e os parâmetros que legitimam essa intervenção, com vistas a garantir a aplicação jurisdicional das normas no controle difuso de maneira subsidiária, ao mesmo tempo em que se mantenham respeitados os princípios constitucionais que definem a Separação dos Poderes..

Palavras-chave: *Mandado de injunção; Efeitos emanados; Separação dos Poderes.*

Abstract: The main purpose of this study is to analyse the benefits of the writ of injunction as a constitutional instrument, able to provide the basic fundamental rights, as well as its compatibility with the principle of Separation of Powers. This procedural action was described at first in the Constitution of Brazil of 1988, and brought up a judicial solution to the problem of unconstitutionality by omission, through the possibility of an additional rule to be used by the Judiciary in the cases in which the responsible for acting does not act effectively. Different theories are analysed in order to classify the extent of its effects, establishing who are the real interested and the concretely affected by this constitutional action. The classical division of Alexandre de Moraes is used, and the evolution of the writ of injunction is classified from his theories, including the non-concretist, general concretist and individual concretist theory. This division changes depending on how the external effects are propagated, as they can be merely declaratory or mandatory, and can reach only the interested parts or spread its effects like a typical rule. Due to the possibility of the Judiciary analyses the compatibility and the hierarchy in all the normative texts, and apply decisions whose jurisdiction was originally different, its influence is controversial and keeps being discussed. The boundaries of this intervention are also verified, in order to provide a legal and subsidiary implementation of rules in the specific cases by the Judiciary, respecting the constitutional limits of the principle of Separation of Powers.

Keywords: *Writ of injunction; Extent of the effects; Separation of Powers*

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Graduada pelo Centro Universitário de João Pessoa. Advogada.

1. Considerações iniciais

Em uma época de fortalecimento do constitucionalismo e após o advento do Estado Social de Direito, o poder público passou a ser responsável pelo bem-estar da população e pela efetivação dos objetivos sociais previstos no texto constitucional¹. Assim, passou a perseguir a plena e máxima aplicabilidade da ordem jurídica, através de mecanismos de realização dos preceitos legais estabelecidos.

Dentro do rol de ações constitucionais previstas para garantir esses direitos estão incluídas as ações que combatem a inconstitucionalidade por omissão, como a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Trata-se de instrumentos capazes de obrigar os demais Poderes a cumprir sua função legislativa, notadamente nas normas constitucionais que não são auto-executáveis e que dependem, portanto, de regulamentação infraconstitucional.

O tema da inconstitucionalidade por omissão é consequência do fortalecimento do Estado Constitucional de Direito, e veio estabelecer os direitos sociais como objetivos supremos a serem buscados pelo Poder Público. Defende a ideia de que não basta ao cidadão ter o seu direito assegurado por uma disposição expressa, sendo necessária a garantia de sua efetivação através de ações que concretizem os direitos estabelecidos em normas constitucionais, sejam elas de aplicabilidade imediata ou de eficácia programática.

Surge, assim, o vínculo indissolúvel que obriga o Estado a obedecer as diretrizes, regras e princípios previstos na Constituição². O Poder Público passa a ser responsável por esgotar todo o potencial oferecido pelas normas constitucionais, seja através do cumprimento integral das leis de eficácia plena ou da complementação infraconstitucional das normas de eficácia limitada.

No plano do controle de constitucionalidade difuso, o remédio constitucional denominado mandado de injunção foi considerado uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de coibir as omissões do Poder Legislativo no âmbito das normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, sempre que houver uma norma necessitando de um complemento infraconstitucional, e após o decurso de um lapso temporal razoável para sua regulamentação, a Constituição prevê a possibilidade de complementação dessa norma por parte do Poder Judiciário no controle difuso, a fim de garantir a tutela dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, discute-se a influência do Judiciário junto às outras esferas de Poder e a sua obediência ao Princípio da Separação dos Poderes, partindo-se de um estudo histórico sobre a teoria de Montesquieu e a sua evolução dentro do Estado Constitucional. São definidos também os parâmetros e limites a essa intervenção, no intuito de fomentar a aplicação jurisdicional das

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 28.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 36.

normas ao caso concreto, ao passo em que se mantenham respeitados os preceitos constitucionais que definem o princípio da Separação dos Poderes.

Observa-se que esta controvérsia se justifica devido à possibilidade de o Judiciário analisar a compatibilidade e a coerência hierárquica de todos os textos normativos, e aplicar decisões de competência originária dos outros Poderes, caso estes se isentem da obrigação de criar leis ou atos infraconstitucionais necessários à efetivação dos preceitos constitucionais.

Com efeito, a possibilidade de concretização judicial das normas constitucionais de eficácia limitada em sede de controle difuso demonstra a preocupação do legislador constituinte em evitar omissões inconstitucionais, bem como assegurar a efetivação e máxima aplicabilidade das normas constitucionais. Através da reciprocidade e controle das atividades entre os poderes públicos, o Judiciário se mostra competente para cumprir tal função, no intuito de beneficiar as partes interessadas no processo.

A previsão constitucional dispõe sobre a possibilidade de incidência do mandado de injunção sempre que estiver prejudicado o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas que abranjam a nacionalidade, a soberania e a cidadania, não importando a sua posição hierárquica, desde que presente no texto da Constituição como norma de eficácia limitada. Não há motivo para que se restrinjam os termos que prevêm a matéria, tendo em vista que a razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e prerrogativas do artigo 5º subsiste para todos os outros direitos e garantias fundamentais, desde que seu exercício esteja inviabilizado pela omissão legislativa.

Atualmente, há uma nova hipótese de omissão para os casos em que a omissão ocorreu devido ao defasamento da norma existente por superveniência de fato novo que necessita de um aperfeiçoamento da lei. Nesses casos, a omissão se justifica pela ausência de readaptação ou aprimoramento da medida já existente, que dificulte ou impeça a máxima efetividade na aplicação dos direitos fundamentais..

2. Efeitos do mandado de injunção

Ao se constatar a existência de normas constitucionais cuja eficácia é limitada à regulamentação posterior, surge para o Estado a obrigatoriedade de complementar essas limitações através de regras infraconstitucionais, sob pena de que sua não atuação resulte em inconstitucionalidade por omissão. O intuito é evitar que a inércia do legislador responsável impossibilite a aplicação da norma e conduza ao esvaziamento do preceito constitucional.

Neste sentido, em sede de controle difuso, o caráter de apreciação da norma ocorre por via de exceção, e possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Ainda que o artigo 52, X, da Constituição preveja que a extensão dos efeitos às demais

peças depende da determinação do Senado Federal, há crescente controvérsia quanto a esse mecanismo de efeitos, existindo parte da doutrina que defende a possibilidade de mutação constitucional para delegar ao Senado somente a declaração de ampliação dos efeitos já garantidos pelo controle jurisdicional.

Verifica-se, portanto, que os efeitos da decisão constituem o ponto mais polêmico do procedimento acerca do mandado de injunção, motivo pelo qual houveram reiteradas mudanças no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre qual a intenção do legislador constituinte a respeito de como o instrumento deveria ser aplicado e quais pessoas deveriam ser atingidas. Tais efeitos emanados pelo *writ* podem ser utilizados de maneira abstrata, com vistas a regularizar o ordenamento jurídico através da imposição à autoridade legislativa, para que edite a norma regulamentadora necessária, ou de maneira difusa e específica, com a pretensão de garantir o exercício imediato do direito tolhido às partes que necessitam da regulamentação para obter a tutela jurisdicional.

Existem várias teorias que buscam identificar as especificidades e efeitos do mandado de injunção a partir dos seus fenômenos processuais, com vistas a analisar os seus efeitos e a sua aplicação. Na classificação proposta por Regina Quaresma, o instituto é dividido pela teoria da subsidiariedade, teoria da independência jurisdicional e teoria da resolutividade³.

Segundo a teoria da subsidiariedade, o julgador deve se ater a declarar a mora legislativa do mesmo modo que ocorre com a inconstitucionalidade por omissão, mas diferindo da ação do controle concentrado no que se refere à legitimidade para a causa. Já a teoria da independência atribui um caráter constitutivo *erga omnes* às decisões prolatadas, proporcionando ao Judiciário a edição de uma norma que ultrapassa o caso concreto e atribui efeitos gerais a todos os interessados, ainda que não tenham impetrado ação judicial. As críticas atribuídas a essa corrente se justificam devido à função legislativa que é atribuída atipicamente ao Judiciário, indo de encontro ao princípio da Separação dos Poderes.

Por fim, a teoria da resolutividade defende que cabe ao juiz solucionar o problema das partes no caso concreto ao mesmo tempo em que respeita e não ultrapassa os limites da função legislativa. Atua regulamentando a norma faltante com efeito *inter partes*, e se caracteriza como uma ação incidental de controle de constitucionalidade. Nesse caso, o processo foi impetrado em virtude de uma lide cuja prestação jurisdicional foi obstaculizada devido à ausência de complementação da norma de eficácia limitada, e fica a cargo do juiz a supressão dessa lacuna.

³ QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 60.

Não obstante, a doutrina adotada com caráter majoritário, segue o modelo sistematizado adotado por Alexandre de Moraes⁴. Nessa classificação, os efeitos se dividem em duas teorias clássicas: a teoria não concretista e a teoria concretista; sendo que a segunda se subdivide em teoria concretista geral e teoria concretista individual.

A teoria não concretista foi a primeira a ser adotada pela Suprema Corte e prevê que o Poder Judiciário deverá analisar o caso concreto e, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, dar ciência à autoridade competente para que adote as medidas necessárias sobre a regulamentação legislativa. Com a adoção dessa teoria, os efeitos emanados pelo mandado de injunção se equiparavam aos que são próprios da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e limita a esfera do juiz à simples comunicação da irregularidade ao órgão, através de uma decisão judicial com efeitos meramente declaratórios⁵.

Os defensores desse posicionamento não concretista entendem que o Judiciário não possui legitimidade para implementar a norma constitucional, devendo se limitar às prerrogativas da ação de inconstitucionalidade por omissão, sob pena de invadir os limites estabelecidos pelo princípio da Separação dos Poderes e confrontar os demais fundamentos democráticos do Estado de Direito.

Neste sentido, o mandado de injunção não se destinaria a criar uma norma complementar, uma vez que o Poder Judiciário não possuiria a legitimidade necessária para substituir o órgão responsável a cumprir suas funções legislativas. Essa tese foi adotada a partir do MI 107, que estreou os estudos sobre as definições e efeitos inerentes à ação⁶. Nesse momento, houve uma mitigação dos efeitos a serem conferidos ao mandado de injunção, reduzindo-o a um caráter meramente declaratório, onde a Suprema Corte começou a equiparar os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo ambos exclusivamente legitimados a notificar a autoridade competente acerca da sua inércia legislativa.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 315. O autor, ao defender a não-intervenção judicial, declara: "O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a "separação dos poderes", não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os "princípios fundamentais" da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição. [...] Concluímos, pois, que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão."

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107/DF de 1990... Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df-stf>, acesso em 06 de setembro de 2014. O Ministro Moreira Alves relatou que: "o mandado de injunção visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade da omissão estatal, caso esteja caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade."

Além da notificação prevista, essa teoria também considera a possibilidade de sobrestamento dos processos relacionados, que dependam de regulamentação para se tornarem eficazes e que possam prejudicar a parte impetrante da ação. Tal postura do Judiciário acabou por obstaculizar a eficácia do remédio constitucional, e inviabilizar suas vias de concretização dos direitos fundamentais.

As muitas críticas que pairam sobre esse posicionamento se baseiam em dois argumentos principais: primeiramente, na incongruência de que a Constituição tenha previsto duas ações distintas para conseguir os mesmos resultados práticos; e ainda, na inefetividade prática para o cidadão prejudicado, da simples declaração de morosidade à autoridade competente, que não é suficiente para solucionar o problema interposto no caso concreto.

Na tentativa de aprimorar essas decisões, houve uma segunda fase dessa teoria não concretista, onde o STF começou a estabelecer prazos para a fixação da lei omissa, sob pena de o impetrante receber uma compensação pela inércia em sentença condenatória movida através de ação de reparação na justiça competente. Tal entendimento foi usado pela primeira vez no MI 283, onde foi estipulado um prazo de 45 dias para o Poder Legislativo, e mais 15 dias para a devida sanção presidencial, sob pena de se arbitrarem perdas e danos ao prejudicado através da via processual adequada. Já no MI 284, que versava sobre a mesma matéria, e devido à permanente inércia legislativa, a Suprema Corte admitiu, de pronto, a possibilidade de reparação econômica pelo impetrante prejudicado pela ausência da norma.

Essas decisões começaram a demonstrar uma evolução natural do STF em responder aos anseios da sociedade, através de um remédio constitucional defensor dos direitos fundamentais, e cujo conteúdo não pode ser esvaziado por uma má interpretação dos seus efeitos. Conforme Gilmar Mendes, a jurisprudência do STF atribuía os mesmos efeitos a ambos os processos de controle de omissão inconstitucional, motivo pelo qual as decisões proferidas em sede de mandado de injunção possuíam eficácia *erga omnes*⁷. No entanto, diferentemente dos efeitos conferidos à ADI por omissão, que possuíam um caráter político de repressão à omissão pública, os efeitos atribuídos ao instituto no controle difuso eram inócuos e ineficazes, tendo em vista que não prestavam a tutela jurisdicional requerida pelos cidadãos.

A partir de 2006, o Supremo Tribunal Federal começou a rever o seu entendimento, com vistas a dar maior efetividade ao mandado de injunção, e assumiu de vez a posição concretista com a decisão do MI 721-7, no qual o Ministro Marco Aurélio defendeu uma maior atuação judicial⁸. Esse voto foi o

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*. Lisboa: Coimbra Editora, 2006. p. 214.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991...* O Ministro defende uma maior atuação judicial e dispõe que: "É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. (...) Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder

precursor na mudança de entendimento que norteou o STF, e desde 25.10.2007 a Corte vem adotando a teoria concretista. Assim, ao verificarem-se os requisitos necessários ao atendimento do mandado de injunção, a decisão judicial passou a aplicar os preceitos aditivos capazes de preencher a lacuna normativa e concretizar o direito tutelado pelo impetrante da ação.

De acordo com Flávia Piovesan, essa é a teoria mais acertada, uma vez que o objetivo precípuo desse remédio constitucional é a concretização do direito subjetivo do cidadão, e não a defesa do ordenamento jurídico de maneira geral, o qual poderá ser regularizado através do controle concentrado de constitucionalidade, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁹.

Essa evolução interpretativa ocorreu a partir do julgamento das ações que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, com ênfase nos *leading cases* 670, 708 e 712, cuja regulamentação definiu os limites de atuação e ultrapassou os interesses em causa. Foi adotada a teoria concretista geral, onde a Suprema Corte estabeleceu que as decisões judiciais que versavam sobre o caso em tela iriam ser parâmetro para todos os casos análogos, atribuindo efeito *erga omnes* ao julgamento dos casos futuros que versassem sobre o mesmo tema¹⁰.

Neste sentido, o STF defende uma normatividade geral, que ultrapassa as fronteiras do autor da ação e alcança qualquer interessado que esteja em situação equivalente. Defensores da teoria concretista geral defendem os princípios da isonomia e da celeridade como fundamentos de uma decisão com efeitos *erga omnes*, e afirmam que não há conflito com o Princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista o caráter subsidiário e transitório da decisão judicial, que deve estar fulcrada nos ditames constitucionais¹¹.

Para alguns doutrinadores, como Elival da Silva Ramos, a decisão com efeito *erga omnes* atribui à Suprema Corte demasiado poder sobre o ordenamento jurídico¹², e Levi Amaral Júnior chega a afirmar que tais decisões

incumbido de regulamentar o direito, mas na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador."

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 157. Segundo a autora: "Em face de um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela ausência de norma regulamentadora, caberá ao titular deste direito, pela via do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora da omissão, para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional."

¹⁰ Em sede do MI 721-7, o Ministro Eros Grau entende que a criação de texto normativo pelo Judiciário visa beneficiar todos os casos análogos: "A atividade normativa é dotada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos."

¹¹ SOUZA, Luciana Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: RT, 2004. p. 117. A autora defende a seguinte teoria e declara: "A concepção defendida pela terceira corrente para o mandado de injunção [...] não viola de forma alguma nenhum dos três aspectos apontados pela doutrina como essenciais à independência entre os poderes. Ademais, é preciso sublinhar que não há que falar em legislação propriamente dita ao proceder o Judiciário à regulamentação provisória de direitos constitucionais, eis que a fonte deles é a própria Constituição."

¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303.

são similares às medidas provisórias, só que adaptadas ao Poder Judiciário¹³. Apesar de tratar de uma tentativa do Tribunal de conferir celeridade e economia processual ao *mandamus*, evitando o desnecessário julgamento de questões repetitivas, essa função acaba por seguir a linha da propalada abstratização dos processos do controle difuso e ultrapassa o objetivo precípuo do instituto, que é a viabilização do direito para o caso concreto.

Por outro lado, a teoria concretista individual assegura ao Judiciário a possibilidade de criar a norma que regulamenta a omissão legislativa, mas condiciona os efeitos emanados da decisão apenas às partes integrantes do processo analisado. O exercício do direito conferido se viabiliza de maneira estrita e específica aos integrantes do caso, através do efeito *inter partes*¹⁴.

Esta teoria está subdividida em teoria concretista individual direta e teoria concretista individual intermediária. A primeira defende que, julgado o caso, o Judiciário poderá implementar o texto constitucional de maneira imediata, fixando as condições regulamentadoras que preencham a omissão, e sendo consequência automática do provimento do pedido. Já para a segunda teoria, após julgado o mandado de injunção, é necessário que o Tribunal declare a decisão à autoridade competente, fixe um prazo para que seja sanada a omissão e, somente em caso de permanecer a inércia legislativa após o decurso do prazo, é que o Judiciário estaria legitimado a efetivar sua decisão através de preceitos a serem estabelecidos com o intuito de integrar a norma.

A teoria concretista individual direta trata de uma evolução dentro da estrutura do mandado de injunção, com vistas a agilizar a tutela do interesse das partes, que é o foco principal a ser resolvido pela lide. No MI 721-7, o entendimento da Suprema Corte confirmou esse entendimento e atribuiu a decisão de maneira direta, conforme o brilhante discurso do Ministro Marco Aurélio¹⁵. Para os defensores dessa corrente, não bastava ao Judiciário remover a omissão que impedia o exercício do direito através da regulamentação supletiva, sendo imprescindível a satisfação pelo órgão julgador do direito subjetivo das partes no caso concreto.

Para otimizar os efeitos da decisão judicial segundo essa teoria, Rodrigo Mazzei afirma que deverá haver adequação do pólo passivo, de modo que seja incluída como litisconsorte a pessoa responsável pela efetivação do mandado, caso seja pessoa diversa da autoridade pública competente¹⁶.

¹³ AMARAL JÚNIOR, José Levi M. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*... p. 187.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991*... Ainda com relação ao voto do relator: "Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. O que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização no caso concreto, do exercício do direito. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como em qualquer processo subjetivo."

¹⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de injunção*. In: *Ações Constitucionais*. 3 ed. Salvador: Editora JusPodium, 2008. p. 240.p. 256.

Vale ressaltar que o projeto de lei 6.128/2009, que propõe a regulamentação do procedimento do mandado de injunção, estabelece em seu artigo 9º, que: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.” No entanto, admite a hipótese de ampliação desses efeitos no §1º: “Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.”

Assim, com fulcro na Questão de Ordem no julgamento do MI 795¹⁷ e no projeto de lei que prevê o assunto, não se pode admitir uma eficácia *erga omnes* ao mandado de injunção, tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de decisão monocrática pelo relator, para que conceda aos casos idênticos a mesma decisão proferida em Plenário para caso específico, homogeneizando as decisões para questões repetitivas. O objetivo precípua do mandado de injunção trata, portanto, de analisar processos subjetivos e específicos, e os efeitos emanados pela sua decisão abrangem unicamente a relação jurídica nele estabelecida¹⁸.

Os discursos inerentes à atividade judicial devem respeitar a reserva de lei e se limitar à adequação normativa, analisando não a validade da norma, mas a sua melhor adaptação ao caso em tela. Difere da atividade legislativa, que se vincula aos discursos de justificação de suas escolhas para a interpretação normativa de maneira geral, sem se preocupar em conhecer as particularidades de cada caso que virá a ser julgado de acordo com essa norma. Ao Poder Judiciário, portanto, cabe fazer essa adequação da norma ao caso concreto, sem realizar discursos de justificação que poderiam trazer decisões discricionárias e eventual perda de sua legitimidade¹⁹.

3. O mandado de injunção e o princípio da separação dos poderes

No que diz respeito aos efeitos do mandado de injunção dentro do contexto da Separação de Poderes, se torna necessária a delimitação das fronteiras de atuação do Poder Judiciário, para que se possa garantir a

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 795/DF de 2009*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714269/mandado-de-injuncao-mi-795-df-stf>, acesso em 08 de setembro de 2014.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 551. Ao defender a posição concretista individual, o autor afirma: “Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de norma aplicável à espécie concreta. Nesse caso a edição de norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado, à míngua da regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la.”

¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2011/2012. p. 11. Corroborando o entendimento, Blanco Morais prevê: “Em suma, a diversidade de vias interpretativas que o preceito admite, o elevado grau de novidade e de liberdade na escolha de uma dessas vias, e o fato de algumas das soluções poderem bulir com um princípio de separação dos poderes garantido por cláusula pétreia permite que se sustente que a matéria em causa integra reserva de lei.”

legitimidade das suas decisões. Para entender os limites e as competências que justificam o ativismo judicial é necessário compreender o conceito atualizado das funções de cada poder dentro da dinâmica do referido princípio.

Ocorre que, ao criar sua teoria tripartite da repartição dos Poderes, Montesquieu prevê um poder judicial autônomo e aliado aos demais poderes de maneira recíproca, com fins de equilíbrio e fiscalização. Assim, acrescentou a função judicial à separação já existente entre Legislativo e Executivo, e defendeu uma independência e divisão funcional, ao afirmar que o poder que não encontra limites tende a se corromper²⁰.

A maior inovação de sua teoria é que, diferentemente de outros pensadores que já haviam defendido a divisão do poder estatal, Montesquieu propõe a criação de instituições diferentes e específicas, destinadas a se especializarem em cada uma das atividades do Estado. Segundo esta divisão, cabe precipuamente ao Legislativo criar as leis, ao Executivo a função de realizá-las, e ao Judiciário o dever de julgar os casos concretos de acordo com essas normas jurídicas²¹. Além dessa divisão de tarefas, o filósofo francês também previu uma limitação recíproca entre esses poderes distintos, possibilitando a cada poder a capacidade de impedir abusos praticados pelo outro, em um sistema conhecido como freios e contrapesos²².

No Capítulo VI do livro XI de Montesquieu, ele admite que a Separação de Poderes não é absoluta, a fim de que o titular de um poder possa ter o exercício de suas funções limitado pelos outros Poderes, através da utilização de mecanismos de controle. Denomina de "faculdade de estatuir", a possibilidade de um Poder ordenar algo por si mesmo, e "faculdade de impedir", quando um pode anular ou evitar uma ação tomada por outro. Assim, foram delineados os limites de interdependência e harmonia entre esses poderes²³.

A interpretação contemporânea da Separação dos Poderes afasta a possibilidade de que seja estabelecida competência absoluta para determinada função, ao mesmo tempo em que desautoriza intervenções irrestritas entre os poderes, capazes de suprimir o seu campo de atuação e autoridade. Essa nova concepção da teoria criada por Montesquieu só é possível devido ao modelo de Estado atual que tem o constitucionalismo como fonte do sistema organizacional. A partir do Estado Social, que fiscaliza e impõe a obediência à hierarquia constitucional, as ações dos Poderes Executivo e Legislativo passam a ser objeto de controle Judiciário, bem como as omissões do Poder Legislativo, para as quais estão previstos instrumentos processuais, como é o caso do mandado de injunção.

²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166. "Le pouvoir arrête le pouvoir".

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...* p. 168.

²² TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo, 2003. p. 178.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 320.

Assim, para delinear o controle recíproco entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e autorizar o ativismo judicial ao mesmo tempo em que evita uma invasão de competências, o conceito inicial de separação e independência entre os poderes é flexibilizado pela possibilidade de fiscalização mútua entre eles. Demonstra-se a existência de uma dinâmica complexa, onde se estabelece até onde cada um pode intervir sem extrapolar suas funções, e quais serão as sanções recíprocas para coibir casos de inércia ou abusos de poder.

Verifica-se que a legitimidade do princípio da Separação dos Poderes não pode ser usada de maneira equivocada para justificar a inércia dos órgãos públicos, de modo a frustrar o acesso aos direitos e liberdades fundamentais. Antes, deve se aliar aos fundamentos do Estado Social para possibilitar ações estatais capazes de fomentar a busca pela igualdade e pela melhor aplicação das leis.

Esse novo entendimento vem se consolidando desde a criação do Estado Constitucional de Direito, com a regulamentação do controle de constitucionalidade e da legitimação da superioridade hierárquica das normas constitucionais, a partir de quando a Constituição passou a ser o mais importante e eficiente instituto de controle do poder Estatal. Os direitos fundamentais previstos e a organização das funções políticas estabelecidas devem ser respeitados, com vistas a impedir abusos ou usurpações de poder.

Conforme Dirley da Cunha, não é razoável nem possível que os Poderes sejam harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções, devendo haver uma flexibilização e otimização de suas atividades na busca de um bem-estar comum. Dentro desse novo paradigma, o Judiciário assume um papel de concretização dos interesses constitucionais através da integração do ordenamento jurídico nos casos de ausência de norma regulamentadora. Essa previsão legal, aliada ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, legitima sua função dentro de uma teoria concretista do mandado de injunção²⁴.

Assim, verificada a possibilidade de interferência do Poder Judiciário junto aos demais poderes e a legitimidade de sua atuação através da Jurisdição Constitucional, é necessário estabelecer como se dá a sua atuação junto ao controle difuso, através de ações constitucionais que visam assegurar direitos individuais.

Em sede de controle de constitucionalidade por omissão, o objetivo do mandado de injunção é ampliar a atuação do Judiciário para suprimir lacunas normativas que prejudiquem o texto constitucional, interferindo o mínimo possível nas funções típicas do poder Legislativo. Segundo a melhor análise do princípio da Separação dos Poderes, é possível ao Judiciário adotar medidas de natureza normativa para preencher omissões inconstitucionais, com fulcro na proteção essencial dos direitos fundamentais.

²⁴ BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*... 1988. Art. 5º, § 1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

De acordo com Calmon de Passos, cumpre acrescentar que os direitos fundamentais certificados só garantem seu potencial democrático quando possuem meio processual eficaz de concretização constitucional. A norma jurídica criada para o caso concreto se equipara às demais decisões judiciais, onde o Judiciário não cumpre o papel de legislador, mas sim de aplicador do direito em causa, efetivando uma força normativa preexistente no texto constitucional²⁵.

Caso continuasse adotando a teoria não concretista, o Judiciário estaria incidindo em inércia semelhante à do Poder Legislativo, admitindo o evidente descaso que vinha ocorrendo frente ao texto constitucional e às decisões que eram proferidas em sede de mandado de injunção. Por outro lado, a teoria concretista geral defende a elaboração de normas com natureza *erga omnes*, de caráter abstrato e geral, o que implica em uma invasão na esfera legislativa. Essa função não pode ser usurpada sob pena de invalidar o caráter supletivo das decisões judiciais no controle difuso.

As previsões constitucionais e os fundamentos materiais que legitimam a atuação do Judiciário nas ações do controle concentrado e na criação de súmulas vinculantes não amparam pretensão de se impor força vinculante e efeito *erga omnes* às decisões sobre mandado de injunção. Ao equiparar suas funções à atividade legislativa da Suprema Corte, o STF estaria confrontando os Princípios da Separação dos Poderes e da reserva legal. Devido à ausência de previsão constitucional, a atividade do Judiciário no controle difuso não deve criar preceito abstrato, mas agir com base em um caso concreto, cuja tutela poderá beneficiar o autor da causa no processo subjetivo, enquanto não advier a lei regulamentadora.

A democracia está atrelada a essa efetividade, tendo em vista que os juízes estão concretizando os princípios instituídos pela própria soberania popular, ao adequarem a lacuna normativa através de meios de interpretação que satisfaçam a tutela jurisdicional. Assim, o equilíbrio e a compensação mútua entre as funções garantem a defesa dos direitos fundamentais, e só se justificam por não trazerem prejuízo para o conceito contemporâneo de democracia.

Atualmente, entende-se que a implantação do remédio constitucional pelo Judiciário não trata de usurpação de função, pois a norma a ser criada pelo Tribunal deverá se limitar a uma decisão restrita e necessária, que viabilize a solução do caso específico, utilizando-se de fontes formais do Direito, tais como, analogia, costumes e princípios, para uma intervenção supletiva na matéria. Essa possibilidade se fundamenta na própria Constituição, texto máximo do ordenamento jurídico, onde está autorizado o mandado de injunção.

²⁵ PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 98. O jurista afirma que: "O mandado de injunção não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado."

No que se refere à possibilidade de mandado de injunção coletivo, capaz de abranger direitos trans-individuais, deve-se diferenciar o efeito *erga omnes* de um alcance *ultra partes*, onde os sujeitos são passíveis de identificação. Assim, corroboramos o entendimento de Carlos Blanco de Moraes, que afirma a desnecessidade de se aplicar eficácia *erga omnes* nas decisões sobre mandado de injunção, pois a Constituição previu outros mecanismos que possibilitam a extensão dos efeitos da decisão, como é o caso das decisões monocráticas proferidas pelo relator em casos análogos ou mesmo a edição de súmula vinculante para os casos mais controversos²⁶.

Neste sentido, as competências do Poder Judiciário nas decisões relativas ao mandado de injunção devem se limitar ao caso concreto e ao interesse específico das partes. Essa atuação legitima a sua interferência junto aos demais poderes de acordo com a melhor interpretação do princípio da Separação dos Poderes, ao mesmo tempo em que respeita a função intrínseca do Legislativo de criação das normas de caráter geral..

4. Conclusão

As decisões proferidas pela Suprema Corte que versam sobre mandado de injunção vêm sofrendo uma evolução interpretativa quanto à utilidade desse instituto para tutelar o interesse das partes. O Supremo Tribunal Federal adota atualmente a teoria concretista, no intuito de garantir o exercício dos direitos e liberdades previstas, através de uma intervenção normativa supletiva das atividades legislativas pelo Poder Judiciário.

A aplicação da teoria concretista individual direta demonstra a melhor maneira de concretização do instituto, em consonância com os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte, tendo em vista que garante a concretização dos direitos fundamentais de maneira *inter partes* utilizando-se de fontes formais do Direito capazes de preencher as lacunas da omissão legislativa adstritas às circunstâncias específicas do caso em análise.

Deste modo, a intervenção supletiva na matéria garante a eficácia do instituto ao tutelar o interesse das partes envolvidas no controle difuso, ao mesmo tempo em que respeita o caráter democrático que delega a criação normativa infraconstitucional ao poder Legislativo, e obedece aos princípios da reserva legal e da Separação dos Poderes. Para ampliar os efeitos da decisão judicial, em consideração aos princípios da isonomia e da celeridade processual, é legítima a possibilidade de decisões monocráticas do relator em casos semelhantes e a edição de súmula vinculante para homogeneizar o entendimento sobre a matéria.

²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português...* p. 42.

A interpretação do texto constitucional que prevê a independência e harmonia entre os Poderes pode ser compreendida como a liberdade que cada poder tem de cumprir suas determinadas funções sem interferência externa, mas deve ser relativizada pela necessidade de cooperação e integração entre eles, com vistas a cumprir o seu principal objetivo, que é a concretização dos fins previstos pelo Estado.

Ao Judiciário cabe precipuamente o dever de aplicar as leis às celeumas do caso concreto e fiscalizar a criação e aplicação das normas infraconstitucionais de acordo com os preceitos estabelecidos na Constituição, com vistas a preservar sua supremacia. Os efeitos normativos de suas decisões junto ao mandado de injunção só se justificam no intuito de defender a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, o Judiciário toma o espaço do Legislativo em sentido inversamente proporcional, à medida que este não pode ou não consegue atuar. A judicialização da política vem ocorrendo por omissão, descaso ou ineficiência dos órgãos responsáveis, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal vem ampliando suas funções, ao exercer o papel representativo na defesa dos direitos fundamentais, e ao concretizar as demandas reivindicadas pelas minorias prejudicadas pela realidade política atual. Ainda, legitima o papel democrático contra-majoritário, ao impor limites aos interesses da maioria através da concretização dos interesses constitucionais.

Portanto, não basta ao Poder Judiciário ser obediente às formalidades processuais e aos princípios democráticos sob uma visão estrita, sendo necessário que atue em busca de uma justiça contextualizada, célere e efetiva. O mandado de injunção deverá contribuir como uma intervenção processual concretizadora dos direitos fundamentais, contribuindo para o equilíbrio essencial entre o constitucionalismo e a democracia, e evitando que a inércia do poder público possa deteriorar a autoridade e a supremacia constitucional.

Referências Bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, José Levi M. Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

BACHA, Reginaldo Sérgio. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: Constituição e democracia, Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

_____. Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm, acesso em 20 de agosto de 2014.

_____. Projeto de lei nº 6.128, de 30 de setembro de 2009. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>, acesso em 30 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14817508/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1458-df-stf>, acesso em 15 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 565.089. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>, acesso em 17 de julho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107/DF de 1990. Relator: Ministro Fontes de Alencar. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530957/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6-stj>, acesso em 03 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283/DF de 1991. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530957/mandado-de-injuncao-mi-107-df-1996-0048986-6-stj>, acesso em 03 de setembro de 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium Edições, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: Os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 101. 1989.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: *Ações Constitucionais*. 3 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/49/26>, acesso em 03 de agosto de 2014.

_____, Gilmar Ferreira. *As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

_____, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Gilmar Ferreira. *O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/363/246>, acesso em 23 de agosto de 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. (coord.) *As sentenças intermédias da justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

_____, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, 2011/2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. *A eficácia do mandado de injunção na atual Constituição Federal e o pensamento jurisprudencial sobre o assunto*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7161, acesso em 26 de agosto de 2014.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 1982.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo, 2003.

*Versão final do artigo recebida em 22 de abril de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 11 de maio de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.06



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

O Último Legado de Sieyès - A Questão Prioritária de Constitucionalidade e o Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade Repressivo na França.

*Alexandre Vitorino Silva **

Resumo: O artigo estuda o desenvolvimento do controle de constitucionalidade na França, que atingiu o seu ponto máximo com a reforma constitucional que instituiu a QPC em 2008.

Palavras-chave: Jurisdição
Constitucional; Direito Constitucional
Francês.

Abstract. This essay describes the historical development of judicial review of legislation in France, dramatically accelerated by the Bill of 2008 which created QPC.

Keywords: *Judicial Review of
Legislation; French Constitutional Law.*

* Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor do IDP, ex-professor do UniCEUB e do IESB. Procurador do Distrito Federal.

1. Introdução

O objetivo do presente ensaio é estudar a reforma constitucional que introduziu o controle repressivo de constitucionalidade da lei na França, após resistência secular às ideias de Sieyès a propósito da necessidade de criação de um *Jury Constitutionnaire*.

A *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (Questão Prioritária de Constitucionalidade - QPC), positivada pela Emenda Constitucional de 23 de julho de 2008, pode ser suscitada por qualquer parte em litígio submetido às jurisdições francesas e configura um meio posto à disposição do cidadão para atacar leis que atentem contra as suas liberdades e direitos fundamentais.

O artigo está assim estruturado: na primeira parte, investigam-se os antecedentes históricos do controle de constitucionalidade repressivo na França; na segunda, examinam-se as notas procedimentais da QPC, que se inicia por um procedimento de exceção, em memorial próprio e motivado, na jurisdição comum ou administrativa, e finda por um julgamento feito pelo Conselho Constitucional, em processo de nítidas feições objetivas. Na derradeira parte, apresentam-se as notas conclusivas da pesquisa.

2. Dos Antecedentes do Controle de Constitucionalidade na França e Da Reforma Constitucional de 23 de Julho de 2008.

No dia 2 de Termidor – 20 de julho, no calendário gregoriano – de 1795, Sieyès, preocupado com os possíveis excessos democráticos que poderiam ser cometidos pela soberania popular, proferiu célebre discurso no qual sustentou que a *République* não se deveria converter em uma *Ré-Totale*, tendo lançado as bases para a limitação do poder político pela Constituição.

Já então, defendeu a institucionalização de meios capazes de manter o exercício do poder no âmbito dos limites demarcados constitucionalmente, entre os quais encartava a necessária disciplina de um poder neutro, a complementar a ideia de separação de poderes de Montesquieu.

Como se sabe, a ideia de poder neutro seria, futuramente, uma das mais poderosas ferramentas em torno da defesa de uma garantia da Constituição, e um dos pontos-chave da teoria constitucional de Carl Schmitt¹.

¹ Para um aprofundamento do argumento teórico das relações entre a teoria do poder neutro e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, vide "O Guardião da Constituição". SCHMITT, Carl. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193 a 234. "*O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e se coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu Sistema Constitucional.*" (fl. 232)

Foi, porém, em outra notável oração política, ocorrida pouco menos de um mês depois, em 18 Termidor (5 de agosto) de 1795, que o político francês propôs a criação de um órgão exclusivamente encarregado da defesa da Constituição – o *Jury Constitutionnaire*², com feições jurisdicionais, e iniciou, na França, o debate político sobre a necessidade de instituir-se uma fiscalização permanente da lealdade dos textos legais à Constituição.

A justificativa apresentada para a sua implementação era dupla.

Primeiramente, a supremacia da Constituição deveria ser protegida das contingências e flutuações decisórias da política ordinária.

Em segundo lugar, o ato constitucional, por ter natureza especial, não deveria ser resguardado pela autoridade judiciária – da qual o abade francês desconfiava, ainda impressionado pelo recente histórico pré-revolucionário no qual a nobreza do *Ancien Régime* exercia as funções judicantes³ –, mas por um órgão distinto, paralelo à estrutura de poderes.

Portanto, em caráter vanguardista, aproximadamente oito anos antes da mundialmente famosa decisão proferida em *Marbury x Madison* (1803), que reconheceu ao Judiciário Americano a prerrogativa de realizar o controle difuso de constitucionalidade, a França já discutia a possibilidade de instituição de um órgão ao qual fosse confiada, como escopo principal, a guarda da Constituição, para a fiscalização objetiva da normatividade emanada dos poderes constituídos.

Na concepção de Sieyès, o *Jury Constitutionnaire* teria específicos⁴ poderes de cassação da lei inconstitucional⁵ – que hoje se reconhecem, igualmente, com sabida universalidade, às Cortes Constitucionais do modelo-padrão europeu, de inspiração kelseniana⁶.

Além disso, tal órgão teria funções constitutivas (positivas) e poderia sugerir às assembleias primárias o aprimoramento do texto constitucional.

Apesar do seu conteúdo inovador, a ideia de um Tribunal Constitucional a aproximar-se de um legislador negativo já nos albores do Estado Francês pós-

² SERRAND, Pierre. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. 27 *Giornale di Storia Costituzionale*, 2014, p. 163.

³ Para uma descrição pormenorizada dos poderes exercidos pela nobreza no Antigo Regime, convém consultar TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 90 e seguintes.

⁴ VERPEAUX, Michel. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: Hachette Livre, 2013, p. 19.

⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 152.

⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 237-298. Como o Executivo e o Parlamento são exatamente os poderes mais propensos à prática de atos normativos inquinados de inconstitucionalidade, Kelsen defende, em sua conhecida controvérsia com Schmitt sobre a Constituição de Weimar, que o controle de constitucionalidade há de ser confiado a uma Corte Constitucional, paralela à estrutura de Poderes do Estado e composta de um colegiado de juízes independentes. Os poderes desse órgão especial seriam equivalentes aos de uma terceira câmara com competência ab-rogatória. Nas palavras do mestre de Viena: “Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como formulei anteriormente – como legislador negativo.” (fl. 263)

revolucionário foi combatida, com veemência, por Thibaudeau, que, ceticamente, afirmava que o *Jury* não iria proteger a Constituição, mas provavelmente a subverteria, pelo simples motivo não vir a ser fiscalizado por qualquer autoridade.

Essa objeção merece algum desenvolvimento, para que venha a ser compreendida apropriadamente no contexto legicentrista do fim do século XVIII, caracterizado, em boa medida, pelo paradigma encartado no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Os revolucionários professavam, à época do embate, o ideário segundo o qual, ao termo de uma deliberação parlamentar, necessária à confecção da lei, o trabalho da razão humana permitiria a criação de enunciados que expressariam a verdade política e a vontade geral.

Como, pois, nesse cenário de radicalização democrática, de inspiração rosseauniana, permitir que um ato de soberania popular pudesse ser objeto de controle jurisdicional? Em nome de quem a vontade particular dos juízes poderia obstaculizar a implementação da vontade geral do povo soberano?⁷

A resposta a tais questões não foi tida como satisfatória⁸ para justificar a providência de confiar um poder tão importante quanto o de anular a lei aos juízes (ou a um órgão judiciariforme).

Ao fim e ao cabo do embate político, em 25 de Termidor, a proposta de Sièyes foi, assim, derrotada⁹, mas jamais esquecida na França e no resto da Europa.

A sintetizar as razões de insucesso de Sièyes, Michel Verpeaux, professor de direito Constitucional na Universidade de Paris I, assevera que os membros da Convenção rejeitaram a proposição do *Jury* por entenderem que consagraria, potencialmente, a criação de uma nova tirania sob a forma de uma jurisdição – “que se oporia às leis”¹⁰.

Foi necessário esperar por mais de um século e meio para que a França pudesse contar, primeiramente, com um efetivo controle preventivo de constitucionalidade (1958) e, finalmente, por mais de dois, para que houvesse a

⁷ SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 163.

⁸ Em rigor, as respostas a tais questões de profunda indagação no âmbito da Ciência Política e do Direito Constitucional persistem polêmicas até os dias atuais. Não por acaso, sobretudo após a repatriação da Constituição pelo Canadá e da adoção da Carta Canadense de Liberdades, grassa, com firmeza, no direito comparado, a proposta do desenvolvimento de *weak forms of judicial review* cujo propósito é o de superar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional e permitir um permanente diálogo entre as cortes constitucionais e o parlamento, a fim de que excessos interpretativos da primeira possam ser submetidos a alguma espécie de controle (e até mesmo a eventual *legislative override*) da parte dos órgãos representativos da vontade popular. Para uma visão radical moderna que lembra a crítica francesa à jurisdição constitucional, confira-se Mark Tushnet, “*Taking The Constitution Away From The Courts*”, Princeton University Press, 1999.

⁹ VERPEAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁰ Convém, aqui, transcrever o discurso de Thibaudeau, reproduzido pelo citado professor da Sorbonne: “*Si le jury constitutionnaire, dont les fonctions seront déterminées para la Constitution, en passe les limites, qui est-ce qui reprimera son usurpation? Je vous avoue que j’ai beau chercher une réponse, je n’en trouve point de satisfaisante*”.

implementação de um controle repressivo (2008) de atos legislativos inconstitucionais, ambos confiados ao Conselho Constitucional.

É bem verdade que, durante o período Napoleônico, houve duas tentativas frustradas de implementação de um arremedo de *judicial review* em solo francês.

No Primeiro Império, a Constituição de 22 de Frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799) instaurou, em teoria, um senado conservador, composto por oitenta membros dotados de inamovibilidade e encarregado de manter ou anular todos os atos que se lhe afigurassem como inconstitucionais¹¹.

A competência então prevista limitava-se, porém, ao exame da constitucionalidade das leis antes de sua promulgação, tendo assumido, assim, concepção preventiva, distinta da outrora concebida, em termos mais abrangentes, por Sieyès, no sentido de permitir a anulação da lei desconforme à Lei Magna.

Em tese, o órgão poderia propor modificações de textos legais cujo propósito fosse o de amoldá-los à Carta Constitucional, assistindo-lhe, caso assim entendesse cabível, o prazo de seis dias, contado da sua adoção, para assim proceder¹².

Contudo, como a composição senatorial dependia diretamente do Imperador, não houve, ao longo do Primeiro Império, propriamente, o exercício de um controle independente da atividade legislativa.

Da mesma falta de independência padeceu o senado durante o Segundo Império.

Tal órgão, na proclamação de Luís Napoleão de 14 de janeiro de 1852, deveria, em tese, ser encarregado de um controle preventivo de constitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento.

De acordo com o texto constitucional, poderia opor-se à promulgação de leis que fossem contrárias à Carta, à moral, à liberdade de cultos, à liberdade individual, à igualdade dos cidadãos, à inviolabilidade da propriedade, ao princípio da inamovibilidade dos magistrados a aos que se referissem à defesa territorial.

Michel Verpeaux adverte, todavia, que tal competência de fiscalização preventiva jamais se converteu em uma realidade política, de tal sorte que a subserviência débil do senado ao Executivo mais desserviuiu à causa do controle de constitucionalidade então previsto do que a reforçou¹³.

Maiores progressos institucionais não foram sentidos no curso da Terceira e da Quarta Repúblicas.

¹¹ VERPAUX, Michel. *Op. Cit*, p. 20.

¹² *Idem, ibidem*, p. 20.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 20.

Nas Leis Constitucionais de 1875, não se continha sequer uma declaração de direitos individuais, como outrora ocorrera nas de 1791, 1793 e 1795.

Tampouco se previu um preâmbulo constitucional para a Terceira República, como o redigido em 1848, e o princípio mesmo a propósito de qualquer controle de constitucionalidade não fora minimamente positivado.

Logo, a ideia de um controle a serviço da defesa de direitos individuais jamais esteve tão distante da prática institucional francesa.

Com relação à Quarta República, a seu turno, não obstante tenha ocorrido, na assembleia constituinte eleita em 1945, debate franco sobre a oportunidade de criar-se uma autêntica corte constitucional ou de implementar-se um controle de constitucionalidade pela via de exceção, o projeto de Constituição adotado em 1946 não endossou qualquer dessas ideias¹⁴.

Em lugar disso, investiu-se um *Comité Constitutionnel* da função de arbitrar eventual conflito entre as casas legislativas na França, na hipótese de detectar qualquer proposição materialmente incompatível com a Constituição.

A natureza não jurisdicional de tal controle pode ser ilustrada a contento pelo fato de que, em caso de contrariedade entre a lei e a Constituição, o comitê poderia recomendar a revisão prévia desta.¹⁵

Em hipótese alguma, porém, estaria em questão a soberania do conteúdo da lei, que prevaleceria, na hipótese de impasse, em autêntica implementação da doutrina de supremacia do parlamento.

Somente em 1958 é que, tendo em vista sobretudo a necessidade de racionalizar o parlamentarismo, a Quinta República investiu o *Conséil Constitutionnel* de funções preventivas em relação à elaboração de leis cujo conteúdo ou forma desafiasse a Constituição.

Contudo, a doutrina afirma que o objetivo de então era, tão-somente, o de subordinar, materialmente, a lei a seu domínio próprio (não confundível com o do regulamento), sem que a República abandonasse a sua tradição de rejeitar a solução de uma autêntica Corte Constitucional com poderes ab-rogatórios ou de cassação¹⁶ e muito menos confiasse o controle de constitucionalidade a órgãos judiciários, à moda estadunidense.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 22.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹⁶ A propósito, convém advertir que o sistema de defesa da Constituição Francesa de 1958, ao menos em sua redação originária, estava muito mais próximo de uma concepção schmittiana do que da kelseniana. De fato, consoante se extrai da redação do art. 16, inspirada no pensamento do General De Gaulle, o texto confia poderes excepcionais e emergenciais ao Presidente da República, em um regime que lembra a magistratura romana da ditadura, para declarar um estado excepcional de suspensão das garantias constitucionais a fim de assegurar a ordem e a perpetuação democrática, em cenários graves de ameaça ao funcionamento dos poderes constituídos. Como se sabe, o professor de Direito Público de Berlim – cujo pensamento apregoava, abertamente, a introdução de elementos políticos na análise da ordem normativa concernente ao Estado, em oposição ao positivismo kelseniano – afirmava, em simetria, no direito alemão, que a missão de defensor da Constituição de Weimar, por expressa escolha do texto e também por necessária deferência à decisão

Daí ter prevalecido a tese de que todo controle de constitucionalidade haveria de ser, necessariamente, preventivo.

Assim seria, ainda que realizado abstratamente e mesmo diante do poder do Conselho de impedir a promulgação da lei, mediante a provocação de legitimados previamente identificados, a saber, o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado.

Com a revisão constitucional de 1974, ampliou-se essa legitimidade ativa, para permitir que também sessenta deputados à Assembleia Nacional ou sessenta senadores pudessem acionar as competências de cassação do Conselho para impedir a promulgação de uma lei inconstitucional.

Uma vera jurisdição constitucional repressiva foi, assim, explicitamente rejeitada, na concepção originária da Lei Maior.

De qualquer sorte, o arranjo previsto para o Conselho Constitucional passou a prever duas modalidades de controle *a priori*, a obrigatória e a facultativa, em relação às proposições parlamentares.

Na descrição de Michel Verpaux:

“Foi somente com a Carta de 1958 que o Conselho Constitucional foi instituído pelo título VIII da Constituição. O art. 61 (...) confiava a tal conselho duas atribuições: a primeira, considerada obrigatória, pois os regramentos das assembleias e a lei orgânica deveriam ser submetidos ao Conselho Constitucional (art. 61, alínea primeira); a segunda, qualificada como facultativa pela doutrina, pois as leis não orgânicas poderiam ser submetidas ao conselho somente por um certo número de autoridades públicas. Em 1958, tratava-se do Presidente da República, do Primeiro Ministro (...), e dos presidentes das duas casas parlamentares, Assembleia Nacional

fundamental do constituinte alemão de 1919, deveria ser desempenhada pelo Presidente da República, figura que personificaria o Estado e o povo, com legitimidade direta, haurida do voto. Em consonância com o argumento central desenvolvido em “o Guardiã da Constituição”, a especial posição constitucional do Presidente na organização do Estado alemão seria a correspondente à de uma autoridade moderadora, neutra e equidistante em relação à política partidária praticada no Parlamento. Inspirado na teoria do poder neutro, desenvolvida por Benjamin Constant, a obra do professor de Berlim afirma que a posição de defesa da Constituição deveria, por deferência ao princípio majoritário, estar confiada àquele que detivesse as competências constitucionais para empreender, concretamente, medidas de exceção para enfrentar ataques à ordem constitucional, precisamente o caso do Presidente, por força da famosa cláusula do art. 48 de Weimar. Ao sentir do autor, outras competências e características únicas do cargo também outorgariam ao Presidente do *Reich* tal legitimidade, em especial o fato de seu mandato ser longo (de 7 anos), dificilmente revogável, o seu poder constitucional de dissolver o Parlamento (positivado expressamente nos artigos 45 e 46 da Constituição), bem como a condição de Chefe de Estado e de representante qualificado do povo alemão nas relações internacionais. Como é evidente, a Constituição Francesa de 1958 está muito mais próxima dessa concepção de defesa da Constituição contra fatores reais de instabilidade do que da concepção kelseniana, que vê na defesa da normatividade da lei constitucional por meio de uma corte o remédio para as ameaças à continuidade do regime. Para um aprofundamento da discussão à luz do direito constitucional francês e das condições de decretação do Estado de Exceção, convém consultar a obra de Formery, Simon-Louis, *La Constitution Commentée*. Hachette Supérieur, 2015, p. 46 e seguintes.

e Senado. Juntaram-se a eles com a revisão de 29 de outubro de 1974 sessenta deputados e sessenta senadores" (...)"¹⁷

Apesar dos aparentes contornos de generalidade do controle de preventivo de higidez das leis da República traçados pelo art. 61, na origem, o verdadeiro mote da criação do Conselho era a necessidade de disciplinar as relações entre os poderes¹⁸ e garantir âmbitos materiais distintos para a lei e para o regulamento.

Ao contrário do que sucedia em muitas das democracias ocidentais, a fiscalização da constitucionalidade da lei servia para proteger o poder executivo contra eventuais excessos de poder legislativo.

É por esse motivo, por sinal, que o art. 61 da Constituição impunha o controle obrigatório às leis orgânicas e aos regramentos das assembleias parlamentares.

Pierre Serrand, por essa razão, afirma que foi necessário aguardar a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971 (CC 71-44, DC), relativa à liberdade de associação, para que o controle de constitucionalidade passasse a ser visto como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais¹⁹.

Naquela quadra, a lei sob o crivo do citado órgão restringia a liberdade de associação, ao submetê-la a um regime de autorização prévia. O Conselho Constitucional, então, considerou tal medida de limitação manifestamente incompatível com o preâmbulo da Carta de 1958, eis que divorciada das intenções do constituinte.

A censura à norma foi efetuada, em rigor, com apelo à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como aos princípios fundamentais de organização econômica e social prestigiados pela Constituição de 1946 (expressamente recepcionados pela Constituição da Quinta República, de 1958).

Portanto, nesse *leading case*, o Conselho transforma o controle de constitucionalidade preventivo de cão de guarda do Executivo em cão de guarda dos direitos fundamentais contra a ação do legislador, em um autêntico giro de Copérnico que aproximou as suas funções das exercidas pelas Cortes Constitucionais Europeias.

Foi a vontade de radicalizar essa função "acidental" do controle de constitucionalidade que levou, na sequência, a algumas tentativas malogradas de instituir um autêntico controle repressivo.

¹⁷ VERPAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil e Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁹ SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 165.

A forte tradição do legicentrismo, porém, obstruiu ao menos dois projetos de lei de instituição de controle de **constitucionalidade** da lei já promulgada, um elaborado em 1990 e outro, em 1993.

Curiosamente, foi, em tema conexo, o controle de **convencionalidade** das leis francesas diante dos tratados internacionais um dos fatores a impulsionar a superação desse dogma da soberania da lei promulgada e a admitir a sua fiscalização *a posteriori*.

É que, com a adesão da França à União Europeia, a jurisprudência reconheceu a possibilidade de que cada juiz, difusamente, afastasse a aplicação de lei nacional para fazer prevalecer disposição de tratado internacional.

De fato, o art. 55 da Constituição Francesa de 1958 consagra a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais, isto é, situa-os em plano hierárquico com ascensão sobre a lei.

Por essa razão, a Corte de Cassação, em 24 de maio de 1975, na decisão do caso *La Société des Cafés Jacques Vabre*²⁰, admitiu a realização do controle de convencionalidade das leis francesas (com exceção das emendas constitucionais e da própria Constituição, que ostentam *status* superior ao dos tratados).

No mesmo sentido foi a decisão do Conselho de Estado (Suprema Corte Administrativa no sistema de jurisdição dual), o que sucedeu no caso *Nicolò*²¹ (1989). Assentou-se, nessa oportunidade, a impossibilidade de uma lei posterior derogar norma inserida em convenção internacional.

Como é sabido, o controle de convencionalidade é um instrumento moderno de averiguação de compatibilidade entre normas de direito interno e normas de direito internacional voltado a evitar que o Estado seja responsabilizado no plano internacional por descumprir tratados dos quais seja signatário.

Na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, a obrigação de implementar medidas de cumprimento no ordenamento jurídico nacional impõe ao Estado Signatário do tratado revogar ou se abster de aplicar norma de direito interno cuja aplicação importe em desobediência à convenção internacional.

Como se nota, essa transnacionalização da defesa dos direitos humanos acabou por relativizar, em boa medida, a noção de soberania do Estado²².

²⁰ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado*. 9 Direito GV L. Review, 2013, p. 728. De acordo como autor, duplo fundamento legitima o controle de convencionalidade na França. Primeiramente, no plano interno, o fato de a Constituição ter hierarquizado tratado e lei ordinária; em segundo lugar, a regra da inescusabilidade da invocação de motivo de direito interno para justificar o inadimplemento de obrigação internacional.

²¹ *Idem, Ibidem*, p. 728.

²² A soberania passa, curiosamente, a ser vista como atributo de quem tem capacidade para celebrar tratados e, ainda, no plano interno, como espaço de organização não vedado pelos compromissos internacionais.

Apenas a título exemplificativo do ora afirmado, no ano de 2011, a Corte de Cassação Francesa sustentou que o procedimento de detenção aplicado em um dado caso era irregular diante da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagra a todas as pessoas o direito a um processo penal justo no art. 6º.

Por processo justo a Corte Corte Europeia de Direitos Humanos compreende aquele no qual há a assistência de advogado desde o princípio, o que não foi atendido com base na interpretação levada a cabo pela autoridade policial nacional.

Nesse cenário, o Tribunal não só reafirmou a jurisprudência em torno da possibilidade do controle de convencionalidade da lei francesa, como também, explicitamente, asseverou ser o entendimento da Corte Internacional vinculante, de tal sorte que a França não deveria esperar ser acionada perante o Tribunal Europeu para cumprir com seus compromissos internacionais²³.

Volvendo a questão para o controle de constitucionalidade na França, eis a perplexidade que a realidade antes descrita levantava: se o juiz francês (administrativo ou comum) poderia elidir a aplicação de uma lei nacional para fazer valer uma disposição de um tratado multilateral, por que não poderia fazer o mesmo tendo como norma ápice a Constituição Francesa, nos domínios do direito nacional?

Não havia resposta consistente a tal objeção, do prisma lógico. O único empecilho era o de que a Constituição vedava o controle *a posteriori* à medida em que apenas previa o controle *a priori* de constitucionalidade.

Foi assim que, por meio da reforma constitucional de 23 de julho de 2008, regulamentada pela Lei Orgânica de 10 de dezembro de 2009, a França, enfim, rendeu-se ao controle de constitucionalidade repressivo.

O Conselho Constitucional, finalmente, adquiriria poderes de cassação da lei concebida em desconformidade com a Lei Magna.

Completou-se, portanto, o legado de Sièyes, com a autêntica criação de uma Corte Constitucional vocacionada à defesa da ordem jurídica objetiva naquilo que dizia respeito às liberdades fundamentais do povo francês, com poderes de cassação.

Na feliz síntese de Philippe Blancher²⁴, o Conselho Constitucional transformou-se, finalmente, em *juge de la loi*, seja para impedir o seu ingresso na hipótese de controle preventivo, seja para expulsá-la do sistema jurídico, em

²³ *Idem, Ibidem*, p. 731.

²⁴ BLANCHER, Philippe. *Droit Constitutionnel*. 3 Édition. Paris: Hachette, 2015, p 38. Nas palavras do Professor da Universidade de Lyon III; "O Conselho Constitucional é uma jurisdição. É uma instituição independente que tem por missão afirmar o direito com a eficácia da coisa julgada que se agrega às decisões. (...) O procedimento por meio do qual o Conselho Constitucional lava as suas decisões é um procedimento jurisdicional. A ordenança de 7 de novembro de 1958, portanto lei orgânica relativa ao Conselho Constitucional foi completada pela lei orgânica n.º 2009-1523 de 10 de dezembro de 2009 para as QPCs. O conselho deve ser provocado seja por uma autoridade política (para o controle a priori do artigo 61), seja por um jurisdicionado (para uma QPC)."

decisão ab-rogatória, com força de coisa julgada e efeitos *erga omnes*, por meio do exame da *question prioritaire de constitutionnalité*.

3. Da Questão Prioritária de Constitucionalidade como Meio de Controle Repressivo e do Seu Procedimento.

A *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) é um meio de controle *a posteriori*²⁵ da constitucionalidade das leis infraconstitucionais diante da Constituição Francesa.

Assume, no juízo de origem, a forma de uma autêntica exceção²⁶, porque a questão constitucional pode ser suscitada, em memorial distinto e motivado, por qualquer jurisdicionado²⁷, seja na instância administrativa, seja na comum, em todos os graus de jurisdição²⁸, mas não pode ser levantada, de ofício, pelo órgão judicante (nem pelo *parquet*, salvo se atuar como parte).

Uma vez admitida a QPC pelo juiz da causa (administrativo ou magistrado comum), suspende-se a tramitação do processo originário, que aguardará a decisão final do incidente de inconstitucionalidade.

A QPC já recebida em primeiro grau (ou em segundo grau) passa, ainda, por um segundo filtro de admissibilidade perante a instância máxima da jurisdição (a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado), que deverá ocorrer em até três meses.

Só então, superado o novo crivo de admissibilidade, nas condições adiante explicitadas em tópico próprio, é remetida ao Conselho Constitucional.

Nesse órgão, a QPC é submetida a típico processo objetivo de fiscalização normativa, em que a compatibilidade da lei com os direitos fundamentais protegidos pela Carta é examinada abstratamente, também no prazo máximo de três meses, não se admitindo sequer a desistência da medida.

Finalizado o contencioso constitucional, a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Conselho Constitucional é dotada de efeitos ab-rogatórios gerais (*erga omnes*) da lei, vincula²⁹ as demais jurisdições e aproveita, ainda, ao suscitante.

²⁵ Diversos autores franceses referem-se a tal instrumento como uma nova via de direito para o cidadão. A expressão *voie de droit*, ou *moyen de droit*, ante o seu caráter instrumental em relação a liberdades fundamentais, bem poderia ser traduzida como garantia, na acepção de remédio constitucional apto a reparar a lesão a um interesse ou direito juridicamente tutelado pela Constituição.

²⁶ Desde logo, convém referir que apenas a origem é incidental, pois o julgamento é feito por um único órgão, o Conselho Constitucional, que exerce autêntica jurisdição constitucional repressiva no âmbito dos preceitos que podem servir como parâmetro de controle.

²⁷ A legitimação universal para suscitar a questão aproxima-a da *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão.

²⁸ A única exceção diz respeito às *Cours de Assis*, nas quais o incidente não pode ser levantado.

²⁹ DRAGO, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Français*. 3 Édition. Paris: Thémis Droit, 2011, p. 493. O autor refere que o "efeito da declaração de inconstitucionalidade pela QPC é, assim, um efeito de ab-rogação *erga omnes* cuja autoridade é absoluta. A decisão impõe-se, conforme o artigo 62, alínea 3 da Constituição, aos

Por razões especiais de segurança jurídica, autoriza-se, se necessário for, o *Conséil Constitutionnel* a modular os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, cuja eficácia ab-rogatória poderá ser protraída para data futura (eficácia *pro futuro*).

Assim, comunicado à origem o resultado do julgamento (de procedência ou improcedência da QPC), o feito outrora paralisado retomará a sua marcha regular para que o juiz da causa aplique o direito ao caso, tendo em conta a solução da questão constitucional aventada, dotada de efeito vinculante e força de coisa julgada.

Os aspectos procedimentais do instituto são detalhados adiante.

3.1 Do Objeto da QPC

As disposições suscetíveis de controle repressivo de constitucionalidade são os atos legislativos em geral: as leis fiscais, financeiras, ordenações do art. 38 da Constituição.

O fato de a lei atacada ser pré-constitucional (anterior a 1958) é, ainda, irrelevante. Admite-se o seu controle, de par com o direito ulterior, não tendo o Conselho Constitucional, portanto, perfilhado o mesmo entendimento que foi abraçado pelo Supremo Tribunal Federal na famosa ADI n.º 2-DF, na qual se rejeitou a doutrina da inconstitucionalidade superveniente.

Como exceções notáveis a tal regra do controle de qualquer espécie legal, por deferência histórica à vontade geral³⁰ e também por coerência com o assentado em sede de controle de constitucionalidade preventivo, a maior³¹ parte da doutrina reivindica que as leis originárias de *referendum* popular e as emendas constitucionais³² não poderão ser objeto de QPC.

De igual sorte, os regulamentos executivos escapam à medida introduzida pela Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008.

poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais e não é suscetível de qualquer recurso."

³⁰ O mesmo autor (DRAGO) destaca o não cabimento da QPC para averiguar tal hipótese de desconformidade normativa entre essas leis especialmente imantadas de legitimidade democrática e a Constituição Francesa: "*Quanto às outras normas legislativas, a possibilidade de submetê-las a um controle por exceção da QPC pode se analisada, diferentemente, segundo o tipo de norma. As leis adotadas por referendum não devem ser objeto de controle pela via incidental porque, sendo a expressão direta da soberania nacional, não podem ser controladas mesmo a priori, segundo uma jurisprudência clara do Conselho Constitucional (n.º 62-20 DC, 6 de novembro de 1962, Rec. 27; n.º 92-313 DC, 23 de setembro de 1992, Rec. 94). O mesmo deve aplicar-se em se tratando de controle a posteriori. Em igual sentido, as emendas constitucionais, sejam de origem parlamentar ou referendárias, não devem estar sujeitas à QPC.*"

³¹ Contra essa compreensão, confira-se o artigo de Sophie Hutier e Xavier Philippe, que sustentam que a emenda constitucional, como espécie de lei que é, não estaria fora do rol das que podem ser objeto da QPC. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Marseille: Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2011, p. 45.

³² BLACHER, *Op. Cit.*, p. 39: "*Escapam ao controle as leis adotadas adotadas por referendum (Decisão n.º 62-20, de 6 de novembro de 1962) e as emendas constitucionais (Decisão n.º 2003 - 49 DC, de 26 de março de 2003)*"

Problema que prende, ainda, a atenção da doutrina francesa é o referente à admissibilidade da QPC contra disposições legais fixadoras de objetivos globais de ação do Estado Francês (*objectifs à valeur constitutionnell*).

Pierre Serrand e Marc Guillaume³³ manifestam-se contrariamente a tal possibilidade, por compreenderem que esses comandos vagos não passam de diretrizes desprovidas de real cogência.

De fato, seria excessivo permitir-se o controle de constitucionalidade, no sistema francês, de disposições que não outorgam autênticos direitos subjetivos, mas, em verdade, condicionam, de forma genérica, a ação do legislador e do administrador ao propor a construção de políticas públicas.

É que a QPC é vista como instrumento de defesa de direitos, sendo, portanto, ônus do jurisdicionado esboçar a estrutura de sua pretensão lesada.

Trata-se de tarefa a cargo da parte de difícil execução na hipótese de estarem em discussão normas de feições programáticas, sem densidade suficiente para a explicitação de deveres jurídicos.

Não podem ser objeto de QPC, outrossim, as leis que já tenham sido consideradas compatíveis com a Constituição Francesa em controle preventivo realizado pelo Conselho Constitucional, salvo excepcional alteração de circunstâncias.

Tal requisito negativo, além de expresso no art. 23-2, alínea primeira, da Lei Orgânica, ostenta o propósito de agregar nota de coerência à jurisdição exercida pelo Conselho Constitucional em caráter preventivo e repressivo.

Não por outra razão, passou a ser denominado pelos comentaristas franceses de vedação ao *bis in idem*.

Malgrado seja essa a regra geral (a da vedação a um novo exame da mesma disposição já tida como compatível com a Carta), em caráter excepcional, a alteração de circunstâncias reabrirá os caminhos da jurisdição constitucional e permitirá o controle *a posteriori*.

Foi o que sucedeu, por exemplo, na célebre decisão de 30 de julho de 2010, na qual o Conselho Constitucional concluiu pela inconstitucionalidade de diversos dos regramentos processuais da *garde à vue* (espécie de prisão provisória).

Na ocasião, acentuou-se que, "*depois de 1993, algumas modificações procedimentais das regras de processo penal, bem como a alteração das condições de sua aplicação, conduziram a uma utilização mais banalizada da*

³³ GUILLAUME, Marc. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Justice et Cassation*, Revue Anuelle des Avocats au Conseil D'État et à La Cour de Cassation, 2010, p. 7.

*garde à vue (prisão provisória), o que teria alterado o balanço de poderes e direitos pelo Código de Processo Penal*³⁴

O conselho foi categórico ao declarar, a par disso, em tal aresto, que a alteração de circunstâncias autorizadora do aviamento de uma nova QPC pode ser de fato (como a anteriormente citada, que retratou uma alteração da prática policial francesa), ou de direito, a saber, a afetar a norma-parâmetro que servira ao primeiro exame de constitucionalidade.

Bertrand Mathieu e Dominique Rousseau, a exemplo de outros constitucionalistas franceses, aplaudem tal julgado, porquanto a doutrina reclamava, até então, da falta de densidade da cláusula geral do *changement de circonstances*.

Acentuam, de outro ângulo, que, além da alteração da norma-parâmetro (modificação substancial da Constituição), é possível que o câmbio de circunstância de direito se extraia de alteração legislativa (da norma vergastada) e de virada jurisprudencial sobre a lei examinada.

Confira-se:

“A primeira situação concerne à lei mesma, notadamente se a disposição controlada se fez objeto de uma modificação entre a decisão anterior do Conselho e o momento presente. Por exemplo, uma lei vem reforçar os poderes de uma autoridade, e essa modificação poderá justificar um novo controle da lei (...). A segunda situação é mais problemática. A mudança em questão pode referir-se não à lei que é objeto de controle, mas à jurisprudência mesma. Em outras palavras, pode haver uma modificação das circunstâncias jurisprudenciais.”³⁵

Em rigor, a interpretação conferida ao art. 23-2, alínea primeira, nesse ponto, acabou por elastecer a competência do Conselho Constitucional, porquanto não havia qualquer referência à situação de reabertura da instância por modificação do parâmetro constitucional ou de jurisprudência.

A possibilidade de reexame por mudança da lei parece óbvia, apesar de catalogada em espécie à parte pelos comentaristas, pois, nesse caso, em rigor, é outra a questão de compatibilidade normativa a ser escrutinada.

O certo é que toda jurisdição constitucional, sobretudo a de feições concentradas, deve, prudentemente, criar válvulas de reexame das questões que lhe são submetidas, senão pela falibilidade natural dos julgamentos em instância única, ao menos pela necessidade de assegurar a possibilidade teórica de mutações constitucionais adaptativas.

³⁴ MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Les Grandes Décisions de La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: LGDJ, 2013, p. 138.

³⁵ *Idem, Ibidem*, p. 143.

3.2 Da Natureza da Norma-Parâmetro de Fiscalização de Constitucionalidade na QPC

Não obstante o inegável avanço do sistema de controle de constitucionalidade havido com a Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, é apropriado registrar que nem toda a Constituição Francesa serve de parâmetro de controle de constitucionalidade diante da lei porventura alvejada por QPC.

Com efeito, o cabimento do controle por essa via de exceção é limitado à hipótese em que seja sustentado, no curso de uma lide de fundo, malferir uma dada disposição os direitos e liberdades albergados pela Carta, consoante revela, sem dificuldade, o art. 61-1, introduzido pela citada emenda.

Tanto significa que eventual violação de uma lei a outros preceitos que não estejam intimamente ligados, em seu suporte material, a direitos fundamentais e liberdades públicas não poderá ser objeto do controle repressivo; resta, nessa hipótese, tão-somente, a alternativa do controle preventivo (pela via de ação), a ser provocado por uma das autoridades públicas taxativamente arroladas no art. 61.

Daí a correta assertiva de Pierre Serrand no sentido de que: "*A QPC não é uma técnica de garantia da supremacia da Constituição, mas uma técnica de proteção dos direitos fundamentais. Toda a dificuldade está em determinar o que se compreende pela expressão 'direitos e liberdades' que a Constituição garantir.*"³⁶

Essa disciplina especial das normas-parâmetro na via da QPC certamente levanta questionamentos mais profundos sobre a real existência, na França, de uma Corte Constitucional nos moldes do padrão europeu.

Afinal, as jurisdições constitucionais mais antigas daquele continente (como, v.g., a Alemã e a Austríaca) detêm, como característica geral, poderes amplos de cassação em relação à atividade normativa insubordinada dos poderes constituídos.

Em outras palavras, se nem toda a Constituição serve de parâmetro de confronto para a QPC, então, em rigor, o sistema francês ainda permanece bastante deferente à forma apriorística de controle. Como visto, no âmbito dessa última modalidade de fiscalização normativa (preventiva), qualquer comando de envergadura constitucional serve ao cotejo com a lei.

Logo, a renovadora emenda da QPC franqueia, mesmo de forma sutil, alguma margem à ideia de intangibilidade e soberania da lei promulgada, relativizadas apenas se a norma atacada estiver em confronto com direitos e liberdades fundamentais – hipótese de cabimento da QPC – ou, na linha do

³⁶ SERRAND, Pierre. *Op. Cit.*, p. 166.

permitido pelo art. 55 da Carta, se vulnerar tratados internacionais, quando, então, caberá o controle de convencionalidade.

De qualquer modo, a exceção poderá averter ofensa aos outros textos de valor constitucional aos quais faz referência o Preâmbulo da Constituição de 1958, bem como à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Carta do Ambiente de 2004, por expressa remissão do texto magno que ora está em vigor.

Percebe-se, finalmente, que a jurisprudência endossa essa maleabilidade dos parâmetros de controle. Tanto assim que o próprio Conselho Constitucional, paulatinamente, vem extraindo outros direitos compatíveis com a Carta da 5ª República Francesa de disposições esparsas do texto e permitindo a sua defesa via QPC, como sucedeu, por exemplo, com a previsão de livre associação das coletividades territoriais, mencionada na alínea 3 do art. 72, ou de princípios gerais enunciadores de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

3.3 Do Caráter Prioritário da QPC em Relação ao Controle de Convencionalidade

O caráter prioritário da via de exceção traduz-se em que o controle de constitucionalidade repressivo deverá ser realizado antes de se levar a cabo eventual controle de convencionalidade, caso este também venha a ser suscitado no processo em que surgiu a questão constitucional³⁷.

Quando a Corte de Cassação e o Conselho de Estado fixaram os precedentes nos quais admitiram a realização do controle de convencionalidade da lei francesa à luz dos tratados internacionais celebrados pela República (referidos no tópico da evolução histórica constante do presente trabalho), restou decidido, em uma e outra instância, que o controle de convencionalidade haveria de ser realizado de forma difusa, ou seja, por todos os órgãos jurisdicionais administrativos ou comuns encarregados de conhecer da causa.

Nesse contexto, quando da tramitação da reforma Constitucional de julho de 2008, um problema que preocupava o constituinte derivado e os juristas franceses era o de saber como harmonizar o sistema de controle de convencionalidade – já admitido como necessário, em razão do direito europeu e das convenções sobre direitos humanos – com um controle de constitucionalidade *a posteriori* da lei.

A solução alvitrada pelo constituinte reformador e pelo legislador orgânico foi bastante simples: a questão constitucional, além de ser julgada, em caráter concentrado, por um único órgão (Conselho Constitucional), teria caráter

³⁷ CAVALLO, *Op. Cit.*, p. 733, assim se expressa sobre tal característica: “Por um lado, (é prioritária) porque, levantada a questão ante a instância, deve ser examinada imediatamente; por outro lado, se se recorre à jurisdição porque se objeta à constitucionalidade da lei e, ao mesmo tempo, porque se objeta à conformidade da lei com os tratados e acordos internacionais, a jurisdição deve primeiro examinar a questão de constitucionalidade”.

prioritário em relação à exceção de inconveniência porventura agitada pelo jurisdicionado.

Assim, restou viabilizada a convivência harmônica dessas formas de fiscalização legislativa.

Se porventura for rejeitada a arguição de inconstitucionalidade da norma hostilizada na QPC, o processo de origem, após retomar a sua marcha, será apreciado em toda a sua extensão remanescente pelo juiz da causa, que poderá, portanto, realizar o exame de eventual incompatibilidade da lei francesa com convenção internacional.

Os instrumentos de controle normativo (de constitucionalidade e de convencionalidade) postos à disposição do cidadão, portanto, exercem funções complementares, não guardando, entre si, qualquer relação de exclusão.

Há, apenas, para efeito de organização do exercício de competências funcionais de órgãos distintos, o estabelecimento de uma ordem de cognição obrigatória das matérias e de desenlace dos procedimentos.

Ou seja, as relações potencialmente sensíveis³⁸ entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade podem ser assim resumidas, no atual direito francês:

- a) o caráter prioritário da QPC organiza a convivência entre a jurisdição constitucional e o sistema dual de jurisdição ordinária;
- b) os controles normativos de convencionalidade e de constitucionalidade não são incumbência de um mesmo órgão; enquanto o primeiro é realizado por qualquer juízo ordinário ou administrativo, o segundo é levado a efeito, em caráter exclusivo, pelo Conselho Constitucional;
- c) a QPC constitui uma garantia adicional de defesa do interesse do jurisdicionado contra eventuais abusos do legislador que possam comprometer seus direitos e liberdades constitucionais, sem prejuízo da proteção do direito internacional;
- d) a QPC não é de suscitação obrigatória, podendo o jurisdicionado optar, livremente, por articular apenas eventual controle de convencionalidade perante a instância ordinária, o que, se for o caso, não levará à suspensão do processo ocasionada pela via da exceção específica para exame de constitucionalidade.

³⁸ GHEVONTIAN, Richard. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité et le Droit de l'Union Européenne: a propos de l'arrêt de la CJUE de 22 juin 2010*. Analele Universitatii din Bucuresti Seria Drept, 2011, 134.

3.4 Das Condições Formais e Materiais de Admissibilidade

A jurisdição (administrativa ou comum) na qual é ofertada a QPC não pode transmiti-la diretamente à jurisdição constitucional.

Há um duplo juízo de admissibilidade (ou de delibação) da exceção.

O primeiro, realizado pelo juiz perante o qual suscitada, se positivo, encaminha a QPC à Corte Superior da instância na qual houve a criação do incidente (Corte de Cassação ou Conselho de Estado).

Nesses órgãos de cúpula, novo exame de admissibilidade é realizado, para, só então, haver a transferência para o Conselho Constitucional.

De todo modo, o duplo regime de admissibilidade submete-se às mesmas condições de direito, que se podem distinguir em formais (extrínsecas) e materiais (intrínsecas).

No plano extrínseco, a QPC há de ser formulada em memorial próprio e motivado³⁹ (com indicação precisa da disposição atacada⁴⁰ e da liberdade ou direito violado pela lei), exigência que tem cabimento não só por força de expressa disposição legal, mas também tendo em vista que tal expediente torna desnecessária a remessa ao Conselho Constitucional do processo de fundo, que permanece suspenso na instância de origem.

A exceção constitucional há ser oposta, ainda, em uma instância em curso (segunda condição extrínseca), em qualquer grau de jurisdição, mesmo recursal (antes, portanto, do trânsito em julgado).

Isso significa, pois, que a QPC não pode ser articulada autonomamente, devendo ser tirada de um processo que descreva uma controvérsia concreta.

Tal pressuposto extrínseco é extremamente relevante, pois a aparta, claramente, dos meios de impugnação de inconstitucionalidade *principaliter*; a questão não constitui uma ação, como ocorre, por exemplo, na jurisdição constitucional brasileira com a ação direta e com a ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, no âmbito do controle *a priori* da própria França, que segue a técnica da via principal, mediante provocação das autoridades designadas taxativamente pelo texto constitucional.

O litígio de fundo, por regra, ocorrerá no âmbito da jurisdição comum ou da jurisdição administrativa, mas há um caso excepcional identificado pela doutrina no qual a QPC poderá ser levantada já no âmbito do próprio Conselho Constitucional: o do contencioso eleitoral.

³⁹ MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Op. Cit.*, p. 54. O artigo informa, ainda, que deverá, no memorial, sob pena de não recebimento, haver a epígrafe Questão Prioritária de Constitucionalidade.

⁴⁰ Os citados autores noticiam também que o Conselho vem sendo rigoroso e, assim, exige a indicação precisa da disposição inquinada de inconstitucionalidade.

É que o Conselho Constitucional funciona, na França, como juiz eleitoral, de tal maneira que, em nessa situação, poderá ser suscitada a QPC para que ele próprio venha a julgá-la.

Há, a propósito, precedente específico nos qual o Conselho Constitucional reconheceu essa peculiaridade, conforme descreve Michel Verpeaux:

“Com efeito, o Conselho Constitucional, decidindo como juiz eleitoral das eleições senatoriais no departamento de Loiret, foi provocado por meio de uma QPC (...), na mesma decisão, ele declarou a QPC admissível (como um juiz de direito comum teria feito) e depois a decidiu (como o Conselho em qualidade de juiz constitucional teria feito) e a aplicou, então, o resultado do julgamento pra regradar o litígio de fundo (semelhantemente ao juiz de direito comum) (decisão n.º 2011-4538, de 12 de janeiro de 2012, Senado, Loiret).”⁴¹

De outro ângulo, por força do art. 23-4 e do art. 23-5 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, articulada a tese de violação a um direito ou liberdade constitucionalmente assegurado, são três⁴² as condições intrínsecas necessárias para que haja o recebimento de uma QPC (tanto pelo juiz da instância na qual for suscitada, como pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, que farão um segundo juízo de recebimento e transmissão ao Conselho Constitucional).

Primeiramente, a disposição legal deve ser aplicável ao litígio ou ao procedimento no qual foi suscitada a exceção, ou, no mínimo, deve constituir fundamento das pretensões deduzidas.

Embora o requisito pareça óbvio, o Conselho Constitucional esclareceu o seu sentido na Decisão n.º 2010-39, no caso *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, no qual proclamou poder a parte atacar não só a lei seca, mas a interpretação jurisprudencial⁴³ da norma aplicável à espécie.

Em segundo lugar, a disposição contestada não pode ter sido, em ocasião anterior, declarada conforme à Constituição por uma decisão do Conselho Constitucional, salvo alteração de circunstâncias.

Nesse ponto, têm lugar as considerações pormenorizadas já realizadas quando do exame do objeto da exceção, que não serão repetidas neste tópico (até em razão dos limites espaciais do presente artigo).

Vale apenas acrescentar que, na hipótese de haver, simultaneamente, diversas QPCs tratando de um mesmo tema, se houver a fixação de um precedente, as demais serão objeto de uma decisão de *non lieu*.

⁴¹ VERPEAUX, Michel. *Op. Cit.*, p. 44.

⁴² LICHÈRE, François et WEAVER, Russel L. *The Remedy of Certiorari. French and U.S. Perspectives*. Stetson Law Review, 2012-13, p. 627.

⁴³ No considerando de n.º 2, tal é a conclusão textual apreendida do seguinte trecho: “Ao formular uma questão prioritária de constitucionalidade, todo jurisdicionado tem o direito de contestar a constitucionalidade da validade efetiva de uma interpretação jurisprudencial referente à disposição.”

Esse provimento declara, em rigor, prejudicada a exceção, já que o primeiro aresto terá eficácia transcendente.

Em razão do efeito vinculante e do caráter objetivo do controle efetivado pelo Conselho, no entanto, o juiz do feito de origem deverá aplicar o entendimento sufragado pela jurisdição constitucional a propósito do *leading case*.

Em terceiro posto, a questão suscitada não pode ser despropositada, de tal sorte a se exigir, de plano, um mínimo de relevância na argumentação, e não a simples intenção de instaurar um procedimento meramente dilatório.

Tal requisito permite aplicar filtro razoavelmente discricionário à questão suscitada e, assim, erigir diques para uma jurisprudência defensiva capaz de evitar o crescimento em demasia do número de QPCs submetidas à jurisdição constitucional.

Em estudo específico realizado sobre a comparação de tal pressuposto de admissibilidade com a realidade norte-americana do *writ of certiorari*, François Lichère afirma que o caráter sério da questão é enfrentado de forma mais exigente no segundo juízo de delibação, feito pela Corte de Cassação ou pelo Conselho de Estado.

Esses tribunais de cume, na percepção do autor, tendem a enviar ao Conselho Constitucional somente as questões constitucionais tidas por novas⁴⁴, o que não ocorreria nas instâncias inferiores, que tendem, no primeiro juízo de admissibilidade, a ser mais permissivas no encaminhamento da exceção e, assim, rejeitam, de plano, apenas aquelas manifestamente incabíveis ou superadas.

O exame estrito de um critério puramente discricionário de admissão, que, no fundo, confunde-se com a própria plausibilidade da questão constitucional, é, de fato, criticável, pelo fato de que, em rigor, acaba por transferir, de forma oblíqua, para as Cortes Superiores, em juízo de delibação, competência em tema de jurisdição constitucional que a Carta Francesa de 1958 deferiu, com exclusividade, ao Conselho Constitucional.

3.5 Dos Efeitos da Decisão do Conselho e das Técnicas de Decisão.

A Constituição reformada em julho de 2008 afirma que uma disposição legislativa declarada inconstitucional pelo Conselho no julgamento de uma questão prioritária de constitucionalidade reputa-se ab-rogada (art. 62) a partir da publicação da decisão proferida.

A leitura de tal dispositivo dá a entender, em um primeiro momento, que estaria descartada a possibilidade de qualquer efeito retroativo do

⁴⁴ *Idem, Ibidem*, p. 627: "ao determinarem se a terceira condição (seriedade) está satisfeita, no entanto, as Cortes Superiores adotam uma abordagem distinta, focalizando se a questão pode ser tida como séria ou nova".

pronunciamento de incompatibilidade da lei com o ordenamento constitucional francês.

Contudo, o texto magno outorga à jurisdição constitucional, no mesmo preceito a tratar do efeito constitutivo-negativo, o poder de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e de projetar a data da ab-rogação para o futuro, hipótese denominada pela doutrina de ab-rogação protraída.

Comanda, a par disso, que a aplicação da decisão pelo poder público e pela jurisdição ordinária deve ser orientada por condições e limites impostos pelo Guardião da Constituição.

O certo é que a cláusula de manipulação dos efeitos é tão aberta, vaga e genérica que, com base nela, tolera-se todo o tipo de modulação temporal da sanção imposta à lei: a ab-rogação imediata, a ab-rogação diferida, bem como a produção de efeitos retroativos⁴⁵.

Talvez o ponto de maior polêmica tenha sido justamente a eventual proscrição dos efeitos retroativos, que poderia ser extraída de uma leitura incauta da primeira parte do art. 62.

Contudo, levada ao extremo a ideia, nem mesmo aquele que teria suscitado a QPC seria beneficiado com sua aplicação, o que seria iníquo e ainda condenaria à obsolescência e ao desuso o instituto.

Daí o Conselho Constitucional ter, em decisão paradigmática, dissipado todas as dúvidas levantadas pela doutrina, no julgamento de 25 de março de 2011 (*Mme. Marie Christine D – pension des enfants*), ao asseverar que, em todo e qualquer caso, a ab-rogação se acompanha, de forma automática, de um efeito imediato no processo no qual surgiu a exceção constitucional veiculada pela QPC.

Nessa mesma decisão, explicitou o seu poder de, premido por razões de segurança jurídica, modular temporalmente a eficácia das suas decisões.

A modulação temporal *pro futuro* acaba por permitir, ainda, um salutar diálogo com o legislador, à medida em que o convida a elaborar nova lei com conteúdo compatível com a Carta no período remanescente de sua vigência. Evita, de outro prisma, a produção imediata de indesejável vácuo legislativo pela revogação da norma atacada e censurada na jurisdição constitucional.

É bem verdade que a jurisprudência do conselho parece caminhar, a passos largos, para o emprego da sofisticada técnica da decisão intermédia de controle de constitucionalidade (praticada, entre outros países, na Alemanha e na

⁴⁵ Confira-se, a propósito, esclarecedora coletânea de artigos intitulada *QPC – La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, publicada sob a coordenação de MAGNO, Xavier. Paris: NexisLexis, 2013. Especialmente à p. 285, há um apanhado de todos os poderes do conselho e dos efeitos de suas decisões: “*Ao lado da ab-rogação, o Conselho Constitucional pode aplicar efeitos imediatos ou retroativos, qualquer que seja a solução escolhida, ab-rogação imediata, ab-rogação diferida, efeito imediato ou anulação. É sempre possível que o Conselho Constitucional precise os efeitos no tempo e as consequências da censura.*”

Itália), que é aquela que não se resume ao juízo de conformidade ou desconformidade com a Constituição, mas exara um provimento situado entre esses dois extremos binários.

Já é largamente empregada, nos dias atuais, por exemplo, a técnica da interpretação conforme⁴⁶ a Constituição, ou de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, que, na França, assumiram o rótulo genérico de provimentos de *réserve de interpretation*. Por vezes, até mesmo decisões manipulativas reconstrutivas⁴⁷ vêm-se desenhando.

A reserva de interpretação faz com que seja fixado o sentido conforme à Constituição passível de ser atribuído a uma dada disposição legal e, assim, define os limites de vinculação da autoridade administrativa e das jurisdições administrativa e comum.

4. Das Notas Conclusivas

O legado de uma Corte Constitucional com poderes de cassação da lei para a França é, talvez, das ideias de Sièyes, aquela que mais demorou para encontrar ressonância no pensamento político francês.

Apegada à tradição da soberania do parlamento, a França figurava, até 2008, como uma dos últimos redutos de resistência à universalização da jurisdição constitucional, tal como engendrada no modelo kelseniano ou mesmo no modelo americano.

Diante da reforma constitucional da QPC e da sua regulamentação ulterior, o Conselho Constitucional caminha, firmemente, no sentido de se consolidar como autêntica jurisdição constitucional, encarregada não só da fiscalização constitucional das leis francesas *a priori*, mas também *a posteriori*.

Sua jurisprudência atual permite não só o pronunciamento de ab-rogação imediata e com efeitos gerais da norma inconstitucional, mas a ampla modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, bem como garante efeito útil ao cidadão que suscita a questão constitucional incidentalmente.

A novidade desse *moyen* tem sido bem recebida pela doutrina e pela jurisprudência francesas, ainda que levemente apegadas à doutrina da soberania

⁴⁶ Comentando a jurisprudência recente, Aurey XAVIER *et al.* afirmam que o Conselho vem julgando constitucionais diversas leis ou disposições sob o abrigo da reserva de interpretação, que equivale, em boa medida, à interpretação conforme à Constituição praticada no direito brasileiro. De forma atenta, porém, anotam, de forma crítica – muito assemelhada, por sinal, à recorrente objeção doutrinária feita no Brasil à atuação do Supremo como legislador positivo – que “*por outro lado, nota-se, em um bom número de julgados, que a fronteira é talvez tênue entre o controle estrito de constitucionalidade da lei e o trabalho de legislador quando o órgão se utiliza da técnica da reserva de interpretação*”. XAVIER, Aurey *et al.* *Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle Française*. 12 Revus J. Const. Theory and Phil. Law, 2010, p. 201.

⁴⁷ Os autores descrevem provimentos intermediários nos quais “*o juiz constitucional completa substantivamente a lei: (neles), o legislador poderia ter redigido a frase ao fim do artigo contestado*”. A observação refere-se à decisão 2009-595, de 3 de dezembro de 2009, sobre a Lei Orgânica regulamentadora do art. 61-1 da Carta.

da vontade geral, como se vê da resistência ao controle de constitucionalidade das leis de origem popular (referendárias).

Pouco a pouco, a Nação da Revolução caminha para enxergar que não é possível conceber lei soberana senão aquela que homenageie à Constituição.

Referências Bibliográficas

- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BLANCHER, Philippe. *Droit Constitutionnel*. 3 Édition. Paris: Hachette, 2015.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *El Control de Convencionalidad: Analisis en Derecho Comparado*. 9 Direito GV L. Review, 2013.
- DRAGO, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Français*. 3 Édition. Paris: Thémis Droit, 2011.
- FORMERY, Simon-Louis, *La Constitution Comentée*. Hachette Supérieur, 2015.
- GHEVONTIAN, Richard. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité et le Droit de l'Union Européene: A propos de l'arrêt de la CJUE de 22 juin 2010*. Analele Universitatii din Bucuresti Seria Drept, 2011.
- GUILLAUME, Marc. La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Justice et Cassation, *Revue Anuelle des Avocats au Conseil D'État et à La Cour de Cassation*, 2010.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- HUTIER, Sophie et PHILIPPE, Xavier. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Marseille: Presses Universitaires d' Aix Marseille, 2011.
- LICHÈRE, François et WEAVER, Russel L. The Remedy of Certiorari. French and U.S. Perspectives. *Stetson Law Review*, 2012-13.
- MAGNO, Xavier. *QPC – La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: NexisLexis, 2013.
- MATHIEU, Bertrand et ROUSSEAU, Dominique. *Les Grandes Decisions de La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: LGDJ, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil e Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERRAND, Pierre. La Question Prioritaire de Constitutionnalité. 27 *Giornale di Storia Costituzionale*, 2014.

VERPEAUX, Michel. *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*. Paris: Hachette Livre, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução: Ivonne Jean. Brasília. Editora da Universidade de Brasília, 1997.

TUSHNET, Mark. *Taking The Constitution Away From The Courts*. Princeton University Press, 1999.

XAVIER, Aurey *et al.* Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle Française. 12 *Revus J. Const. Theory and Phil. Law*, 2010.

*Artigo recebido em 24 de junho de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 06 de novembro de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.07



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

La tutela internazionale dei diritti fondamentali nel lavoro

*Matteo Carbonelli**

Resumo dos editores: Trata-se de discurso apresentado no 8º Congresso Internacional da ANAMATRA, que descreve a tutela internacional dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com especial atenção para a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, e para as Convenções e Recomendações desse organismo internacional que permitem a implementação adequada das obrigações previstas nas quatro áreas-chave daquele instrumento. Por fim, o autor avalia as iniciativas do Mercosul e da União Europeia que dão efetividade a esses princípios e direitos fundamentais laborais no âmbito regional.

Palavras-chave: *Direito do trabalho; Direito internacional; Direitos e Princípios fundamentais; OIT; Mercosul; União Europeia.*

Editors' Abstract. The article, presented as a speech at the 8th ANAMATRA International Congress, describes the international protection of workers' rights, giving special attention to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted in 1998, and to the Conventions and Recommendations related to the implementation of the four key areas provided for in the Declaration. Lastly, the author analyzes MERCOSUR initiatives that implement those principles and rights regionally.

Keywords. *Labor law; international law; fundamental rights and principles; ILO; MERCOSUR; European Union.*

* Docente di diritto internazionale nell'Università della Tuscia, Viterbo; Vice-Presidente dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti dell'Uomo; Direttore Responsabile della Rivista "I Diritti dell'Uomo"

1. La Dichiarazione O.I.L. sui principi e diritti fondamentali nel lavoro.

La tutela dei diritti fondamentali costituisce ormai da tempo un insieme di norme stabilite a livello internazionale, regionale e interno, anche con specifico riferimento al mondo del lavoro.

Ai motivi tradizionali di una disciplina dettata dall'esigenza di assicurare una giustizia sociale attraverso la protezione del lavoratore come parte più debole si è venuta ad aggiungere la consapevolezza crescente che la spinta verso la globalizzazione - intesa come integrazione economica caratterizzata dalla liberalizzazione del commercio internazionale, degli investimenti e dei flussi di capitali - esige un impegno comune per fronteggiare ingiustizie e disuguaglianze e promuovere equità e sviluppo.

In ambito internazionale, tra i risultati più significativi degli sforzi compiuti in questa direzione è certamente di particolare rilievo la *Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti*, adottata il 18 giugno 1998 dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro al termine di lavori avviati già diversi anni prima.

Un primo passo era stato compiuto nel 1995 quando i capi di stato e di governo, riuniti a Copenaghen nel Vertice mondiale sullo sviluppo sociale, assunsero precisi impegni al riguardo e adottarono il Programma di azione relativo ai "diritti fondamentali dei lavoratori" - proibizione del lavoro forzato e del lavoro minorile, libertà sindacale, diritto di associazione e di contrattazione collettiva, pari retribuzione per mansioni di pari valore ed eliminazione di ogni discriminazione nell'accesso al lavoro.

Dopo la Conferenza ministeriale dell'Organizzazione mondiale del commercio tenutasi a Singapore nel 1996, in cui gli Stati hanno ribadito il loro impegno al rispetto delle principali norme del lavoro internazionalmente riconosciute, riconfermando all'OIL, quale organizzazione competente in materia, il loro sostegno nella promozione di dette norme, l'adozione della Dichiarazione ha apportato un rilevante elemento di novità e un contributo determinante all'obiettivo di promuovere il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Essa infatti, dopo aver riaffermato che, in una situazione di interdipendenza economica crescente, è urgente riaffermare questi diritti, stabilisce che tutti gli Stati membri dell'Organizzazione, avendo accettato i principi e i diritti enunciati nella sua Costituzione e poi nella Dichiarazione di Filadelfia, che è stata in questa incorporata, hanno l'obbligo di rispettare, promuovere e realizzare i principi e i diritti ripresi e sviluppati nelle otto convenzioni riconosciute come fondamentali (e ulteriormente affermati in altre convenzioni e raccomandazioni nelle stesse materie) anche qualora non abbiano ratificato tali convenzioni. Queste riguardano essenzialmente le seguenti quattro aree:

- 1) la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva;

- 2) l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio;
- 3) l'abolizione effettiva del lavoro minorile;
- 4) l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego o professione.

2. La libertà sindacale e la contrattazione collettiva.

Prima tra le convenzioni fondamentali cui fa riferimento la Dichiarazione per quanto riguarda la libertà di associazione sindacale è la *Convenzione n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale*, la quale stabilisce per i lavoratori, i datori di lavoro e le loro associazioni alcuni importanti diritti e garanzie in materia.

Anzitutto ai lavoratori e ai datori di lavoro viene riconosciuto in questa convenzione il diritto, senza distinzioni di sorta e senza la necessità di una autorizzazione preventiva, di costituire organizzazioni in cui associarsi ovvero il diritto di affiliarsi ad organizzazioni già esistenti, alla sola condizione di conformarsi ai loro statuti. Lavoratori e datori di lavoro hanno inoltre il diritto di elaborare propri statuti e regolamenti amministrativi, di eleggere liberamente i propri rappresentanti, di organizzare proprie attività e programmi d'azione. Le autorità pubbliche dovranno astenersi dall'intervenire al fine di limitare tale diritto o di intralciarne l'esercizio, e la legislazione nazionale non dovrà recarvi pregiudizio né essere applicata in modo da eludere le garanzie previste dalla Convenzione; inoltre le associazioni di lavoratori e datori di lavoro non potranno essere soggette a scioglimento o sospensione con procedimenti amministrativi. Esse potranno costituirsi in federazioni o confederazioni e ogni organizzazione, federazione o confederazione istituita avrà il diritto di partecipare ad organizzazioni internazionali di lavoratori o datori di lavoro.

Per quel che riguarda la libertà di contrattazione collettiva, occorre ricordare che tale diritto è stato sancito dall'OIL già dal 1944 quando nella Dichiarazione di Filadelfia, incorporata - come già detto - nella sua Costituzione, è stato affermato l'obbligo solenne per l'Organizzazione di favorire l'attuazione, da parte degli stati, di programmi volti a realizzare, tra l'altro, il riconoscimento effettivo del diritto alla contrattazione collettiva.

La *Raccomandazione n. 91 del 1951 sui contratti collettivi* specifica che si intende per contratto collettivo "ogni accordo relativo alle condizioni di lavoro concluso, da una parte, da un datore di lavoro, un gruppo o una o più organizzazioni di datori di lavoro, e, dall'altra, da una o più organizzazioni rappresentative dei lavoratori o, in assenza di queste, dai rappresentanti dei lavoratori interessati, eletti da questi ultimi in conformità alle leggi nazionali".

Secondo questa Raccomandazione ogni contratto collettivo obbliga tanto coloro che lo sottoscrivono quanto i lavoratori in nome dei quali il contratto è concluso, e le relative disposizioni dovranno prevalere cosicché le disposizioni dei

contratti di lavoro individuali contrarie ad un contratto collettivo dovranno essere considerate nulle e sostituite d'ufficio dalle disposizioni corrispondenti del contratto collettivo; ciò ad eccezione del caso in cui esse siano più favorevoli di queste. E' stato dunque in tal modo stabilito fin dal 1951 il principio generale della forza obbligatoria dei contratti collettivi ed il loro primato sui contratti di lavoro individuali.

Una definizione ancora più puntuale è stata data in tempi più recenti dalla *Convenzione n. 154 del 1981 sulla contrattazione collettiva*, la quale ha stabilito che tale termine si applica a tutte le contrattazioni intercorrenti tra un datore di lavoro, un gruppo o una o più organizzazioni di datori di lavoro, da una parte, ed una o più organizzazioni rappresentative dei lavoratori, dall'altra, al fine di: a) fissare le condizioni di lavoro e/o b) regolare i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro e/o c) regolare i rapporti tra i datori di lavoro o le loro organizzazioni e una o più organizzazioni di lavoratori.

Al di là di questi strumenti, che si sono preoccupati di fornire una chiara definizione di contrattazione collettiva, la convenzione fondamentale in materia rimane la *Convenzione n. 98 del 1949 sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva*, che ha ottenuto un'adesione quasi universale in termini di ratifiche, a testimonianza di una generale condivisione dei principi in essa enunciati.

Questa Convenzione prevede diverse garanzie relative alla protezione dei diritti sindacali. Essa dispone anzitutto che i lavoratori devono beneficiare di una protezione adeguata contro ogni atto di discriminazione tendente a pregiudicare la libertà sindacale e, in particolare, contro ogni atto che tenti di subordinare l'impiego di un lavoratore alla condizione che non si iscriva ad un sindacato o cessi di farne parte, o contro atti che mirino a licenziare il lavoratore o a danneggiarlo in ogni altro modo a causa della sua appartenenza o partecipazione all'attività sindacale. Sono considerati atti di ingerenza o atti pregiudizievoli nei confronti dei lavoratori tutte quelle misure tendenti a favorire la creazione di organizzazioni di lavoratori controllate da datori di lavoro o da loro organizzazioni con mezzi finanziari o con qualsiasi altro strumento. La Convenzione prevede inoltre che, ove necessario, dovranno essere istituiti organismi appropriati per assicurare il rispetto del diritto di organizzazione.

La *Convenzione n. 135 del 1971 concernente i rappresentanti dei lavoratori* completa le disposizioni della Convenzione n. 98 in materia di discriminazione antisindacale, in quanto prevede anche una tutela dei rappresentanti nonché le agevolazioni necessarie allo svolgimento delle loro funzioni. Secondo questa convenzione i rappresentanti dei lavoratori potranno essere nominati o eletti dai sindacati o dai lavoratori dell'impresa, secondo la legislazione o gli usi nazionali; e la tipologia dei rappresentanti potrà essere determinata sulla base della legislazione, dei contratti collettivi, di sentenze giudiziarie o decisioni arbitrali.

In merito alla protezione assicurata ai rappresentanti dei lavoratori nell'impresa, la Convenzione dispone in particolare che essi devono beneficiare di una tutela efficace contro ogni misura che possa recare loro pregiudizio, ivi compreso il licenziamento, dovuta a causa derivante dalla loro attività di rappresentanti dei lavoratori o dalla loro partecipazione ad attività sindacali.

La *Raccomandazione n. 143 del 1971 riguardante i rappresentanti dei lavoratori* elenca, a titolo esemplificativo, un certo numero di misure che possono assicurare una protezione efficace contro ingiustificate ritorsioni: definizione dettagliata e precisa dei possibili motivi di licenziamento, consultazione o preavviso di un organismo indipendente o paritario, procedura speciale del ricorso, riparazione efficace in caso di licenziamento ingiustificato, ivi compresa la reintegrazione nel posto di lavoro con la corresponsione dei compensi non pagati e il mantenimento dei diritti quesiti, onere della prova a carico del datore di lavoro, priorità del mantenimento al lavoro dei rappresentanti dei lavoratori in caso di riduzione del personale. Tra le altre facilitazioni per i rappresentanti sindacali la Raccomandazione prevede inoltre la concessione di tempo libero senza perdita di stipendio, l'accesso ai luoghi di lavoro, alla direzione dell'impresa ed ai rappresentanti della direzione, l'autorizzazione a raccogliere contributi sindacali, la distribuzione ai lavoratori di documenti sindacali, ed ogni altra facilitazione ed informazione necessaria allo svolgimento delle loro funzioni.

3. L'eliminazione del lavoro forzato o obbligatorio.

La seconda area disciplinata da convenzioni dell'OIL considerate fondamentali secondo la Dichiarazione del 1998 riguarda l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio.

In linea generale, tale tipo di lavoro è pressoché universalmente vietato e le due convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro che trattano l'argomento – la *Convenzione n. 29 sul lavoro forzato* del 1930 e la *Convenzione n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato* del 1957 – sono, a tutt'oggi, le più largamente ratificate.

L'impegno fondamentale stabilito dalla prima Convenzione è quello di "abolire l'impiego del lavoro forzato o obbligatorio in tutte le sue forme, nel più breve tempo possibile". Tale impegno si configura dunque come obbligo di astenersi ed insieme come obbligo di agire abrogando ogni testo legislativo, regolamentare o amministrativo che preveda o tolleri il ricorso al lavoro forzato o obbligatorio.

La stessa convenzione dà una chiara definizione di lavoro forzato o obbligatorio, come "ogni lavoro o servizio preteso da un individuo sotto la minaccia di una qualsiasi pena e per il quale detto individuo non si è offerto volontariamente". E' stato poi precisato, durante il dibattito in seno alla Conferenza Internazionale del Lavoro, che la pena cui la convenzione si riferisce non deve necessariamente rivestire la forma di una sanzione penale, potendo

consistere anche nella privazione di un qualsiasi diritto o vantaggio del lavoratore obbligato. La stessa Convenzione prevede però delle eccezioni, escludendo dal suo ambito di applicazione:

- a) i lavori o servizi richiesti per legge durante il servizio militare obbligatorio e con carattere puramente militare;
- b) i lavori o servizi rientranti nei normali obblighi civici dei cittadini di un Stato che si autogoverna liberamente;
- c) i lavori o servizi pretesi da un individuo in conseguenza di una condanna pronunciata a seguito di giudizio, a condizione che tali lavori o servizi siano eseguiti sotto la sorveglianza ed il controllo delle autorità pubbliche e che l'individuo che deve svolgerli non sia messo a disposizione di privati o di qualsiasi persona priva di morale;
- d) i lavori o servizi richiesti in casi di forza maggiore, come nei casi di guerra, calamità o incendi, inondazioni, carestie, terremoti, invasioni di animali, insetti o parassiti nocivi per la vegetazione, ed in generale tutte le circostanze che mettano in pericolo o a rischio le normali condizioni di vita della totalità o di una parte della popolazione;
- e) i cosiddetti "lavori di paese" ovvero lavori eseguiti in piccoli centri nell'interesse della collettività da parte dei membri della stessa e che possono essere considerati come normali obblighi civici, a condizione che i membri della stessa collettività o i loro diretti rappresentanti abbiano il diritto di pronunciarsi sulla loro opportunità. Rientrano nella categoria essenzialmente i lavori di manutenzione o, eccezionalmente, quelli relativi alla costruzione di determinati edifici destinati a migliorare la condizione sociale della popolazione del paese (piccole scuole, sale di consultazione e cure mediche, etc)

L'altra convenzione, la n. 105 del 1957, più che ad una revisione della precedente, mira a completarne la portata. Secondo l'art. 1, infatti, gli Stati ratificanti si impegnano ad abolire il lavoro forzato o obbligatorio e a non ricorrervi neppure attraverso altre forme, quali misure di coercizione o indottrinamento politico o sanzioni contro persone che abbiano o esprimano determinate opinioni politiche o manifestino la propria opposizione ideologica all'ordine politico, sociale o economico costituito, ovvero anche metodi di utilizzazione di manodopera ai fini di sviluppo economico, misure disciplinari o punizioni per la partecipazione a scioperi, misure di discriminazione razziale, sociale, nazionale o religiosa.

4. L'abolizione del lavoro minorile.

La terza area disciplinata da una convenzione fondamentale, secondo la Dichiarazione del 1998, riguarda l'abolizione effettiva del lavoro minorile.

Può ricordarsi a questo proposito che la lotta contro lo sfruttamento economico dei fanciulli ha avuto inizio a livello internazionale con la stessa istituzione dell'OIL, per la quale la protezione dei fanciulli contro il lavoro e dei fanciulli al lavoro costituisce uno dei mandati assegnati fin dal Preambolo della sua Costituzione.

Già infatti nella prima sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, veniva adottata la *Convenzione n. 5 sull'età minima per i lavoratori dell'industria*; e successivamente tra il 1919 ed il 1972 la Conferenza ha adottato e rivisto più di dieci convenzioni e quattro raccomandazioni relative all'età minima di ammissione all'impiego dei minori in diversi settori di attività. Inoltre, la tutela dell'OIL si è estesa alle condizioni di lavoro di bambini e adolescenti, il cui impiego non era mai stato in precedenza proibito da norme di diritto internazionale, attraverso l'adozione di numerosi strumenti disciplinanti il lavoro minorile notturno e gli esami medici da assicurare ai fanciulli che svolgano un'attività lavorativa. Anche a questo proposito occorre richiamare la già citata *Convenzione sul lavoro forzato* del 1930 che, pur non menzionando specificamente i minori, stabiliva in generale l'abolizione di tutte le forme di lavoro forzato o coatto.

Deve ricordarsi altresì che i due Patti internazionali adottati nel 1966 dalla Assemblea Generale dell'ONU contengono norme che riguardano anche il lavoro minorile. Infatti, mentre il *Patto sui Diritti Civili e Politici* stabilisce il divieto di tenere qualcuno in condizioni di schiavitù o servitù e di esigere lavori forzati o coatti, nel *Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali* si richiede agli Stati contraenti di predisporre misure idonee alla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'impiego in attività lavorative che potrebbero nuocere alla loro salute o crescita armoniosa; e al contempo, gli Stati contraenti s'impegnano a stabilire nei propri ordinamenti un'età minima per l'ingresso nel mondo del lavoro e misure sanzionatorie per chi contravvenga a tali disposizioni.

Nel 1973, poi, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha adottato la *Convenzione n° 138 sull'Età Minima di Ammissione al Lavoro*, la quale abroga i precedenti strumenti adottati dalla stessa Organizzazione e trova applicazione in ogni ambito lavorativo. Questa convenzione impegna gli Stati ratificanti a perseguire politiche volte alla totale abolizione del lavoro minorile, stabilendo nel contempo che nessun individuo può essere ammesso a svolgere qualsiasi tipo di impiego se di età inferiore a quella stabilita per il completamento dell'istruzione obbligatoria e, comunque, non prima dei quindici anni; tale limite di età s'innalza a diciotto anni per ogni attività che possa compromettere, in qualsiasi modo, la salute, la sicurezza o la moralità della persona.

Con un approccio sistematico volto a disciplinare tutti gli aspetti che compongono il mondo dell'infanzia, nel 1989 è stata adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU la *Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo*, che conta ad oggi il maggior numero di ratifiche essendo stata ratificata dalla quasi totalità degli Stati esistenti. In questa convenzione i diversi aspetti che

concernono i minori sono trattati come un *unicum* indivisibile, e considerati tra di loro strettamente interconnessi per un equilibrato sviluppo della persona; cosicché si può affermare che tutte le disposizioni che, in essa, riconoscono diritti quali quello alla salute, allo studio, ad un ambiente sano, al riposo e allo svago, esplicano la loro efficacia anche nel settore del lavoro minorile. In maniera più specifica esiste peraltro, tra gli articoli della Convenzione, una norma ad hoc, l'art.32, che enuncia il diritto dei minori ad essere tutelati da forme di lavoro che possano comportare rischi e comprometterne la salute, l'istruzione o lo sviluppo, e che impone, inoltre, agli Stati di stabilire le età minime per l'ammissione al lavoro, regolamentando al contempo le condizioni lavorative.

Alla Convenzione sui diritti dell'infanzia si affiancano tre Protocolli approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nel 2000 i primi due, concernenti rispettivamente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e la vendita, la prostituzione e la pornografia dei bambini, e nel 2011 il terzo, concernente la procedura di reclamo.

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro, da parte sua, ha accompagnato tale rilancio d'interesse impegnandosi più attivamente nella lotta contro il lavoro minorile e ha lanciato nel 1992 il *Programma internazionale per l'abolizione del lavoro dei fanciulli (IPEC)*, un programma di cooperazione tecnica tra Stati di grande portata. Nella stessa linea, dopo l'adozione nel 1998 della Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali nel lavoro, che appunto prevedono, tra l'altro, l'abolizione effettiva del lavoro minorile, il 17 giugno del 1999 è stata adottata la *Convenzione n° 182 sull'eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile* unitamente alla *Raccomandazione n° 190* che la accompagna.

Questa Convenzione, che è stata ratificata ad una velocità senza precedenti da un alto numero di Stati membri, molti dei quali hanno deciso di ratificare contemporaneamente anche la Convenzione n° 138 sull'età minima di ammissione al lavoro, pone come principio cardine la necessità che determinate attività, definite come "peggiori forme di lavoro minorile", non siano più tollerate e che, di conseguenza, siano oggetto di una progressiva eliminazione. L'art. 3 della Convenzione, unitamente alla Raccomandazione n° 190, fornisce un dettagliato elenco di tali attività, che sono interdette per i fanciulli di età inferiore ai diciotto anni e che includono:

- a) tutte le forme di schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, quali la vendita o la tratta di minori, la servitù per debiti e l'asservimento, il lavoro forzato o obbligatorio, compreso il reclutamento forzato o obbligatorio di minori ai fini di un loro impiego nei conflitti armati;
- b) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore a fini di prostituzione, di produzione di materiale pornografico o di spettacoli pornografici;

- c) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore ai fini di attività illecite, quali, in particolare, quelle per la produzione e per il traffico di stupefacenti, così come sono definiti dai trattati internazionali pertinenti;
- d) qualsiasi altro tipo di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischi di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore.

5. L'eliminazione della discriminazione nel lavoro.

Il quarto gruppo di diritti fondamentali che, secondo la Dichiarazione OIL del 1998, tutti gli Stati membri sono comunque obbligati a rispettare, promuovere e realizzare, riguarda l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e di professione. Già la Costituzione dell'OIL aveva indicato nel 1919 tale principio tra quelli di una importanza "particolare ed urgente" che devono guidare la politica dell'Organizzazione; e aveva inoltre stabilito che le "norme dettate in materia di lavoro in ogni Paese dovranno assicurare un trattamento economico applicabile a tutti i lavoratori legalmente residenti nel Paese". Con una risoluzione adottata nel 1938, la Conferenza internazionale del Lavoro aveva inoltre invitato tutti i Membri dell'Organizzazione "ad applicare il principio di uguaglianza di trattamento ad ogni lavoratore residente sul territorio ed a rinunciare a tutte le misure eccezionali che possano discriminare in particolare lavoratori appartenenti a determinate razze o confessioni religiose per quel che riguarda il loro impiego pubblico o privato".

La Dichiarazione di Filadelfia del 1944 ha successivamente affermato che ogni essere umano, quale che sia la sua razza, la sua confessione religiosa o il suo sesso, ha il diritto di perseguire la propria crescita materiale e spirituale nella libertà e nella dignità, nella sicurezza economica e con uguali opportunità, aggiungendo altresì che la realizzazione delle condizioni che permettano di raggiungere tali risultati costituisce lo scopo centrale di ogni politica nazionale ed internazionale, e che tutti i programmi d'azione e le misure adottate sul piano nazionale ed internazionale, specialmente in ambito economico e finanziario, devono essere valutate da questo punto di vista ed accettate solamente nella misura in cui appaiano atte a favorire, e non ad intralciare, la realizzazione di questi obiettivi fondamentali.

La *Convenzione n. 100 sull'uguaglianza della remunerazione* del 1951, accompagnata dalla *Raccomandazione n. 90*, è stata il primo strumento avente forza vincolante sul piano internazionale ad essere adottato per promuovere l'uguaglianza tra uomo e donna nel lavoro ed eliminare la discriminazione nella retribuzione; la Convenzione riguarda infatti, senza eccezioni, "la manodopera maschile e femminile" ed il principio si applica in maniera generale sia al settore pubblico sia al settore privato.

Secondo l'art. 1 della Convenzione, il termine "remunerazione" comprende il salario o il trattamento ordinario di base ed ogni altro vantaggio

pagato direttamente o indirettamente in denaro o in natura dal datore di lavoro al lavoratore in ragione del suo impiego. Tale definizione, enunciata in termini molto ampi, cerca di assicurare, come si vede, che l'uguaglianza non sia limitata al salario di base o ordinario, né costretta in restrizioni terminologiche.

L'art. 2 della Convenzione individua i mezzi che possono assicurare un eguale trattamento retributivo tra uomo e donna. È necessario, anzitutto, che la legislazione nazionale modifichi o abroghi tutte le disposizioni legislative in vigore che violano il principio di uguaglianza nella remunerazione; inoltre, occorrerà vigilare affinché gli organi che su scala nazionale sono deputati a fissare il livello di salario applicabile conformino il loro operato ed i criteri seguiti al dettato della Convenzione; infine, bisognerà conformare i contratti collettivi tra datori di lavoro e lavoratori alla Convenzione stessa, affinché possano contribuire efficacemente all'applicazione del principio di uguaglianza di trattamento.

Un notevole passo avanti è stato successivamente fatto con l'adozione nel 1958 della *Convenzione n. 111 sulla discriminazione nell'impiego e nella professione*, che si applica a tutti i lavoratori, nazionali o stranieri, impiegati in settori pubblici o privati, soggetti a qualsiasi forma di discriminazione.

Questa Convenzione dà una definizione generale di discriminazione come "ogni distinzione, esclusione o preferenza, fondata su determinati criteri, che ha l'effetto di eliminare o alterare l'uguaglianza di opportunità e di trattamento in materia di professione o di impiego".

Dalla definizione riportata si possono desumere tre elementi: un elemento di fatto che costituisce la differenza di trattamento, ossia l'esistenza di una distinzione, esclusione o preferenza, che possono dipendere tanto da disposizioni legislative quanto da comportamenti pratici; un criterio che provoca tale diversità di trattamento; e il risultato obiettivo della discriminazione (e cioè l'eliminazione o l'alterazione dell'uguaglianza di opportunità o di trattamento). Grazie a tale ampia definizione la Convenzione copre dunque ogni forma di discriminazione che possa nuocere all'uguaglianza di opportunità o di trattamento nel lavoro.

Circa gli effetti della discriminazione, il dettato della norma pare riferirsi tanto alla discriminazione diretta quanto a quella indiretta. La prima, si attua attraverso ogni tipo di disposizione, legislativa o meno, che escluda o pregiudichi espressamente determinate categorie di lavoratori in funzione di caratteristiche quali età, sesso, stato civile o idee politiche. La discriminazione indiretta, invece, si realizza attraverso ogni tipo di disposizione apparentemente non discriminante, che rechi in realtà effetti negativi ad un numero cospicuo di lavoratori facenti parte di un gruppo, indipendentemente dalla loro attitudine a svolgere un lavoro. Tale ultimo tipo di discriminazione si verifica, infatti, in un contesto in cui sono applicati a tutti i lavoratori i medesimi criteri e trattamenti o le stesse condizioni, approdando però, in misura sproporzionata, a conseguenze sfavorevoli a carico di taluni soggetti, a causa di caratteristiche quali la razza, il colore della pelle, il sesso o la religione, e senza che tali caratteristiche influiscano in senso stretto sulle esigenze inerenti al lavoro svolto.

E' infine da sottolineare che la Convenzione, dato il tenore della disposizione citata, fornisce una tutela contro ogni tipo di discriminazione, indipendentemente dal carattere intenzionale della stessa, a prescindere dalla volontà di colui che la realizzi e senza bisogno che ne esista un autore identificabile.

6. I seguiti della Dichiarazione.

Per tutti questi principi e diritti, sanciti nelle convenzioni fondamentali che abbiamo sopra sommariamente richiamato, la Dichiarazione del 1998 sui principi e diritti fondamentali nel lavoro, stabilisce dunque, come abbiamo detto, l'obbligo di assicurarne il rispetto e la promozione non solo per tutti gli Stati contraenti, ma anche per tutti gli Stati membri che non abbiano ancora ratificato quelle convenzioni, in quanto si tratta appunto di principi già enunciati nella Costituzione dell'OIL e nella Dichiarazione di Filadelfia. Parallelamente a questo obbligo degli Stati, la Dichiarazione stabilisce inoltre l'obbligo dell'Organizzazione di fornire ad essi assistenza allo scopo di conseguire tali obiettivi, offrendo cooperazione tecnica e servizi di consulenza mirati a promuovere la ratifica e l'applicazione delle convenzioni fondamentali e in ogni caso a realizzare i principi riguardanti i diritti fondamentali oggetto di queste. E altresì la Dichiarazione stabilisce tra i suoi seguiti un meccanismo volto ad incoraggiare gli sforzi compiuti in tal senso dagli Stati.

Questo meccanismo dei seguiti, che costituisce parte integrante della Dichiarazione, prevede la presentazione annuale, da parte degli Stati che non hanno ancora ratificato le convenzioni fondamentali, di rapporti su ogni cambiamento intervenuto nella loro legislazione e nella prassi per l'attuazione dei principi sanciti in queste convenzioni; prevede inoltre la presentazione di un rapporto globale del Direttore generale dell'Organizzazione, che copre ogni anno, a turno, una delle quattro aree suindicate di principi e diritti fondamentali; ed infine, a conclusione dell'esame da parte della Conferenza internazionale del Lavoro, l'adozione di piani di azione per la cooperazione tecnica da attuare nel successivo quadriennio, specificamente concepiti per mobilitare le risorse interne ed esterne necessarie alla loro esecuzione.

Con lo scopo di approfondire i diversi effetti della globalizzazione sui diritti sociali, in particolare nel mondo del lavoro, la stessa Organizzazione Internazionale del Lavoro ha poi istituito nel 2002 una *Commissione mondiale sulla dimensione sociale della globalizzazione*, che già nel 2004 ha pubblicato un rapporto intitolato "Una globalizzazione giusta: creare opportunità per tutti", evidenziando, tra l'altro, la necessità di regole etiche per la globalizzazione e affermando che queste già possono essere rinvenute nella Carta delle Nazioni Unite, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nella Dichiarazione OIL sui principi fondamentali nel lavoro.

Sulla base dei lavori della Commissione, il 10 giugno 2008 la Conferenza internazionale del lavoro ha adottato all'unanimità la *Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta*, considerata la terza solenne enunciazione di principi e politiche in materia dopo la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 e la predetta Dichiarazione del 1998.

Questa Dichiarazione non soltanto adotta un piano d'azione sui temi oggetto del rapporto della Commissione, ma stabilisce anche un'Agenda del lavoro dignitoso, istituzionalizzando e ponendo al centro delle politiche dell'OIL un concetto già elaborato a partire dal 1999, con gli obiettivi, in particolare, della promozione dell'occupazione con una giusta retribuzione, del potenziamento di strumenti di protezione sociale anche attraverso il dialogo sociale, e della promozione e dell'attuazione dei principi e diritti fondamentali nel lavoro.

Oltre alle otto convenzioni definite come fondamentali dalla Dichiarazione del 1998, la Dichiarazione del 2008 sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta definisce come "*prioritarie*" altre convenzioni particolarmente significative, individuando finora come tali, in un elenco che sarà oggetto di aggiornamento periodico, quattro convenzioni, e precisamente la *Convenzione n. 81 del 1947 sull'ispezione del lavoro*, la *Convenzione n. 122 del 1964 sulla politica dell'impiego*, la *Convenzione n. 129 del 1969 sull'ispezione del lavoro agricolo* e la *Convenzione n. 144 del 1976 sulle consultazioni tripartite*.

7. I diritti fondamentali nel lavoro in ambito europeo.

Esula dallo scopo di questo studio la trattazione approfondita dei principi e diritti fondamentali adottati in materia di lavoro a livello regionale.

A conclusione, peraltro, e al fine di avere un, sia pur sommario, quadro complessivo, non può non ricordarsi sinteticamente che, per quanto riguarda l'Europa, è venuto man mano a costituirsi tutto un *corpus* di norme, sicuramente avanzato, che riprende e sviluppa i principi e i diritti adottati, come si è sopra indicato, sul piano internazionale, pur con alcune permanenti criticità, in particolare per quanto riguarda l'attuazione concreta.

In ambito Consiglio d'Europa, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950, sancisce - per la prima volta in maniera vincolante dopo la enunciazione di principi contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e per di più per la prima volta con l'istituzione di una Corte internazionale per assicurarne l'osservanza - tra i diversi altri diritti e libertà, la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, la libertà di riunione e di associazione, il divieto di discriminazione.

Successivamente la *Carta Sociale Europea*, firmata a Torino il 10 ottobre 1961 e poi riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996, più specificamente in materia afferma una serie numerosa di principi e diritti, che comprendono il diritto al

lavoro e ad eque condizioni di lavoro, il diritto di partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro, il diritto alla sicurezza e all'igiene sul lavoro, il diritto alla dignità sul lavoro, il diritto ad un'equa retribuzione, il diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso, il diritto dei lavoratori aventi responsabilità familiari alla parità di opportunità e di trattamento, i diritti dei bambini e degli adolescenti nonché i diritti delle lavoratrici madri e i diritti delle persone portatrici di handicap ad una tutela in materia di lavoro, i diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, i diritti sindacali, il diritto di negoziazione collettiva, il diritto all'orientamento e alla formazione professionale, il diritto all'informazione e alla consultazione, il diritto dei lavoratori alla protezione dei loro crediti in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro, il diritto alla sicurezza sociale, il diritto dei rappresentanti dei lavoratori ad una tutela nell'ambito dell'impresa e a particolari agevolazioni da concedere loro, il diritto ad una tutela dei lavoratori in caso di licenziamento, il diritto all'informazione e alla consultazione nelle procedure di licenziamenti collettivi.

In ambito Unione Europea, dalle scarse indicazioni contenute nei trattati istitutivi delle tre originarie Comunità - inizialmente nel quadro degli obiettivi prettamente economici che ispiravano l'integrazione nel mercato comune, con il fine essenzialmente di evitare, con i fenomeni di *social dumping*, una distorsione della concorrenza derivante dalla presenza in alcuni paesi di norme meno protettive in materia di lavoro - sempre più si afferma la necessità di una maggiore tutela del lavoro e si fa strada, in particolare negli anni '70, l'idea della creazione di uno "spazio sociale europeo".

In questo nuovo quadro è stato tra l'altro approvato dal Consiglio nel 1974 il primo "Programma di azione sociale", sulla cui base sono state successivamente adottate diverse importanti direttive, fino ad arrivare all'adozione della *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*, firmata a Strasburgo il 9 dicembre 1989 dai Capi di Stato e di Governo, ad eccezione di quello britannico.

La Carta comunitaria proclama, tra l'altro, dodici diritti sociali fondamentali, in parte già sanciti dal Trattato istitutivo nelle sue successive modifiche intervenute, in parte nuovi. Tali diritti fondamentali comprendono la libera circolazione dei lavoratori, il diritto all'impiego e alla retribuzione sufficiente, il diritto al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, il diritto ad una protezione sociale adeguata, la libertà di associazione e contrattazione collettiva, la formazione professionale continua e permanente, la parità di trattamento e di opportunità tra uomini e donne, in particolare con riferimento all'accesso al lavoro e alle condizioni di lavoro, il diritto dei lavoratori all'informazione, alla consultazione e alla partecipazione, la tutela della salute nell'ambiente di lavoro, la protezione dei minori, degli anziani e dei portatori di *handicap*.

Pur essendo in sé sprovvista di valore vincolante, in quanto dichiarazione di principi, la Carta comunitaria ha costituito una base importante della successiva evoluzione in materia, tanto che il Trattato di Amsterdam del 1997 contiene, nell'art.136, così come poi il TFUE di Lisbona nell'art. 151, un espresso riferimento ad essa, insieme alla Carta sociale europea, con un impegno a "tenere presenti" i suddetti principi e diritti nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale. Ciò, peraltro, diversamente dai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, per i quali già nel 1992 il Trattato di Maastricht, nell'art. 6, stabiliva invece un obbligo di "rispetto", in quanto principi generali del diritto comunitario.

Rifondendo e sviluppando principi e diritti contenuti in precedenti documenti e aggiungendone di nuovi, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dai Presidenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione, afferma la centralità dei diritti sociali nel sistema giuridico europeo, ponendoli sullo stesso piano degli altri diritti fondamentali. Tra gli altri principi e diritti essa sancisce infatti la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, la libertà professionale e il diritto di lavorare, la non discriminazione, la parità tra uomini e donne, l'inserimento dei disabili; e sancisce inoltre, nel capo IV intitolato alla solidarietà, il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione, il diritto di negoziazione e di azioni collettive, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro, il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale.

I principi e i diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza sono diventati giuridicamente vincolanti in virtù dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, che attribuisce a tale Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati (con una clausola peraltro di *opting out* introdotta dal Protocollo n. 30 per il Regno Unito e la Polonia e successivamente ottenuta anche dalla Repubblica Ceca), mentre l'intero titolo X del Trattato di Lisbona è dedicato alla politica sociale.

8. I diritti fondamentali nel lavoro in ambito latino-americano.

Nel continente sudamericano si sono avuti anche sviluppi molto interessanti, di cui abbiamo avuto occasione di discutere con illustri giuristi brasiliani nel corso del Seminario italo-brasiliano di diritto del lavoro, svoltosi in più riprese a partire dal 2004 come evento itinerante in diverse Università del Brasile oltre che in diverse Scuole della Magistratura del Lavoro.

Nell'ambito del MERCOSUL, acronimo portoghese, o MERCOSUR, acronimo spagnolo del Mercato Comune del Sud, proprio a seguito della Dichiarazione dell'OIL relativa ai principi e diritti fondamentali nel lavoro, sopra esaminata, è stata adottata dai Capi di Stato e di Governo a Rio de Janeiro il 10 dicembre 1999 una *Declaração Sociolaboral*, che a quella Dichiarazione fa

espesso richiamo, ed è stata insieme creata una *Comissão Sociolaboral* per dare ad essa concreta attuazione.

La *Declaração* (che ha la forma di una raccomandazione per l'intento di stabilire standard di protezione più elevati, evitando i prevedibili maggiori compromessi di un accordo internazionale) dopo aver proclamato l'uguaglianza di tutti i lavoratori e il principio di non discriminazione, prevede azioni positive al fine di rendere effettivi questi principi sia per quanto riguarda la parità di trattamento e di opportunità tra uomini e donne sia nei confronti dei disabili; garantisce ai lavoratori migranti uguaglianza di diritti e condizioni di lavoro rispetto ai lavoratori nazionali, prevedendo anche norme e procedure comuni per la circolazione dei lavoratori; proclama quindi il divieto del lavoro forzato e il divieto del lavoro infantile insieme alla protezione del lavoro degli adolescenti; garantisce poi la libertà di associazione e la libertà sindacale, il diritto alla contrattazione e il diritto di sciopero, mentre riconosce ai datori di lavoro il diritto di organizzare e dirigere l'impresa in conformità alle leggi e alle prassi nazionali.

Con la *Declaração* i governi si impegnano inoltre a promuovere sistemi preventivi e alternativi di soluzione delle controversie di lavoro, a sviluppare il dialogo sociale, a promuovere politiche dell'occupazione, anche correggendo squilibri regionali; si impegnano infine alla protezione dei disoccupati, all'adozione di programmi per l'orientamento e la formazione professionale, alla salvaguardia della salute e della sicurezza sul lavoro, al mantenimento di adeguate condizioni di lavoro controllate da un sistema di ispezioni, alla garanzia di un sistema di sicurezza sociale.

Al fine di promuovere l'attuazione di questi diritti fondamentali sanciti nella *Declaração*, è stata istituita, quale organo ausiliario del *Grupo Mercado Comum* che è l'organo esecutivo del MERCOSUL, la *Comissão Sociolaboral*, a composizione tripartita e dotata di istanze nazionali e regionali, con il compito, tra l'altro, di esaminare i rapporti presentati dagli Stati, analizzare le osservazioni sulle difficoltà da questi incontrate e formulare programmi di azione e raccomandazioni per la migliore applicazione della Dichiarazione.

Si tratta di prime iniziative importanti, le quali hanno peraltro costituito la base di successivi sviluppi che, dopo l'adozione nel 2004 della *Estratégia Mercosul de Crescimento do Emprego*, hanno già visto la creazione nel 2009 dell'Istituto Sociale del MERCOSUL e potranno avere altri seguiti interessanti per la promozione e l'attuazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro.

*Artigo recebido em 14 de junho de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 25 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.08



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Estándares jurídicos para la evaluación de políticas sociales: un análisis de la judicialización del derecho a la vivienda en la Argentina

María Carlota Ucín *

Resumen: El control judicial de las políticas públicas, adecuadamente entendido, no importa la sustitución del legislador ni de los técnicos especializados por parte del juez. Al contrario, su rol se circunscribe al control de las políticas existentes -o de la omisión de preverlas- a la luz de los estándares constitucionales o convencionales de protección de los derechos humanos.

El problema central consiste entonces, en determinar cómo deba hacerse dicho control para dar legitimidad sustantiva a las decisiones judiciales. Esto impone revisar las adecuaciones procesales necesarias para dar cabida a estos cuestionamientos en el seno de un proceso legítimo. Sin embargo, aquí, por razones de espacio habré de referirme exclusivamente a algunos aspectos de la decisión judicial, como aporte para determinación de estándares decisorios en la materia. Para ello, exploraré la judicialización del derecho a la vivienda en la Argentina.

Palabras clave: *derechos sociales, de-*

recho a la vivienda, políticas sociales-estándares normativos, control judicial.

Abstract. The judicial review of social policies does not imply the substitution of the legislative or the technician's work by the judge. On the contrary, their role is limited to the review of those public policies under the standards of human rights.

The main problem then is to determine how is that review due to be done in order to legitimate substantively those judicial decisions. This implies the consideration of procedural reforms that should be introduced for that purpose. Among those modifications, this paper focuses on the motivation of judicial decision and the importance of normative standards in order to do such review. For that end I explore the judicialization of right to shelter in Argentina.

Keywords. *social rights, right to shelter-public policies, normative standards, judicial review.*

* Abogada, graduada en la Universidad Nacional de La Plata -UNLP- Premio Medalla de Oro (2002), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina), Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante) y candidata a Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Es miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, en donde se desempeña como docente de grado y post-grado, además de hacerlo en la Universidad de Palermo. Asimismo, es Auxiliar Letrada en la Procuración General de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

1. Introducción

La judicialización de los derechos sociales en la Argentina ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, especialmente a partir de la reforma constitucional operada en 1994. Así, se han multiplicado los reclamos fundados en estos derechos recogidos constitucionalmente de modo directo, en la parte dogmática de la Constitución Nacional¹ o a través de la elevación a rango constitucional de sendos Pactos de Derechos Humanos.²

El fenómeno podría explicarse a partir de tal ensanchamiento del plexo protectorio pero también del reconocimiento de la "incidencia colectiva" de los derechos y de la consiguiente ampliación de la legitimación reconocida para su vindicación judicial, haciéndola extensiva a supuestos extraordinarios, tales como la que se reconoció en cabeza del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones u Organizaciones no gubernamentales (ONG's).³

Sin embargo, estos dos factores resultan por sí solos insuficientes para comprender la trascendente modificación que se ha venido operando en nuestra práctica constitucional. Tales elementos cobran su verdadero sentido explicatorio cuando se los vincula con el dato histórico de que concomitantemente con dicha reforma y las citadas ampliaciones protectorias de derechos, se producía en nuestro país una intensa reforma de Estado, que lo alejaba de sus incipientes formas de Estado Social para dar cumplimiento a los mandatos internacionalmente impuestos y conocidos como el Consenso de Washington.⁴

1 Por ejemplo, la incorporación del derecho a un medioambiente sano (art. 41), derecho de los consumidores y usuarios (art. 42) y derechos de incidencia colectiva en general (art. 43).

2 Por el inciso 22 del artículo 75, se incorporaron con jerarquía constitucional los siguientes instrumentos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, declara dicho inciso que los tratados y los concordatos celebrados con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

3 Todo ello a partir de lo prescripto en el artículo 43 de la CN que en su parte pertinente reza:

*"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los **derechos de incidencia colectiva en general**, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."*

Argumentando en el mismo sentido, puede verse: ABRAMOVICH, Víctor, *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales* y MAURINO, G. – Nino, E., *Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires*, en: ABRAMOVICH, V. – PAUTASSI, L. (Comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp 1-89 y 173-206, respectivamente.

4 Sin embargo, como los destacan Abramovich y Pautassi, las políticas sociales latinoamericanas continúan definiéndose en el seno de los organismos internacionales de crédito. Se habla así de un consenso post-

Esta discordancia casi "esquizofrénica"⁵ entre los derechos prometidos constitucionalmente y el rumbo político efectivamente seguido por los gobiernos sucesivos ha sido el fermento apropiado para la judicialización de esos nuevos derechos,⁶ ya sea a través de su planteamiento por los propios afectados, o por los legitimados extraordinarios, en este caso, haciendo planteos que pusieran de relieve la defensa del interés público involucrado.

Sin embargo, esta nueva práctica no deja de generar múltiples problemas teóricos aún no acabamente abordados por la doctrina. El planteamiento de estos derechos en sede judicial pone de manifiesto las varias inadecuaciones que los moldes procesales tradicionales presentan para el abordaje de cuestiones caracterizadas por su *trascendencia colectiva* y un *contenido eminentemente prestacional*, que se refleja en la circunstancia de que el cuestionamiento de derechos sociales impone, la mayor parte de las veces, la revisión de políticas

Washington, por el cual se incorpora la idea de la institucionalidad y la gobernabilidad, en el sentido de proveer "mejores instituciones" y "buenas prácticas" para optimizar el funcionamiento de los mercados. En ese contexto, se habla también de cierta debilidad institucional de las políticas sociales, basados en el otorgamiento de beneficios asistenciales, desprovistos de la garantía de derechos. Esto ha dado lugar al surgimiento de una segunda generación de programas sociales, que propone incorporar un marco de derechos. En esta línea, numerosas agencias de cooperación para el desarrollo e instituciones internacionales como el Departamento de Desarrollo Internacional del Gobierno del Reino Unido (DFID), el Organismo Sueco de Cooperación para el Desarrollo Internacional (OSDI), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), han planteado la necesidad de reforzar ese vínculo entre las estrategias de desarrollo y el derecho internacional sobre derechos humanos. Para ello, han elaborado nuevos marcos conceptuales basados en reglas y estándares de derechos humanos. No obstante, cabe el señalamiento crítico de los autores que destacan que pese a tal retórica, se sigue insistiendo en la elaboración de programas sociales focalizados, lo que resulta sustancialmente opuesto a la lógica universalista que debe guiar al reconocimiento de derechos. Véase: *El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales*, en: *En la revisión judicial de las políticas sociales...*, cit., pp 280-284. También puede verse: ABRAMOVICH, V., *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL, N°88, abril de 2006, pp 35-50.

5 Según ABRAMOVICH, Víctor, *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales*, cit., p7.

6 Una de las tesis que daba fundamento al diseño de un Estado mínimo, con políticas sociales focalizadas, sostenía que una vez eliminada la intervención estatal, a partir de la liberalización de mercados, apertura comercial, atracción de inversiones, reducción del sector público y programas asistenciales focalizados dirigidos a los sectores más pobres, el intercambio mercantil promovería el crecimiento económico y operaría un efecto derrame de la riqueza. Lo que hacía ver a los derechos sociales como un gasto para las finanzas estatales. Puede valer de ejemplo la referencia a la sanción, en el año 1995, un año después la reforma constitucional de una ley irónicamente llamada de "solidaridad previsional" (Ley 24.463), que vino a crear nuevas instancias recursivas para los reclamos previsionales, a establecer la "excepción de falta de recursos" a favor del Estado para eximirlo de pagar condenas de reajustes previsionales y también, la disposición de que la movilidad de los haberes jubilatorios se haría a partir de las provisiones contenidas anualmente en la ley de presupuesto (lo que por cierto no se cumplió, dejando los aumentos librados a la discrecionalidad de Poder Ejecutivo que dio sólo aumentos parciales). Toda esta ley, absolutamente regresiva en relación a los derechos previsionales, chocaba de frente con las provisiones contenidas en el PIDESc además de la garantía a la movilidad jubilatoria contenida en el artículo 14bis de la Constitución Nacional ya desde el año 1957 y generó una amplia gama de litigios presentados en términos individuales pero con una rutinaria reiteración y acumulación. En este sentido, ABRAMOVICH, V., *El rol de la justicia...*, cit., p 15 y también ABRAMOVICH, V. – PAUTASSI, L., *El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales*, cit. p 280.

sociales que trascienden el reclamo realizado en términos individuales y que a la vez, coloca en cabeza del Estado la realización de acciones positivas.⁷

En el presente trabajo habré de acortar la mira⁸ y posaré mi atención en el análisis de algunas dificultades que se localizan en la fase decisoria de estos planteos judicializados. Puntualmente, habré de referirme a los estándares jurídicos que permitan la evaluación de las políticas sociales en sede judicial. El intento teórico se dirige hacia el establecimiento de elementos objetivos que permitan racionalizar la práctica de los jueces, tanto a la hora de decidir sobre el incumplimiento de obligaciones constitucionales o convencionales, cuanto al momento de controlar los progresos del cumplimiento de una condena en la fase ejecución. Para ello comenzaré por sentar algunos postulados teóricos con los que luego habré de analizar críticamente lo resuelto en relación al derecho a gozar de una vivienda digna en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en delante y de manera indistinta: CABA- según las previsiones contenidas en el artículo 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, art. 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y 31 de la Constitución de la CABA.

2. El problema de la judicialización de políticas públicas en casos de derechos sociales

Si bien se ha convertido en un lugar común hablar de la “judicialización de las políticas públicas”, no parece desdeñable la oportunidad de detenerse a establecer ciertas aclaraciones conceptuales que contribuyan a dar mayor claridad a los desarrollos y también, delimitar el ámbito de aplicación de las conclusiones a las que se arribe. Por ello, con carácter preliminar entiendo que conviene aclarar en qué consisten las políticas públicas, por qué el litigio de derechos sociales impone la revisión de éstas y a su vez, qué impacto tiene todo esto sobre las estructuras orgánico-funcionales del proceso.⁹

En este sentido, antes de entrar en la definición prometida, conviene indagar en el origen del término. Así, asumiendo que el mismo fue originariamente utilizado en la lengua inglesa, se impone la distinción entre el término anglosajón *public policies* o simplemente *policies* –en su versión en plural- y el término singular *politic*. Sucede que como en el Español no existe

⁷ En el mismo sentido, ABRAMOVICH señala que el reconocimiento de la correlación entre políticas públicas y derechos sociales, importa reconocer la necesidad de establecer mecanismos adecuados para reclamar estos derechos, tema que debería tener una importancia crucial en la agenda de reformas judiciales de la región, para reforzar el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales y de los actos de los agentes privados que afecten el ejercicio de aquellos derechos. En: *Una aproximación al enfoque de derechos...*, cit., p48.

⁸ Un análisis completo de las dificultades y posibles alternativas de regulación de esta práctica constitucional, como ya lo he señalado al comienzo, es el objeto de mi tesis doctoral en proceso de redacción.

⁹ Configurándose así un supuesto particular de “Tutela Diferenciada” con lo que ello significa en punto a las adecuaciones orgánico-funcionales y procesales de que habla BERIZONCE, R. en: *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

esta distinción, ambos términos se deben traducir como “política”. Hablamos así de “política” o “políticas”, pero esa distinción que en nuestro idioma sólo reside en el uso del plural, debe ser vinculada a su versión original, en la cual se trata de dos términos diversos: las *policies* y la *politic* (que a su vez tiene su versión plural: *politics*). Esta sutileza muchas veces parece perderse en el análisis y considero que puede ser la clave de bóveda para delimitar los alcances de mis desarrollos. Pero además, porque no son idénticos ni fácilmente equiparables los problemas que surgen de la judicialización de la “política” (por caso, a través del desarrollo de “juicios políticos”¹⁰) y los derivados del cuestionamiento judicial de las “políticas públicas”.

Especificando aún más la cuestión, puede decirse que las “políticas públicas” aluden a un programa concreto de acción. Son estrategias de acción, basadas en las mejores técnicas para resolver problemas públicos, llevadas a cabo por los actores autorizados por el poder estatal.¹¹ Así, las “políticas” que aquí interesa analizar, son aquellas que se estructuran a partir de un programa de acción coordinado, que intenta modificar el ámbito cultural, social o económico de actores sociales considerados en general dentro de una lógica sectorial.¹² Estas estrategias de acción, racionales y sistemáticas, implican la atención, intervención y solución de problemas de interés público en áreas tales como el bienestar, la salud, la educación, la seguridad, la cultura entre otros¹³

Retomando entonces cuanto se ha dicho en punto a la discordancia operada en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la incorporación de derechos sociales y la reforma de Estado operada a partir de la década del 90, en que se produjo el “desguace”¹⁴ de las formas aun incipientes de Estado de Bienestar, se puede comenzar a advertir la importancia de establecer el control judicial de las “políticas públicas”- o de su ausencia- como forma de garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente.

¹⁰ O juicio de responsabilidad política, respecto de los gobernantes, el que conforme nuestro ordenamiento constitucional puede llevarse adelante respecto del Presidente, Vice-presidente, Jefe de Gabinete de Ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En todos los casos por causas de responsabilidad por mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones (arts. 53, 59 y 60 CN).

¹¹ VALENTI NIGRINI, G. – FLORES LLANOS, U., *Ciencias sociales y políticas públicas*, en Revista Mexicana de Sociología, Vol. 17, Dic. 2009, pp 167-191 (pp 174-175) y MULLER, PIERRE, *Génesis y fundamento del análisis de políticas públicas*, Innovar: Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, N° 11 (Enero –Junio, 1998), pp99-109 (p 100).

¹² Las mismas también han sido definidas como un proceso de mediación social en la medida que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que podrían ocurrir entre un sector y otros sectores, o aun con sectores y la sociedad global. Se ha dicho en este sentido que reconstruir la génesis de las políticas públicas es, entender a la vez cómo han sido elaboradas progresivamente nuevas representaciones de la acción pública, que permitan pensar esta nueva relación con el mundo y según cuáles procesos las sociedades industriales han “inventado” estas herramientas que son, precisamente las políticas públicas. MULLER, P., cit., pp100 y 107.

¹³ VALENTI NIGRINI y FLORES LLANOS, cit., p177.

¹⁴ Tomo el término de Böhmer, aunque él lo utilice para aludir al concomitante y “sistemático desguace de los procesos de control institucional de la discreción presidencial”, en la introducción al libro: *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, MAURINO-NINO-SIGAL, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.3.

Ello muestra que, pese al programa político garantizado a través de derechos humanos que a la vez, generaban obligaciones internacionales, no se tomaron seriamente dichos compromisos pues se descuidaron las formas de operativizarlos a través de las correspondientes políticas públicas. En este sentido, el agravante es que las guías para tal confección de programas políticos o lisa y llanamente, para el diseño de políticas públicas, venían orientados desde los organismos internacionales de crédito, fomentando fórmulas mínimas de intervención estatal que no dejaban de generar contrastes con el contenido de los derechos constitucionales.

Entonces, la mayor parte de los litigios por la tutela de los derechos sociales, han tenido por objeto programas deficientes o incluso la más absoluta omisión de todo programa o estrategia tendiente a dar solución a estos problemas sociales, como son, el garantizar el bienestar a la población pero también la conciliación de los intereses de todos los sectores con derechos que puedan generar contraposición de intereses. El contraste de estas situaciones con los estándares constitucionales de garantía de derechos ha sido en gran medida el motor para el desarrollo de estos litigios.¹⁵

Debe repararse que de lo que se trata es de poner en discusión la política pública que guía el obrar estatal, aun cuando ésta sea precariamente establecida a través de un decreto del Poder Ejecutivo. Y en este sentido, el objeto de discusión resulta diverso del que se limitara a cuestionar el proceder de la Administración. Se puede imaginar que este último tipo de controversias estaría determinado más por la actuación arbitraria o discriminatoria de la Administración, actuando en el marco del principio de legalidad. Estos casos, no impondrían la revisión de las formas típicas de control externo de la Administración. Así, podría utilizarse cualquiera de las acciones habitualmente incluidas en los Códigos Contencioso-Administrativos, pero también el Amparo como vía sumarísima. En todo caso, parece lógico pensar que no nos apartaríamos de los moldes procesales tradicionales, caracterizados además, por el carácter individual de los reclamos.

En cambio, cuando se cuestiona la vigencia de los derechos sociales, se pone en discusión la constitucionalidad de las normas que orientan la actividad estatal desde una mirada estructural y colectiva. Estos planteos resultan por ello mismo, exorbitantes de los moldes procesales ofrecidos habitualmente por tales códigos, usualmente forjados a la imagen de los conflictos individuales entre la Administración y un ciudadano. La existencia de programas sociales parciales, desarticulados entre sí y muchas veces con fondos insuficientes para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos, impone una revisión no acotada al caso particular

¹⁵ Remito a la abundante bibliografía en la materia. Sirva a modo de ejemplo: *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, CELS, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008; PAUTASSI, Laura (Directora), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización social*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2014; BERCOVICH, Luciana – MAURINO, Gustavo, *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones entre la teoría, las instituciones y la acción*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

y la interpelación a los poderes políticos para que “adopten medidas” sustantivas para la solución de los problemas.

En definitiva y como se verá que sucede en el caso del derecho a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los programas no son en verdad una política estructural y de largo alcance para dar respuesta a la crisis habitacional. Sino que se trata de medidas que operan para sofocar situaciones de emergencia y que por ello mismo, prevén una duración limitada en el tiempo y en los fondos que se asignan a sus “beneficiarios”. Este tipo de medidas tiene el doble problema de otorgar “beneficios”, con un relativo grado de discrecionalidad de parte de la Administración y además, en que no son propiamente la puesta en vigencia de “políticas sociales”¹⁶ que den contenido a “derechos” que los ciudadanos gozan más allá de las autoridades de turno y que deben prever mecanismos para asegurar que tales derechos sean respetados en el tiempo.

Así entonces, el tipo de litigio que comienza a tomar forma a partir del reclamo de estos derechos, aun cuando se lo haga en “clave individual”, impone una revisión del estado de cosas, caracterizado por la omisión del Legislador de establecer una política con la garantía de legalidad suficiente, para asegurar la igualdad y la estabilidad en el goce de los derechos. Sólo así parece que se podría garantizar la operatividad de los derechos constitucionales. Además de permitir enmarcar –y luego sí, controlar- la actuación de la Administración bajo el parámetro de la legalidad.

Por razones de espacio, delimitaré el objeto del presente trabajo al análisis teórico de las posibilidades de establecer judicialmente los parámetros para revisar las políticas sociales -o los programas sociales focalizados que hagan sus veces- en el marco de un reclamo judicial, aún cuando éste se hiciera en clave individual y pretendiendo el otorgamiento de un beneficio o su prórroga. Ello así por cuanto, lo que se discute o en verdad se debería discutir, no es el caso aislado, sino la mentada ausencia de previsiones estructurales y estables para la garantía de los derechos.

Sentado lo anterior, cabe reflexionar en torno de cuáles son los problemas que emergen del tratamiento judicial de estas cuestiones. Aun a riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, se podría decir que los problemas relevantes derivan de la intromisión del juez en cuestiones que resultarían privativas de los otros poderes. Esta cuestión, se diversifica y multiplica en cuestionamientos que oscilan desde la dificultad de la determinación del contenido de los derechos sociales, hasta la competencia de los jueces para tomar decisiones con incidencia presupuestaria.

¹⁶ Entendidas como la solución estratégica que procure una respuesta al problema social de que se trate, con carácter de relativa estabilidad y garantía de universalidad. Sin embargo, ello no es motivo para justificar su discordancia con los estándares protectorios, sino justamente la razón de ser de su inconstitucionalidad. Se volverá sobre este punto al revisar la jurisprudencia local.

También resulta problemático el tratamiento aislado de los reclamos individuales y la determinación de obligaciones que si bien valiosas en términos individuales pudieran tener un impacto negativo desde una mirada estructural. Por lo demás, la ausencia absoluta de marco procesal específico para la tutela adecuada y diferenciada de estos derechos,¹⁷ ha permitido que incluso jueces bienintencionados oscilaran entre el activismo irresponsable y la neutralidad apática.¹⁸

De lo que aquí se trata, entonces, es de realizar un aporte para el fortalecimiento de esta práctica incipiente en nuestro ordenamiento, acercando algunas reflexiones que permitan a los jueces contar con mayores herramientas para guiar su razonamiento a la hora de evaluar tanto la omisión absoluta, cuanto los incumplimientos parciales, en la garantía de los derechos sociales. Ello así fijando estándares evaluativos tanto para la declaración de tal incumplimiento cuanto para la fijación de metas de cumplimiento y su evaluación ulterior, en la fase de ejecución de sentencia. Ello asumiendo que no es tarea de los jueces la de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de las políticas existentes con los estándares jurídicos aplicables y en caso de hallar divergencias, reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.¹⁹

3. Identificando estándares jurídicos para la evaluación de políticas sociales

A partir del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos y de los desarrollos de los organismos internacionales con competencia jurisdiccional o consultiva, se ha desarrollado un *corpus* de valores y principios que dan contenido más preciso a los derechos contenidos en los tratados de la materia. Es entonces en base a tales postulados que hoy se puede reconocer un enfoque teórico autónomo, identificado con la denominación de un “enfoque de derechos”.²⁰

En tal sentido, se piensa a los derechos humanos como programas que sirven de guía en el diseño de las políticas públicas de los Estados, con el

¹⁷ Remito a lo dicho en: *La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial*, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Bs. As. 2009, publicada en el Libro de Ponencias Generales, Relatos Generales y Trabajos Seleccionados, pp 139-149.

¹⁸ Señalando el mismo problema Abramovich señala que el *quid* reside en cómo deban proceder los jueces en su intervención, porque no se trata de reemplazar la arbitrariedad administrativa por la judicial. *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales*, cit., p 41.

¹⁹ ABRAMOVICH – PAUTASSI, *El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales*, cit., p321.

²⁰ Si bien esta denominación se puede identificar con la referida segunda generación de programas para el desarrollo elaborados en el seno de los organismos internacionales de crédito –véase la nota 6-, se debe distinguir de ellos. De hecho, la retórica de tales organismos si bien reviste sus acciones de un manto nuevo, sigue siendo tolerante de programas focalizados como los que proponen y avalan. En cambio, desde una mirada de “derechos” éstos resultan lesivos de la garantía de igualdad que impone el diseño de políticas sociales universales. Véase ABRAMOVICH-PAUTASSI, *Idem*, p285

propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos.²¹ Desde este enfoque resulta posible entonces, evaluar las políticas sociales a la luz de los estándares de Derechos Humanos. Con él se impone una mirada jurídica sobre los programas y políticas sociales para asegurar que las mismas sean la puesta en vigencia de los derechos humanos y no, meras concesiones graciosas de los gobiernos de turno.²²

En esa línea, capturando los estándares que se han ido elaborando en relación a los derechos sociales, se puede objetivar el contenido de las obligaciones estatales y por ello mismo, otorgar a los jueces herramientas concretas para la evaluación de la conducta de los Estados. Entonces, además de las obligaciones que surgen de la determinación del contenido de cada derecho en particular,²³ existen obligaciones que resultan comunes a todos ellos. Se alude así al "contenido mínimo" de los derechos o su "contenido esencial", como umbral de respeto de los derechos, a partir del cual a su vez, surge la obligación complementaria de "adoptar medidas progresivas" para su mejoramiento, rechazando medidas "regresivas" y utilizando hasta el "máximo de los recursos disponibles". Además, de garantizar el goce de los derechos en condiciones de "igualdad" y sin "discriminaciones arbitrarias", garantizando la "producción de información" que facilite la "participación de los afectados" en el diseño de las políticas públicas así como el "acceso de éstos a la justicia".²⁴

Todos estos elementos conceptuales resultan de suma utilidad a los fines de establecer un adecuado control judicial aplicado a la revisión de políticas públicas, dando contenido concreto al "control de razonabilidad"²⁵ que los jueces pueden realizar sobre las políticas sociales sometidas a su revisión. Con ello se logra entonces delimitar adecuadamente la noción de razonabilidad, en tanto "concepto jurídico indeterminado".²⁶ Noción aquella que tomaré además, como equivalente de la de "debido proceso sustantivo" y "Principio de

²¹ PAUTASSI, Laura (Organizadora), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires, 2010, p16.

²² Así, si bien el lenguaje de los derechos no incide necesariamente sobre el contenido puntual de las políticas públicas, sí dice algunas cosas sobre su orientación general, brindando para ello un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación. ABRAMOVICH - PAUTASSI, *El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales*, cit., p.308.

²³ Para lo que también cabe integrar el sentido normativo con los principios incluidos en las Opiniones Consultivas o en las Observaciones Generales existentes en particular.

²⁴ Art. 2.1 del PIDESC y Observación General N°3. PAUTASSI, L., *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social...*, cit., p17; COURTIS, Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, COURTIS (Comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp 3-52.

²⁵ En cuanto al funcionamiento del control de razonabilidad en el Derecho brasileño, remito al capítulo de Ada Pellegrini Grinover en este mismo volumen, ya citado.

²⁶ El que en cuanto tal, resulta un instrumento legal que apela a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso. Así, ha podido cobrar sentido como lo contrario de lo "arbitrario", como lo justificado o como la "proporción o ajuste entre dos términos", según el Tribunal Constitucional Español (STC 84/87 de 29 de mayo, citada en BAZÁN L., J. - MADRID R., R., Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho, Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, N°2, pp 179-188 -1991-). En el mismo sentido, véase: ATIENZA, Manuel, *Para una razonable definición de "Razonable"*, Revista Doxa, N° 4 (1987), pp 189-200.

proporcionalidad".²⁷ Y en relación a éstas, habré de sostener que encuentran cabida en el ordenamiento constitucional argentino, a partir de la interpretación de los artículos 14, 17, 18, 28, 16 y 33 de dicho cuerpo normativo.²⁸

En trance de definir esta noción, Linares expone que cuando se alude al debido proceso legal: "nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso) sino también, para que se consagre una debida justicia, *en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate* (aspecto sustantivo del debido proceso)".²⁹

Para más precisión, ha dicho este autor que el debido proceso sustantivo opera como un estándar o módulo de justicia para determinar, dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo o judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos. Es decir, hasta dónde puede la autoridad, en el ejercicio de su arbitrio, restringir la libertad del individuo³⁰. Entonces, puede afirmarse que esta garantía se traduce en una exigencia de razonabilidad de los actos estatales. Razonabilidad, que habrá de medirse en cuanto a la adecuación, del medio empleado para alcanzar ciertos fines. O también, evaluando el equilibrio entre las cargas impuestas para alcanzar tales fines y las ventajas que los mismos reportarán, así como la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos y sociales a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad.³¹ No resulta forzado, entonces, hallar la compatibilidad entre la noción de debido proceso sustantivo y el principio de proporcionalidad alexiano³²

Entiendo que en estos supuestos, el control de proporcionalidad habrá de recaer en la revisión de las intervenciones legislativas en el ámbito de los derechos fundamentales a la luz de los estándares constitucionales y convencionales que han ido conformando el núcleo protectorio de los derechos.

²⁷ Criterio seguido por el Tribunal Constitucional Alemán, además del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y en alguna medida también, a partir de la noción de debido proceso sustantivo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos. He sostenido en otro lugar, que tales desarrollos podrían ser conciliados con el principio de razonabilidad establecido en el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional. Base normativa ésta a partir de la cual Linares argumentó acerca de la garantía del debido proceso sustantivo en nuestro ordenamiento. Puede verse: *La demostración de la razonabilidad*, en *Los principios procesales*, BERIZONCE, Roberto (Coord.), Librería Editora Platense, La Plata, 2011, pp 75-99.

²⁸ Linares, Juan F., habla del "debido proceso sustantivo" como garantía innominada de la libertad en: *Razonabilidad de las leyes*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

²⁹ *Ibidem*, p 11. La cursiva me pertenece.

³⁰ *Ibidem*, p 25.

³¹ Ello de conformidad con la "Regla del equilibrio conveniente" (*Balance of convenience rule*). Si bien este autor da la traducción referida, pienso que sería más exacta su traducción por "regla de evaluación de adecuación".

³² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º edición, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid, 2008. Aquí, por razones de espacio no puedo detenerme en estos desarrollos, pero remito a lo dicho en *La demostración de la razonabilidad*, cit.

La referida evaluación de la proporcionalidad de una medida –en el caso de una política pública–, habrá de atender a la adecuación entre la medida analizada y el o los fines perseguidos al momento de diseñarla, cuidando de no alterar el derecho que se pone en vigencia. Entonces los jueces al decidir sobre la razonabilidad de una política pública deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del contenido mínimo de los derechos, si representa un ejercicio progresivo de la regulación del derecho y si dispone por ejemplo, del máximo de los recursos estatales para el cumplimiento de tales obligaciones. También podrá evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la igualdad, la participación de los afectados y el acceso a la información y a la justicia de éstos.

Así, también cabe decir que estos elementos objetivos a ser evaluados indican el recorrido argumental que el juez tendrá que hacer en la decisión para demostrar además, la corrección de su decisión. Así, dando cumplimiento al deber de fundamentación –que puede entenderse parte del debido proceso adjetivo– los jueces habrán de hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para definir el sentido de la decisión. En este sentido, resulta interesante destacar, así como lo hace Bernal Pulido, que el análisis de la estructura del principio de proporcionalidad esclarece qué es lo que el Tribunal debe fundamentar y de qué manera debe hacerlo.³³ Y en coincidencia con ello, estimo que el principio de proporcionalidad en conexión sustantiva con los estándares proporcionados por el Derecho de los Derechos Humanos, suministra un esquema argumental para la demostración de la corrección de las decisiones judiciales.

4. El derecho a gozar de una vivienda digna y la crisis habitacional como telón de fondo

“Cada vez que un vecino de la planta baja tira la cadena de su inodoro, Pablo Arévalo, desde el subsuelo, ve cómo caen los restos de materia fecal o de orina que se filtran por el techo de su habitación. Así, este joven de 16 años debe convivir con un olor repugnante, en un cuadrado de tres metros por tres donde sólo entra una cama de dos cuerpos, un televisor y algo de ropa en un rincón. Allí vive con su mujer embarazada, de 18 años y su bebe de pocos meses.”³⁴

El párrafo no corresponde a una novela naturalista, es una crónica de cómo se vive en el edificio conocido como “Elefante Blanco”, en Villa Lugano, en la CABA. Y resulta una muestra cabal, con nombre y apellido, de lo que significa la crisis habitacional y la violación del derecho a gozar de una vivienda digna. Este caso no es aislado sino parte de un problema estructural de pobreza y

³³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 2003, pág. 172.

³⁴ Extracto de la nota periodística: *Vivir en la villa. La lucha por escapar de la miseria y del olvido*, de Agustina Mac Mullen, Diario La Nación, 21-IX-2014, p 22.

ausencia de políticas públicas efectivas dar vigencia a los derechos sociales. El problema entonces es complejo. De un lado, se debe destacar la ausencia de políticas públicas de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires en las últimas décadas.³⁵ Pero también existen otros componentes que determinan la crisis habitacional, como la gran concentración de habitantes en esta urbe y situaciones de pobreza estructural que parecen no remitir.

Esto muestra su cara más injusta en los supuestos de personas en "situación de calle" y del crecimiento imparable de las "villas miserias" o "asentamientos". Allí, con diferentes nombres, se reproducen historias de vida como la citada al comienzo de este apartado, todas bajo el común denominador de la inseguridad edilicia y sanitaria.³⁶ El problema de la vivienda, como resulta fácil advertir, no se limita a la violación de ese derecho, sino que también tiene reflejo sobre otros derechos como la salud, a gozar de un medioambiente sano, la educación, el trabajo y en general, el goce un nivel de vida digno.

En particular la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con 14 villas miserias, 24 asentamientos y 2 núcleos habitacionales transitorios, mientras que según lo denunció la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), las partidas presupuestarias destinadas a viviendas vienen disminuyendo sistemáticamente desde 2005.³⁷ Asimismo se ha estimado que la población en "villas miserias" ha crecido un 156% desde el año 2001 a la fecha, según la Dirección General de Estadísticas y Censo local.³⁸

En relación a los casos más críticos, la Ciudad, tiene previstos programas sociales que contemplan el otorgamiento de "subsidios" temporales y parciales, para permitir a sus beneficiarios la contratación de una pieza en un hotel o pensión, saliendo de la "situación de calle".³⁹ Sin embargo, la provisionalidad y precariedad de estos beneficios ha generado un cuerpo de litigios tramitados en la Ciudad a través de las defensorías oficiales, cuestionando la caducidad de las

³⁵ BERMÚDEZ, A. – CARMONA BARRENECHEA, V. – ROYO, L., *Judicialización de la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas y la escasez de resultados*, en *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Laura Pautassi (Dir.), Biblos, Buenos Aires, 2014, pp 86-132 (85).

³⁶ La sola observación de las construcciones en "varios pisos" de estas casas en la villa de la zona de Retiro o la precariedad de los materiales constructivos permiten advertir, con impotencia, los riesgos de tales viviendas.

³⁷ Pasando desde un 3,8% del presupuesto local en el año 2008 al 2,1% en 2013 y si se enfocan los números correspondientes a las políticas públicas en villas, se pasó de destinar un 2,5% del presupuesto de 2005 al 0,7 para este año. Según la nota periodística, *La población en las villas porteñas creció 156% en los últimos 13 años*, de Laura Rocha, en *Diario La Nación*, 9-IX-2014, p24.

³⁸ Según la nota periodística citada en la nota anterior.

³⁹ La ley 3.706 sobre "Protección y garantía integral de los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle" fue sancionada en 2010. Además, se encuentran vigentes los Decretos 690/06 (modif. Por el 960/08), que creó el "Programa de atención para familias en situación de calle" (que asiste a personas o familias en situación de calle efectiva y comprobable) y el Decreto 167/11 que faculta al Poder Ejecutivo a incorporar provisoriamente en el programa y percibiendo la primera cuota del subsidio en concepto de "emergencia" a quienes se encuentren ante la inminencia de entrar en "situación de calle" y no cuenten con la totalidad de los documentos exigidos. Estos programas en definitiva permiten acceder a ayudas temporarias que resultan suficientes para alquilar una habitación en una pensión u hotel en condiciones de relativa precariedad.

prestaciones luego de los plazos fijados en la normativa correspondiente y también los montos, muchas veces insuficientes para pagar el alojamiento.⁴⁰

5. Una mirada a la jurisprudencia en materia de vivienda

Si bien todo cuanto llevo dicho podría ser aplicable a cualquier derecho social, a los fines de este trabajo, he debido delimitar el análisis jurisprudencial al caso del derecho a la vivienda digna. Con ello, además de poder cumplir con el espacio ofrecido en este volumen, puedo permitirme una revisión más detallada de los argumentos que se han dado en dos casos que ilustran el referido problema de la crisis de la situación habitacional en la ciudad de Buenos Aires.

Ante la masividad del problema se produjo un gran volumen de litigios en los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. No obstante, dado que los reclamos se han judicializado a través de acciones de amparo individuales (generalmente asociadas al reclamo accesorio de una medida cautelar que permitiera el goce del subsidio reclamado con tal carácter provisional), su trascendencia ha sido limitada a los casos puntuales de los litigantes que los han promovido. Si bien esta experiencia podría ser vista con una mirada positiva, en cuanto en general las instancias ordinarias concedían las medidas cautelares y luego los reclamos de fondo, ello no resulta necesariamente un avance. En definitiva, la victoria judicial, sólo permitía que los litigantes obtuvieran una prórroga del subsidio originario, lo que en todo caso, los mantenía en el mismo nivel de precariedad anterior al cese que había dado origen a su reclamo. Percibiendo un monto que apenas permitía solventar una pieza de alquiler, muchas veces para toda una familia, sin resolver, definitivamente el problema de la vivienda, ni para tal litigante ni mucho menos dando respuesta a la crisis habitacional de fondo, teniendo en cuenta el problema de los que quedaban fuera de dicho reclamo parcial.⁴¹

⁴⁰ Para un análisis de los "circuitos judiciales y extrajudiciales" de estos litigios, véase: BERMÚDEZ, A. – CARMONA BARRENECHEA, V. – ROYO, L., *Judicialización de la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas y la escasez de resultados*, cit.

⁴¹ Así es que efectuado el reclamo en el contexto de un planteo individual, los alcances de la decisión habrán de quedar delimitados a ese caso, dejando sin solución el problema para el resto de los afectados que no pudieron (por las razones que fuera) acceder a la defensa judicial de sus derechos. En igual sentido, ARCIDIÁCONO, P. – GAMALLO, G., *Entre la confrontación y la funcionalidad: Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires*, en *Marginaciones sociales...*, cit. También, de mi autoría, *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, LEP, La Plata, 2011.

Esto es lo que hace valorar soluciones alternativas como las previstas en el Código Modelo de Proceso Administrativo –Judicial y extrajudicial- para Iberoamérica, elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobado en 2012. Allí se prevé la posibilidad de "colectivizar" reclamos individuales que pongan en discusión aspectos de tal incidencia colectiva (art. 25). Sobre la propuesta de regulación específica de la intervención judicial en cuestiones de política pública remito al artículo de Ada Pellegrini Grinover, *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, en este mismo volumen y también, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, PELLEGRINI GRINOVER, A. – WATANABE, K. (Coords), Forense, Rio de Janeiro, 2011. También, BERIZONCE R. y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño*, La Ley, 4-VII-2013, II 2013-D (778).

De toda esa ingente cantidad de reclamos, articulada a partir de "modelos típicos" y "clichés" de todo tipo de escritos, desde las demandas hasta los proveídos judiciales,⁴² me interesa detenerme en dos resoluciones que sirven de muestra del litigio antes descripto. Una corresponde al caso "*Alba Quintana*", del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este caso se analiza el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna y se valoran las medidas de gobierno a la luz de su constitucionalidad. El segundo caso, corresponde al caso "*Quisberth Castro SY c/ Gobierno de la CABA s/ amparo*", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso, y pese a que el Tribunal Superior de la CABA había mandado aplicar el criterio fijado en el referido precedente "*Alba Quintana*", la Corte abre su competencia y revisa la constitucionalidad de la política de vivienda de acuerdo al caso concreto de la Sra. Quisberth Castro y su hijo. Resulta éste un caso donde la Corte establece los alcances del derecho a gozar de una vivienda digna y evalúa entonces bajo dicho prisma las políticas públicas de la ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, es necesario anticipar que las conclusiones de este precedente deben ser limitadas a dicho caso individual o eventualmente a uno que reuniera análogas características. El señalado límite del tratamiento individual de estas cuestiones que ya se ha señalado con insistencia, es el que marca los límites del precedente que habrá de analizarse a continuación.

a) El caso "Alba Quintana" del TS de la CABA⁴³

El Sr. Quintana, de 41 años de edad padecía de una afección cardíaca y debía ser intervenido quirúrgicamente. Se encontraba desempleado y sólo realizaba ciertos trabajos eventuales en forma de "changas". Por ello, como es lógico pensar, al cabo del plazo previsto para el goce del subsidio establecido en el Decreto 960/06 de la Ciudad de Buenos Aires, no había logrado resolver su situación habitacional. Solicitó entonces, la renovación del beneficio, la que le fue denegada por las autoridades administrativas.

Ante ello, inició la acción de amparo por la cual solicitó su incorporación al programa habitacional vigente en la ciudad y en caso de otorgársele el subsidio previsto en tales programas, requirió que su monto fuera suficiente para pagar el costo de su alojamiento conforme los valores de hoteles, pensiones e inquilinatos en la ciudad de Buenos Aires. Se invocó a su turno, la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del referido Decreto, en cuanto fijan

⁴² Si bien la reiteración casi idéntica de los reclamos permite simplificar la carga laboral de los tribunales y acelerar un poco los tiempos procesales, sigue siendo inconveniente y pone en evidencia la necesidad de revisar las vías de judicialización de los derechos sociales. En un sentido afín, se ha señalado que la intervención judicial aun bajo formas "rutinizadas" se ha orientado a reproducir más que a superar las formas de provisión de los subsidios habitacionales., siendo la judicial "otra ventanilla", donde obtener respuesta a los reclamos. Véase: ARCIDIÁCONO, P. – GAMALLO, G., *Entre la confrontación y la funcionalidad: Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires*, en *Marginaciones sociales...*, cit., pp133-164.

⁴³ "*Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y ot.*", del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 12-V-2010, publicado en LLCABA 2010 (junio), p309; Sup. Adm. 2010 (junio), p 40; LL2010-D, p 19.

plazos de vigencia del subsidio, así como la de toda otra norma que restringiera el acceso a planes de vivienda.

En la decisión de primera instancia se declaró la inconstitucionalidad de las normas requerida, y en consecuencia se mandó a que se mantuviera al actor en el goce del subsidio hasta tanto subsistieran las causas que habían justificado su otorgamiento. Asimismo, la Alzada, al rechazar la apelación del gobierno de la Ciudad, sostuvo que el monto del subsidio debía ser suficiente para permitir al actor abonar un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. El gobierno de la Ciudad impugnó el decisorio de segundo grado e interpuso Recurso de Inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal local.

El Tribunal, al decidir el caso del Sr. Quintana, debía analizar los alcances de la intervención judicial legítima en la revisión de una política pública. De hecho, lo que se cuestionaba era la forma en que las instancias anteriores habían procedido al declarar la inconstitucionalidad de un decreto a través del cual se establecía una política habitacional, mandando además a pagar un monto diverso del allí establecido.⁴⁴

En prieta síntesis, puede decirse que el Tribunal evaluó los alcances de la obligación estatal emergente de la Constitución local y de la Nacional, así como los Pactos Internacionales, que comprometen al Estado a garantizar a sus ciudadanos el derecho a una vivienda digna. Así como también las obligaciones anejas, tales como la de "progresividad" (art. 2 del PIDESC) y la determinación de "adoptar medidas apropiadas", "hasta el máximo de los recursos disponibles" y que aseguren el respeto del "contenido mínimo de los derechos". Y fue a la luz de estos estándares que valoró las medidas del gobierno porteño.

En concreto, estimó que el Estado no está obligado a proporcionar, de modo inmediato e irrestricto, vivienda a cualquier habitante del país y que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a la vivienda dentro de lo que le permiten el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles. Que en consecuencia, no existe un derecho subjetivo que permita a cualquier persona exigir directa e inmediatamente al gobierno de la Ciudad, la plena satisfacción de sus necesidades habitacionales. Que estos programas sólo generan un "derecho asistencial", no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda sino sólo por quienes reúnan los parámetros establecidos por la reglamentación en tanto los mismos, sean compatibles con el marco constitucional. Al contrario, quienes estuvieran dentro del universo de destinatarios a quienes la Ciudad debe asistir, pueden requerir una cobertura habitacional indispensable a través de paradores u hogares para obtener "abrigo". Estimó en tal sentido que el "abrigo" aparecía como una expresión

⁴⁴ En el caso, y aun destacando la precariedad de la misma, fijada por decreto y focalizada en supuestos de extrema necesidad, podemos afirmar que se trata de una política pública social, enfocada en dar respuesta al derecho a gozar de una vivienda digna. Especialmente entonces, cabía desentrañar si violaba la división de poderes la decisión de los jueces de las instancias anteriores en cuanto habían declarado la inconstitucionalidad del plazo de vigencia del programa y su monto, fijando para el caso en análisis, su ampliación.

mínima del derecho a la vivienda y en consecuencia, tales medidas eran constitucionales.

Además consideró que la fijación de una política pública no es competencia ni del Poder Ejecutivo ni del Judicial, sino del Legislativo. Y que al judicial, sólo le compete aplicar al caso concreto los estándares normativos. Explicita que tales criterios son, el control de la atención prioritaria de los casos de pobreza crítica y el respeto de la igualdad como límite al clientelismo (político o judicial). Por su parte estimó que si bien los subsidios no son la política a que alude el artículo 31 de la Constitución local, forman parte de ella, disponiendo medidas transitorias tendientes a paliar necesidades urgentes. En consecuencia, sostuvo que al basarse en un decreto, otorgaba una considerable discrecionalidad a la Administración y que vulneraba la garantía de la igualdad, permitiendo ciertas formas de clientelismo administrativo.

Sin embargo, a los efectos de resolver el caso, estableció que en principio no resulta inconstitucional un subsidio otorgado por un período acotado o por un monto que fuera por sí insuficiente para acceder a una vivienda. Que la Cámara de Apelación, al estipular la condena por un monto diverso del fijado en el decreto, lo había hecho sin suficientes fundamentos, con la sola invocación dogmática de las normas que garantizan el derecho a la vivienda digna. Estableció el tribunal que era ajeno a la competencia del Poder Judicial el decidir directamente cómo se debía disponer de los fondos públicos, lo que resulta una facultad privativa del Poder Legislativo. Que distinto hubiera sido si los jueces de mérito hubieran revisado el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados a subsidios para acceder a la vivienda en base a parámetros constitucionales, cosa que habría sido el ejercicio de competencias que le son propias.

En cambio, el voto que hizo mayoría en la decisión, concluyó que los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario, sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos sí les compete garantizar que se respeten las prioridades previstas en el artículo 31 de la CCBA.⁴⁵ Dejó establecido entonces que, sólo podía establecerse la prórroga en el goce del beneficio si el actor se encontrara entre los supuestos en los cuales la Constitución local asigna un trato prioritario, pero de ninguna manera, podría modificarse judicialmente el monto del beneficio a percibir.

En tal sentido, sostuvo que podría afirmarse que el beneficio debía mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de la demostración de que su situación es prioritaria en relación a otros posibles destinatarios del régimen. Y

⁴⁵ Cuyo texto reza: *"La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones."*

que quienes no estuvieran en dicha hipótesis, pero igualmente pertenecieran al universo que corresponde sea asistido por el GCBA, será suficiente con que ésta cumpla en darles "abrigo", como expresión mínima del derecho a la vivienda. Como en el caso, la determinación de la situación concreta del actor -es decir, la determinación de si se encontraba en algún supuesto de atención prioritaria o, en cambio, ingresaba en el supuesto de ser destinatario de la protección social mínima del "abrigo"- era una cuestiones de hecho, el Tribunal remitió la causa a las instancias de origen para que determinado ello, aplicaran los criterios normativos allí fijados para el caso.

b) El caso "Quisberth Castro" de la Corte Suprema⁴⁶

En este caso, las circunstancias procesales eran semejantes a las del caso anterior⁴⁷, lo que llevó al Tribunal Superior a revocar las decisiones de las instancias de origen, ordenando se aplicara el criterio establecido en el precedente Alba Quintana. Sin embargo, existían algunas particularidades en las circunstancias fácticas de este caso que son las que pueden explicar la decisión adoptada en definitiva por la Corte Suprema al revisar el caso.

La actora inició su reclamo por sí y en representación de su hijo menor de edad, quien padece una discapacidad motriz, auditiva, visual y social, derivada de una encefalopatía crónica no evolutiva. También había solicitado a través de un amparo acompañado de una medida cautelar, concedida y vigente, el acceso a una vivienda digna en condiciones de habitabilidad y que en caso de incluirla en el programa de subsidios del Decreto 690/06, se ajustara el monto para que fuera suficiente y también que se eliminaran los límites temporales.

La Corte delimitó el plexo normativo y sostuvo que el caso se encontraba en discusión la vigencia de los derechos a gozar de una vivienda digna, a los beneficios de la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a cuidados especiales para la maternidad y la infancia, a la superación de condiciones de pobreza y exclusión.⁴⁸ Y comenzó por señalar que tales derechos son normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Que dicha operatividad se traduce en la obligación de reglamentar tales derechos, para hacerlos efectivos, dándoles todo el contenido que la Constitución les asigna. En ese sentido, las normas mencionadas no consagran una operatividad directa en el sentido de que

⁴⁶ "Q. C. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", resuelto el 24-IV-2012 por la CSJN, LL 2012-C, p220.

⁴⁷ Amparo con medida cautelar, concedidos en las instancias ordinarias e impugnación de inconstitucionalidad de parte del Gobierno de la Ciudad ante el Tribunal Superior de dicha jurisdicción.

⁴⁸ Todo ello según los artículos 14 bis 75 inc. 23 de la CN; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11.1 del PIDESC, art. 11 de la Declaración Americana de derechos y deberes del Hombre, la Convención de los Derechos del niño y de los derechos de las personas con discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Además de los artículos 17 y 31 de la CCBA. Destacó que el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires había dictado numerosas normas orientadas a hacer efectivo el derecho a la vivienda. Así, las leyes 341, 1251 y 3706 de dicho ámbito, y los programas sociales establecidos por los decretos 1234/04, 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) creando el Programa de apoyo habitacional para personas en situación de calle y Familias en situación de calle, respectivamente.

los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial, pero sí imponen tal reglamentación.

Pero luego, existe una operatividad derivada, que se traduce en obligaciones de hacer, emergentes de tal regulación a cargo del Estado. En tercer lugar, señala la Corte que a raíz de tal operatividad derivada, las obligaciones de hacer a cargo del Estado están sujetas al control de razonabilidad de parte del Poder Judicial. Lo que vincula con el principio que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponden al grupo de los menos favorecidos.⁴⁹ Señalando que estos principios de igualdad democrática y de diferencia con fines tuitivos, deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

De allí infiere el tribunal que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera de discrecionalidad de los poderes públicos. Entonces, la razonabilidad significa que, sin perjuicio de la discrecionalidad de las decisiones políticas, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Interpretación a través de la cual entendió se hacía compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden auxilio a los jueces.

Sostuvo que el menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda de los artículos 14 bis de la CN y 31 de la Constitución local aparecía como insuficiente para atender la particular situación de la actora. Que ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a una línea de crédito como la establecida en la ley 340, las opciones restantes eran el alojamiento en el sistema de refugios o la entrega el beneficio del decreto 690. Y en relación a ellas dijo, que la primera era inadecuada para la patología del niño, quien había ya sufrido graves retrocesos en su salud por estar alojado en estos recintos con cocinas y baños comunes.⁵⁰ Y que la segunda tampoco era una respuesta definitiva pero además, en las instancias anteriores se había considerado que el monto era insuficiente para atender a las necesidades del caso. Entonces concluyó que si bien no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, en el caso, las alternativas implementadas por la ciudad no daban una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

⁴⁹ Con cita de J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard College, 1971.

⁵⁰ Había surgido de la causa que el niño a los 6 años, aún no podía masticar. Ello no era consecuencia de su enfermedad, sino de la imposibilidad de la madre de prepararle alimentos sólidos, a falta de un espacio privado para cocinar. Y como el niño molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, en la cocina de uso común, la madre lo alimentaba a base de papillas. Además, en anteriores alojamientos el niño había contraído hepatitis A en el uso de baños compartidos.

Por su parte, analizó la defensa de la limitación presupuestaria y el presupuesto "inelástico" que dificulta dar respuesta a estos casos. A la luz del marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos evaluó la "obligación de adoptar medidas"⁵¹ Así, sostuvo que la disponibilidad de recursos no modifica el carácter inmediato de la obligación y no constituye una justificación para no adoptar medidas. Y destacó que la garantía de los derechos no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos. Al contrario, la demostración de la utilización del máximo de los recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral de parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios.

Estimó que el caso en particular no era un simple supuesto de violación del derecho a una vivienda digna. Destacó que involucraba a un niño discapacitado que vive en situación de calle. Debiendo considerarse la consideración primordial del niño y a la situación en la sociedad de los discapacitados. Y además dijo que no se trata de evaluar el precio pagado por el Estado y entonces dar cumplido el deber que le incumbe conforme a un estándar de realización de los derechos. En cambio, se trataba de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Lo que implicaba considerar también la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

Por ello, valoró que aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de bajo costo, en los términos recomendados por el Comité DESC de las Naciones Unidas. Tampoco parece adecuado para garantizar la protección ya sistémica integral de un niño discapacitado. Por lo que se impuso que el Estado interviniera con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado a partir de la cautelar dispuesta. Destacó que la ausencia de planificación de la demandada ha llevado a que se pague por una habitación de hotel, valores que exceden valores requeridos en el mercado inmobiliario para el alquiler de un departamento. Destacó que lo anterior debe complementarse con la obtención de un trabajo que le permita a la actora y su hijo la subsistencia fuera del marco asistencial. La intervención del Estado debe tener por objeto alcanzar esta solución y superar la emergencia.

Por lo que condenó a la Ciudad demandada a intervenir con sus equipos de asistencia social y salud, para asegurar que el niño disponga de la atención que su discapacidad requiere y provea a la actora de la orientación necesaria para la solución de las causas de su problemática habitacional. Y que se garantice también a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño.

⁵¹ Conforme las pautas fijadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco del Protocolo Facultativo del PIDESC, aprobado por la República Argentina (Ley 26.663)

6. Evaluación final y algunas conclusiones provisionales

De la evaluación de los casos antecedentes a la luz del marco teórico aquí presentado, pueden extraerse algunas conclusiones de interés. En primer lugar, resulta alentador observar que ambos tribunales han incluido entre sus argumentos normativos, elementos aportados por el enfoque de derechos. Es además importante destacar que el mismo no resulta un elemento aislado de los casos aquí traídos. Al contrario, resulta habitual encontrar este tipo de inclusión en otros casos resueltos por los mismos tribunales.⁵² Esta circunstancia permite mirar con cierto optimismo la posibilidad de que se sigan desarrollando los alcances del mentado enfoque para permitir operar como parámetros objetivos que conduzcan a “estandarizar” el control, fijando esquemas argumentales vinculantes para los órganos decisores como forma de garantizar o procurar al menos la racionalidad de las decisiones.

Sin embargo, y en relación a este último punto, las debilidades argumentales de las decisiones aún muestran algunas falencias que deben ser destacadas de cara a un progreso en el sentido necesario. En relación a esto, se advierte que si bien hay un recurso a los referidos principios de protección de los Derechos Humanos, aún existe una debilidad argumental que se centre en la “demostración” de cómo se cumple o incumple con los mismos. Aparece todavía una invocación de estos estándares sustantivos, como “cartas de triunfo”, límites protectorios pero parece débil todavía su uso como criterio objetivo de evaluación y esquema de argumentación. Esta carga, especialmente en cuestiones relativas a la revisión de políticas públicas se ve reforzada y en tal sentido, es necesario postular una máxima que prescriba que:

“A mayor injerencia en cuestiones de política pública, mayor carga de la argumentación en cabeza de los jueces”.

Y para ello, se trata no sólo de evaluar la razonabilidad de las medidas bajo los estándares aquí propuestos, sino también, y especialmente, demostrar cómo se ha procedido a dicho control a través de la exposición argumental suficiente. En este sentido, pese a las invocaciones aisladas de estos parámetros, no encuentro que los mismos se integren en un análisis completo de las medidas políticas cuya constitucionalidad se estaba evaluando. Una primera debilidad resulta entonces de la reducción del análisis de un problema estructural -como el de la crisis habitacional- al caso aislado del Sr. Alba Quintana o la Sra. Quisberth y su hijo. El análisis de la situación integral importaba justamente mirar aquello que por ejemplo el tribunal local negó, el derecho de cada ciudadano a gozar y exigir una vivienda adecuada, que según lo expresa la OG N° 4, significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se lo desea, de un espacio adecuado, de seguridad adecuada, de iluminación y ventilación suficientes, una infraestructura

⁵² En relación a los casos resueltos por la Corte Suprema sobre la seguridad, puede verse el análisis de Bestard, A.M. – Royo, L., *Exigibilidad de los DESC en el ámbito de la jurisprudencia y su importancia en la elaboración de políticas públicas* y también el trabajo de Pautassi, Laura, *Políticas y derechos. Escenarios posibles*, ambos en: *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social...*, cit. pp 93-126 y 261-276, respectivamente.

básica adecuada y una situación también adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, a un costo razonable.⁵³

Así, en la decisión del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, no resulta claro cómo se sostuvo que no existía el derecho subjetivo a la asistencia, amparándose en que la del Ejecutivo no era una política pública que permitiera afirmar la vigencia de un derecho universal. Justamente este defecto de la medida –que como lo señaló el tribunal, habilitaba la discrecionalidad administrativa- resultaba observable a la luz de la obligación de adoptar medidas que garanticen la igualdad en el goce de los derechos. Entonces, dicha falta de medidas legislativas, lejos de justificar la actuación del gobierno de la ciudad, debió operar como una presunción en su contra.⁵⁴ Además, no se justificó adecuadamente por qué entendía que el “abrigo” ofrecido a través del alojamiento en paradores, se identificaba con el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna, pues como surge de la OG N° 4, no es obvio que eso sea así.

En cuanto a la decisión de la Corte, también podría hacerse un señalamiento parecido, porque cuando ésta invoca la razonabilidad, lo hace a partir de la cita del concepto elaborado por Rawls. Pero la verdad es que este argumento teórico vacía de sentido al control de razonabilidad. El principio de razonabilidad no depende de que coincidamos con la idea de Justicia de John Rawls. Al contrario, y como aquí he demostrado, este principio tiene un profundo linaje constitucional, con suficiente fuerza normativa para obligar a su aplicación en el control de constitucionalidad. Además de imponer un recorrido argumental serio, guiado, al menos, por los elementos aportados por el enfoque de derechos.

Y en este sentido, evaluar la constitucionalidad de una política pública importa evaluar seriamente su razonabilidad. Y como lo he expuesto aquí, esta última carga argumental importa realizar una evaluación completa de la medida política en cuestión, considerando si la misma da efectividad a las obligaciones asumidas por el Estado. En particular, determinar si resulta una garantía del contenido del derecho de que se trate,⁵⁵ si garantiza al menos su “contenido mínimo”, si resulta una medida “progresiva”, si emplea “hasta el máximo de los recursos disponibles” y si respeta la garantía de la igualdad.

Lo que se ha observado en las decisiones es que si bien estos elementos fueron utilizados en su motivación, no fueron empleados como criterios rigurosos de evaluación. Por último, entiendo que la mayor debilidad de estas soluciones reside en el análisis parcial de un problema que por su carácter estructural y con incidencia sobre un colectivo creciente de personas, involucra a autoridades locales y nacionales, que debieran establecer programas coordinados de acción. Los límites de un proceso individual gobernado por el principio dispositivo, aún atenuado, se muestra insuficiente para este tipo de

⁵³ Observación General N° 4 del Comité de los DESC.

⁵⁴ Especialmente a la luz del artículo 2.1 del PIDESC y la OG N°3.

⁵⁵ Pero tomando para ello las definiciones dadas para éstos en el Derecho Internacional o en la doctrina constitucional y no, disponiéndolo de modo más o menos arbitrario para cada caso en particular.

debates, en los que los jueces debieran adoptar seguramente actitudes de mayor dirección del proceso.

Puede verse que nos falta aún recorrer un largo camino antes de lograr la adecuación del proceso a la tutela diferenciada de los derechos sociales. Sin embargo, cabe mantener las esperanzas en que la evolución del Derecho también pueda presentar saltos cuánticos.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL, N°88, abril de 2006, pp 35-50.

_____ ; PAUTASSI, L. (Comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º edición, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid, 2008.

ATIENZA, Manuel, Para una razonable definición de "Razonable", *Revista Doxa*, N° 4 (1987), pp 189-200.

BAZÁN L., J. - MADRID R., R., Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N°2, pp 179-188 -1991-).

BERCOVICH, L.; MAURINO, G., *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones entre la teoría, las instituciones y la acción*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

BERIZONCE, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009;

_____ ; VERBIC, F., Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño, *La Ley*, 4-VII-2013, ll 2013-D (778).

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 2003, pág. 172.

CELS, *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos.*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.

COURTIS, Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, COURTIS (Comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp 3-52.

LINARES, Juan F., habla del "debido proceso sustantivo" como garantía innominada de la libertad en: *Razonabilidad de las leyes*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

MAURINO; NINO; SIGAL, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.3.

MULLER, Pierre, Génesis y fundamento del análisis de políticas públicas, *Innovar: Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, N° 11 (Enero –Junio, 1998), pp 99-109 (p 100).

PAUTASSI, Laura (Directora), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización social*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2014.

_____ (Organizadora), *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires, 2010.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, in: PAUTASSI (org.), op. cit.

PELLEGRINI GRINOVER, A. – Watanabe, K. (Coords.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Forense, Rio de Janeiro, 2011.

UCÍN, M. Carlota, *La tutela de los derechos sociales, El proceso colectivo como alternativa procesal*, LEP, La Plata, 2011.

_____. *La demostración de la razonabilidad*, en *Los principios procesales*, Berzonce, Roberto (Coord.), Librería Editora Platense, La Plata, 2011, pp 75-99.

_____. *La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial*, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Bs. As. 2009, publicada en el Libro de Ponencias Generales, Relatos Generales y Trabajos Seleccionados, pp 139-149.

VALENTI NIGRINI, G. – Flores Llanos, U., Ciencias sociales y políticas públicas, en *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 17, Dic. 2009, pp 167-191.

*Artigo recebido em 22 de julho de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 06 de novembro de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.09