
ENSAYO SOBRE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, *HARD CASES* Y LA HERMENÉUTICA GADAMERIANA

RUI CARLO DISSENHA¹

Universidade Federal do Paraná
Centro Universitário Internacional -Brasil

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 29-49

Recibido: 7/3/2021 - Aceptado: 30/6/2021

Resumen: Aunque los vínculos constitucionales e institucionales de los agentes de la Abogacía del Estado les conllevan ciertos límites hermenéuticos para el entendimiento de lo que es el interés público, ese ejercicio no es tan simple cuando se trata de los dichos *hard cases*, situaciones puestas a la Justicia que no tienen solución directa determinada por la aplicación de la ley o de la jurisprudencia. A la medida en que el Abogado del Estado tiene un rol constitucional y debe buscar el interés público primario antes del interés público secundario, este ensayo discute si la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer puede ofrecer un aparato importante e interesante para brindar un criterio razonable, histórico, constitucional y jushumanista de la cuestión. El artículo discute esta cuestión partiendo de la compleja noción de interés público en la Constitución brasileña y su significado en el contexto de los casos difíciles. Se habla de la hermenéutica de Gadamer como una buena manera de ayudar a los Abogados del Estado a manejar este difícil tema.

Palabras clave: Abogacía del Estado; hermenéutica gadameriana; *hard cases*.

¹ Abogado Universidade Federal do Paraná. Centro Universitário Internacional. Curitiba-Paraná-Brasil. *E-mail:* ruidissenha@hotmail.com.



Abstract: Although the constitutional and institutional bounds of State Advocacy agents imply certain hermeneutical limits for the understanding of what the public interest is, this exercise is not so simple when it comes to the so-called hard cases, situations brought to justice that have no simple solution determined by the direct application of law or jurisprudence. Insofar as the State Attorney has a constitutional role and must pursue the primary public interest before the secondary public interest, this essay discusses whether Hans-Georg Gadamer's hermeneutics can offer an important and interesting tool to offer a reasonable, historical, constitutional and jushumanist solution to the problem. The article discusses this question departing from the complex notion of the public interest in Brazilian Constitution and its meaning in the context of hard cases. Gadamer's hermeneutics is discussed as a good way to help State Attorneys in handling this difficult issue.

Keywords: State Advocacy; Gadamerian hermeneutics; hard cases.

1. SOBRE EL SENTIDO DEL INTERÉS PÚBLICO A SER DEFENDIDO POR LA ABOGACÍA PÚBLICA

El sentido del interés público es tema importante en las discusiones de Derecho Administrativo, como elemento rector de la actuación del agente público. Eso no es, por supuesto, diverso en lo que se refiere a la carrera de la Abogacía Pública.

En el contexto brasileño, la Abogacía Pública fue rediseñada con la Constitución Federal del 1988. Hasta entonces, la defensa de los intereses de la Federación o de los estados era realizada por el Ministerio Público, estatal o federal, respectivamente. La acumulación de actividades del Ministerio Público no era, por cierto, la mejor forma de gestionar la cuestión porque obligaba el *Parquet*, como institución a una actuación exageradamente amplia, a la excepción, únicamente, de la existencia de una Procuraduría de la Hacienda Nacional con su competencia limitada al área fiscal determinada por su ley de regencia (Decreto-Ley n. 147/1967).

Las demandas de democratización surgidas con el fin de la dictadura militar brasileña han exigido una reconfiguración más grande de la máquina estatal, y, por cierto, de la defensa del interés público. Fue en

este contexto que la Constitución Federal del 1988 trató expresamente de la Abogacía Pública, regulada, especialmente, en los artículos 131 y 132 del texto constitucional. En esos dispositivos, después del título “De la Abogacía Pública” se aclara que la “*Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*” [Abogacía-General de la Federación es la institución que directamente o por medio de órgano vinculado, representa la Federación, judicial y extrajudicialmente, cabiéndole, en acuerdo con la ley complementaria que dispone sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consultoría y asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo]². El artículo está incluido en el capítulo IV del texto constitucional que trata “*das funções essenciais à justiça*” [de las funciones esenciales de la justicia] y ubica, lado a lado, la Abogacía Pública y el Ministerio Público (que tiene la incumbencia de la “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” [defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles])³, la Abogacía privada y la Defensoría Pública, todos órganos que, separados del tradicional reparto tripartito del Estado, son responsables por la construcción de un modelo plural y democrático de justicia, a la medida que el propio texto constitucional les incluye, como cuarto elemento, en la mismo capítulo en que trata y detalla los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En ese contexto, la función de la Abogacía Pública en Brasil es especialmente el de “*representar os entes políticos, judicial e extrajudicialmente, bem como desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*” [representar los entes políticos, judicial y extrajudicialmente, como también ejercer actividades de consultoría y asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo]⁴. Conforme

² Artículo 131, *caput* en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

³ Artículo 127, *caput* en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

⁴ Di Pietro, M. S. Z. (2015). *Direito Administrativo – Pareceres* [Derecho Administrativo – Pareceres]. Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

dilucida Di Pietro, la singular posición constitucional de la Abogacía Pública aclara que su condición de “*essencial à justiça*” [esencial a la justicia] no se agota en el hecho de que se constituye como órgano que compone un sistema de justicia, lo que le aporta espacio institucional. En efecto, la Abogacía Pública es esencial a la justicia porque también debe buscar la justicia como *valor* constitucional, como elemento que orienta y espiritualiza la función pública y el rol del Estado y es responsable por la construcción de un modelo democrático de sociedad – según lo establecido en la constitución⁵.

Se trata, por lo tanto, de función compleja. A fin de cuentas, a la vez en que la defensa realizada por la Abogacía Pública debe ser orientada para los intereses de los órganos que representa (la Federación, los estados o los municipios) no puede dejar de buscar los fines constitucionales que construyen las pretensiones determinadas por la Constitución del 1988, considerando que se trata de servicio público. Por ello, decir que se trata de una actividad *duplamente* pública: representa el Estado como *munus* circunstancial: realizada la justicia, como función constitucional fundamental. De todos modos, en ambas actuaciones, lo que se persigue es siempre el interés público.

Es en ese contexto que las dificultades pueden surgir en relación con la definición de lo que debe buscar la Abogacía Pública, pues no resulta siempre evidente qué es lo que significa el interés público a ser perseguido. No obstante que en el plan privado la abogacía no se deriva con este dilema, pues se ve obligada simplemente por las determinaciones deontológicas aplicadas como límites de la profesión – y, por cierto, a todo el ordenamiento jurídico – no se ve obligada a lo que se relaciona con el interés que debe defender, que es siempre privado (tomándose en cuenta que esta es la forma por la cual se puede oponer los derechos del agente privado a lo dichos públicos), la Abogacía Pública se encuentra a las vueltas con una definición de límites menos evidente. Al fin y al cabo, el interés público no resulta siempre ser el mismo interés del aparato administrativo estatal, que no raro, está condicionado a otros fines que pueden buscar intereses de orden político.

⁵ Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial a la Justicia].

Se hace necesario aclarar que dichos intereses de orden político que aportan cierta imprecisión al concepto de interés público no son, claro está, necesariamente ilegales. No se permite a la Administración Pública, por cierto, desinteresarse del interés público en ningún momento. Esa determinación que descurre del imperativo del principio de la *indisponibilidad del interés público*⁶ que dirige las opciones del administrador. Asimismo, sin embargo, la doctrina reconoce como presente una distinción entre el interés público *primario* y el interés público *secundario*, que no se pueden confundir:⁷ el interés público *primario* es el que orienta las opciones constitucionales; el interés público *secundario*, si es que puede ser reconocido, sería relacionado al “*aparelhamento unitariamente considerado*” [orden unitariamente considerado]⁸. Es el interés, por ejemplo, como reconocido en la

⁶ Di Pietro, M. S. Z. (2019). *Direito Administrativo* [Derecho Administrativo] (32da ed.). Rio de Janeiro: Forense, p. 93.

⁷ Justen Filho, M. (2005). *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 37.

⁸ Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*. T. 1. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, p. 184-185. Resonando y repitiendo el autor argentino en la explicación sobre la división entre esos intereses, Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “*Essa distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente, na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrimen, contudo é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao enunciar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com interesses públicos propriamente ditos*” [Esa distinción a la cual se acaba de aludir, entre intereses públicos como tales – eso es, los intereses primarios del Estados y los intereses secundarios (que son los últimos a que se hizo referencia), es de tránsito común y corriente, en la doctrina italiana, y a un punto tal que, hoy, pocos doctrinadores de aquel país se ocupan de explicarles, limitándose a mencionar, como referencia a algo obvio, de conocimiento general. Este discrimen, sin embargo, esta expuesto con clareza ejemplar por Renato Alessi cotejando lecciones de Carnelutti e Picardi, al enunciar que solo se pueden buscar los intereses secundarios del Estado cuando coincidentes con los intereses primarios, eso es, con los intereses públicos primarios como tales]. En De Mello, C. A. B. (2007). *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo] (24ra ed.). São Paulo: Malheiros, p. 64.

jurisprudencia, de obtener renta o la no repetición de la restitución de contribución pagada indebidamente⁹.

Al fin y al cabo, la Abogacía Pública se ve, por veces, entre *Cila* y *Caribde*, y encontrar un camino en estos incrementos abrumados no es

⁹ Como ejemplo, la jurisprudência del Superior Tribunal de Justiça [Superior Tribunal de Justicia] reconoce esa condición: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AUTORIZANDO A COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL COM COFINS. SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE PERMITE COMPENSAÇÃO COM DIVERSOS DÉBITOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL. DÚVIDA DA EMPRESA. FORMULAÇÃO DE CONSULTA À RECEITA FEDERAL. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. (...) 7. O Código Tributário Nacional, ao disciplinar a Restituição do Indébito, é de fato silente quanto às circunstâncias que suspendem ou interrompem a prescrição em favor dos entes públicos. Da mesma forma, a legislação tributária esparsa, salvo engano, caracteriza-se pela mesma conveniente omissão. Daí não se pode extrair, entretanto, que inexistia “amparo legal” para a tese da empresa, até porque a instituição de hipóteses de suspensão ou interrupção da prescrição somente em benefício do Fisco, jamais em favor do contribuinte (quando este se tornar credor do Fisco), representaria medida ofensiva à isonomia, sendo descabido invocar aqui o princípio da supremacia do interesse público, pois os débitos do Fisco para com os contribuintes relacionam-se ao interesse público secundário, no qual o Estado não detém a prerrogativa de aplicar integralmente o regime de Direito Público. (...)” [PROCESO CIVIL Y TRIBUTARIO. SENTENCIA DEFINITIVA, AUTORIZACIÓN DE COMPENSACIÓN DE FINSOCIAL CON COFINS. SUPERVENIENCIA DE LEY QUE PERMITE COMPENSACIÓN COM DIVERSOS DEBITOS ADMINISTRADOS POR LA AGENCIA TRIBUTARIA NACIONAL. DUDA DE LA EMPRESA. FORMULACIÓN DE CONSULTA A LA AGENCIA TRIBUTARIA NACIONAL. SUSPENSIÓN DE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. (...) 7. El Código Tributario Nacional, en lo que corresponde a la Restitución de Contribución Pagada Indevidamente no menciona las circunstancias que suspenden o interrumpen la prescripción en favor de los entes públicos. Asimismo, la legislación tributaria dispersa, salvo por un error, se caracteriza por la misma omisión. De ahí, no se puede extraer, entretanto, que no exista “amparo legal” para la tesis de la empresa, puesto que la institución de hipótesis de suspensión o interrupción de la prescripción solamente en beneficio del Fisco, jamás en favor del contribuyente (cuando este se vuelve credor del Fisco), representaría medida ofensiva a la isonomía, y no sería posible invocar aquí el principio de la supremacía del interés público pues los débitos del Fisco con los contribuyentes son relativos al interés público secundario, en el cual es Estado no tiene la prerrogativa de aplicar integralmente el régimen de Derecho Público (...)]. (Recurso Especial 1646725/CE. (2017, 14 de marzo). Superior Tribunal de Justiça. Ponente: Min. Herman Benjamin - Segunda Clase.)

siempre evidente. Es cierto que una regla constitucionalmente puesta es innegable, pues la Abogacía Pública debe buscar el interés público primario: “*havendo conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado. Por isso mesmo, é possível afirmar, sem medo de errar, que a advocacia pública, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário*” [si hay conflicto, el interés público primario debe prevalecer sobre el interés público secundario, que tiene relación con el orden administrativo del Estado. Por esta misma razón, es posible afirmar, sin miedo de cometer errores, que la abogacía pública, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, no actúa en la defensa del orden estatal o de los órganos gubernamentales, sino que, en defensa del Estado, pues es el Estado mismo que hace legítimo el interés público primario]¹⁰.

Entretanto, en el contexto de una Constitución dirigente como la brasileña, (que, tal vez, justamente por el momento histórico en que fue creada, de amplia democratización y de discurso político libre, hubo la pretensión de que abarcara una inmensidad de valores, algunas veces, en cierta medida, vastamente contradictorios), esa elección no es siempre tan simple. Al fin y al cabo, la alternancia democrática de poderes puede implicar cambios sencillos en proyectos de políticas públicas respaldados en interpretaciones políticas específicas del texto constitucional. En este sentido, por ejemplo, el “*direito de propriedade*” [derecho de propiedad] y su “*uso social*” [uso social]¹¹ pueden ser percibidos, por cierto, en un aspecto *macro*, como un compromiso público con vertientes más liberales o sociales de la gestión del patrimonio, pero en la gestión de las políticas públicas por los organismos institucionales (sobre todo en perspectivas *micro* como la de posicionamientos

¹⁰ Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial de la Justicia].

¹¹ El texto constitucional brasileño, en el artículo 5, que trata de los derechos y garantías fundamentales, determina, en la alinea XXII que “é garantido o direito de propriedade” [se garante el derecho de propiedad], para, en seguida, en la alinea XXIII, aclarar que “a propriedade atenderá a sua função social” [la propiedad atenderá su función social].

puntuales dentro de un contexto económico, por ejemplo) con la posibilidad de creación de divergencias evidentes sobre que es lo que se demanda específicamente por dicho interés público (cual de los ejes debe orientar, prioritariamente, por ejemplo, las determinaciones de una reforma agraria?).

Aunque dicha dificultad exista en general (sin olvidar que todavía puede ser potencializada por un modelo jerarquizado de la gestión pública y, en especial, de la Abogacía Pública) se vuelve aún más compleja delante de determinados *hard cases*, que son cada vez más debatidos, incluso, por la opinión pública. Sobretudo en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y la dignidad humana, la raya exacta entre el interés primario y el secundario no es tan clara.

2. SOBRE LOS *HARD CASES* Y LA DIFICULTAD DE DEFINICIÓN: CUAL ES EL ESPACIO ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO PRIMARIO Y EL INTERÉS PÚBLICO SECUNDARIO FRENTE A LAS COMPLEJAS CONSTITUCIONES VIGENTES, COMO LA BRASILEÑA?

Hard cases es la denominación doctrinaria para los casos a los cuales la solución jurídica huye de la obviedad. Aunque muchos estudiosos hayan propuesto respuestas para la solución de estas cuestiones, entre ellas la notoria divergencia entre Dworkin y Hart sobre el tema, los conflictos inherentes a esas situaciones nunca son sencillos y siempre motivan algún debate. Aunque existan divergencias sobre el sentido, contenido y alcance de la expresión¹², *hard case* son aquellos casos en relación con los cuales la aplicación directa de la ley o de la jurisprudencia no sirve para solucionarles. En el texto de Dworkin, en los *hard cases* “*no settled rule dictates a decision either way, then it*

¹² Reiterando la dificultad de definición, Atienza acede a outra perspectiva cuando afirma que “Os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros” [Los casos difíciles por definición, son aquellos con relación a los cuales la opinión pública (ilustrada o no) esta dividida de tal manera que no es posible tomar una decisión capaz de satisfacer a unos y a otros]. Atienza, M. (2003). *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica* [Las razones del derecho – Teorías de argumentación jurídica] (3ra ed.). São Paulo: Editora Landy, p. 84.

might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle" [ninguna regla dicta la decisión para un lado o para el otro, así, puede parecer que la decisión apropiada no se podrá generar ni por política ni por principio].¹³

La discusión de la cuestión crea un sin número de propuestas de solución desde el recurso a los principios, a la política, a la discrecionalidad, en fin, a un haz completo de substratos de decisorios a proponer criterios de decisión de los *hard cases*. Aunque la cuestión sea, obviamente, de extremada importancia para los magistrados, cuando se parte del presupuesto que cualquier agente público debe actuar conforme al interés público, queda evidente que también la Abogacía Pública se encuentra a las vueltas con ese dilema cuando necesita defender los intereses del Estado, especialmente los intereses públicos secundarios. Al fin y al cabo, en que medida exacta el interés secundario de la Gestión es un interés, de hecho, secundario, y así, ¿eventualmente divergente del interés primario orientado constitucionalmente?

En ese contexto la defensa del Estado puede crear conflictos aparentemente insolubles o pasibles de solución apenas en cuestiones límite. En la experiencia brasileña estos temas han sido llevados con frecuencia al Poder Judicial, y sobre todo, se ha demandado al Supremo Tribunal Federal posiciones en definitivo sobre cuestiones que son, como mínimo, difíciles. A los fines de este estudio, se utilizan dos ejemplos, sin ninguna intención de universalizar la cuestión y sus respuestas, para, simplemente demostrar como la conflictividad es inherente a estos temas: discusiones sobre la obligación del Estado de pagar por fármacos de alto costo y la obligación de invertir en el sistema carcelario.

La casuística referente al pago de los fármacos por el Estado, cuando se trata de medicación de altísimo costo, pone en oposición algunos de los intereses que son, todos, de una forma u otra, respaldados por el texto constitucional. De una parte, los portadores de enfermedades raras dependen de los tratamientos medicamentosos de costo tan alto que no puede ser pagados individualmente. Estos

¹³ Dworkin, R. (1975). *Hard Cases*. *Harvard Law Review*, 88(6), p. 1058.

pacientes hacen valer su derecho a la salud pública o la vida (garantizados constitucionalmente) al acceder al Poder Judicial solicitando al poder público que asuma los costes, pues, de lo contrario, estarían predestinados a la muerte. Por su turno, el Estado presenta su defensa alegando la imposibilidad de asunción de los costes debido al hecho de que los límites presupuestarios impiden imputar de forma inmediata los valores necesarios, y que, desde el punto de vista público, no hay ningún sentido en el gasto de altísimos importes de dinero con apenas un paciente en un contexto de salud pública – todo con el soporte constitucional. En este contexto, cabe a la Abogacía Pública defender el interés del Estado que, se posiciona contrariamente al derecho a la salud del demandante, y, en consecuencia, por la negativa de la concesión del fármaco que inevitablemente llevará al paciente a la muerte: la elección trágica, en este caso, no es siquiera, figurativa, pues la defensa del Estado implica sostener el argumento de que todos, un día, morirán y ese es una carga que no debe recaer sobre el aparato público.

Por otra parte, delicadas cuestiones sobre el sistema carcelario han emergido y se convirtieron en problemáticas junto al Supremo Tribunal Federal, especialmente en los últimos diez años. Hecho notorio, la situación carcelaria en Brasil es una de las más difíciles del mundo. Esta cuestión es reconocida a nivel internacional¹⁴ y nacional¹⁵ por un amplio espectro de agente administrativos y judiciales y se convirtió en uno de los grandes temas que reivindican discusión en el contexto brasileño.

En el plano judicial, el Supremo Tribunal Federal ha decidido varias cuestiones referentes al sistema carcelario en los últimos cinco años, desde la obligación de indemnizar a los sentenciados sometidos a condiciones insalubres hasta la posibilidad de prisión en régimen

¹⁴ United Nations. Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (2016). *Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October: observations and recommendations addressed to the State party: report of the subcommittee* (Country report).

¹⁵ Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2009). *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*; Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2015). *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*.

abierto ante la falta de espacio en las prisiones. En este proceso, fue especialmente importante la “*Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 147*” [Acción Legal por Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 147] en que se reconoció, expresamente, que las condiciones del sistema carcelario brasileño son *indignificantes*, y que este descenso al “*inferno de Dante*” [infierno de Dante]¹⁶ caracteriza un “*estado de coisas inconstitucional* [estado de cosas inconstitucional]¹⁷”. Pero más importante para este texto es el caso del Recurso Extraordinario n. 592.581/MS¹⁸ en el cual el Supremo Tribunal Federal se vio obligado a discutir la obligación, por el poder público, de aumentar el espacio en una penitenciaría en especial, por hacinamiento, y el argumento del Estado que no podría reubicar fondos, dadas las limitaciones presupuestarias que obligan la gestión.

Mas allá de las cuestiones de fondo – muy complejas – planteadas en todos esos fallos, que tratan, especialmente, de las dificultades financieras y presupuestarias, más allá de la posibilidad del Poder Judicial de imponer una obligación al Ejecutivo en contra de su discrecionalidad de gastos, en todos estos casos emergió el argumento de la “*reserva do possível* [reserva de lo posible]”. Se señala que la referida construcción teórica tiene su cuna en Alemania en los años setenta, alrededor de la controversia que involucraba al acceso a la educación superior pública y la restricción en el número de cupos, y relacionada a la oposición entre derechos fundamentales de los ciudadanos y la disponibilidad de reservas financieras por parte del Estado, que deberían ser gestionadas de acuerdo con su discrecionalidad¹⁹. Según Figueiredo e Sarlet, la

¹⁶ Habeas Corpus 126.292/SP. (2016, 16 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Teori Zavascki, p. 98.

¹⁷ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. (2016, 19 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Marco Aurélio, p. 86.

¹⁸ Recurso Extraordinário 592.581/RS. (2015, 15 de agosto). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁹ Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações [Reserva del posible, mínimo existencial y derecho a la salud: Algunas aproximaciones]. In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. [Derechos Fundamentales: presupuesto y “reserva del posible”] Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 29.

cuestión “...apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima correlação com a distribuição de receitas e competências tributárias e (...) c) na perspectiva do titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação” [... presenta por lo menos una dimensión triple que comprende a) la efectiva disponibilidad de hecho de los recursos para la garantía efectiva de los derechos fundamentales, b) disponibilidad jurídica de los recursos materiales y humanos, que tiene íntima correlación con la distribución de ingresos y competencias tributarias y (...) c) en la perspectiva del titular del derecho a las prestaciones sociales, la reserva de lo posible involucra el problema de la proporcionalidad de la prestación]²⁰.

Las dos situaciones se presentan como *hard cases* evidentes, pues no hay solución simple brindada por la norma o por la jurisprudencia, y, en cierta medida, las posiciones en conflicto son orientadas por interpretaciones constitucionales sostenidas en el texto: de una parte, por la garantía de la dignidad humana, por otra parte, por la competencia y los límites negativos para la gestión del presupuesto. En ninguno de esos cuadros, se hace evidente cual es el interés público primario o secundario.

A la Abogacía Pública, quien representará los intereses de la Gestión Pública en los procesos, queda simplemente la opción de acostarse en el lecho de *Procurator* y defender un posicionamiento que siempre violará en texto constitucional en algún sentido. Lógicamente, en el caso de los procesos en análisis, la Abogacía Pública ha tenido que defender como interés público primario, el rechazo de la dignidad humana: no es posible solucionar el problema de la garantía de la dignidad humana de los enfermos que necesitan fármacos de alto costo o de los detenidos

²⁰ Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. [Reserva del posible, mínimo existencial y derecho a la salud: Algunas aproximaciones] In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* [Derechos Fundamentales: presupuesto y “reserva del posible”]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 30.

que están en celdas hacinadas porque, *aunque se sienta mucho*, las reglas constitucionales presupuestarias y la inevitable responsabilidad de los agentes públicos por violación de los techos definidos por ley imponen límites a la dignidad del ciudadano a lo que es *posible* realizarse por el gestor, no a los que es *deseable*.

Parece evidente que, en ese contexto, un plan de jerarquía pública desempeña un rol importante y obliga a la Abogacía Pública a la elección de estas posiciones delicadas. La Gestión Pública demanda la defensa de la reserva de lo posible y la interpretación de lo que es la reserva de lo posible cabe al agente público responsable. Eso no es problemático, en verdad, pues los límites entre el interés público primario y secundario parecen, de alguna manera, borrosos, si se considera que cualquier derecho fundamental, según la defensa de este posicionamiento famoso²¹, implica costos. El privilegio para el que esté detenido o para aquel enfermo implicará, por cierto, que otro detenido u otro enfermo, que no hayan tenido acceso al Poder Judicial dejen de recibir sus derechos fundamentales.

En fin, la pertenencia al cuerpo administrativo y la estructura piramidal de la carrera – en la cual el jefe es, de hecho, nombrado por el Presidente de la República²² – soluciona el dilema moral al que podría estar sometido el abogado público. Pero la pregunta que se hace es, a pesar de la perspectiva jerárquica, ¿habría algún criterio que pueda orientar a la Abogacía Pública antes tales conflictos delicados? O sea, si hubiera libertad, ¿qué es lo que debería orientar la Abogacía Pública cuando el texto constitucional, como el brasileño, ofrece innumerables posibilidades argumentativas contradictorias? ¿Qué debe orientar el abogado público ante un *hard case*?

²¹ Holmes, S., & Sustain, C. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* [El Costo de los Derechos: Porque la Libertad Depende de los Impuestos]. New York: W.W. Norton Company. No se ignoran las importantes críticas en contra de este posicionamiento, pero no cambian el contexto de este trabajo y, por eso, no se desarrollan aquí.

²² Artículo 131, § 1º, en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

3. SOBRE LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO Y LA NECESIDAD DE UNA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL HISTÓRICA SEGÚN GADAMER

La verdad es que no hay criterios claros en este sentido. Tampoco puede el abogado público orientar su elección según criterios de mera política personal.

Una senda posible, es el reconocimiento de un contenido constitucional mas allá de una simple selección de la norma, un contenido con una aproximación del ser y de su potencial de realización en sentido normativo. Si el lenguaje está sujeto a limitaciones recurrentes del hecho, del sujeto y será contextualizado por la historicidad y por la cultura, los enunciados, no son, por cierto, fáciles o perfectos y necesitan, por lo pronto, de algún orden de atención en cuanto al significado. El proceso hermenéutico, por lo tanto, es esencial en el paradigma del lenguaje que ordena la comprensión normativa contemporánea y desvela los sentidos posibles de la norma – justo los sentidos capaces de construir el interés público que se busca según un “*ato de interpretação criativa dos sentidos*” [acto de interpretación creativa de los sentidos]²³.

Si es con Heidegger que hay una disociación completa de la lógica sujeto-objeto, abriéndose las puertas para una hermenéutica constitucional en construcción con el sujeto-en-mundo y mucho más histórica, es con Gadamer que se puede ir adelante en ese proceso en el sentido de alcanzar una hermenéutica efectivamente abierta a la experiencia del mundo que lo comprende como parte de la propia conformación del ser²⁴. Esta construcción gadameriana permite un repensar de los conceptos a partir del contexto comunitario, por el cual se da la “ *fusão de horizontes*” [fusión de horizontes] entre

²³ Borges, G. R. (2016). *Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos* [Filosofía y teoría del derecho: breves apuntes] Curitiba: IFDDH, p. 465.

²⁴ Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 49.

interprete y tradición²⁵, un diálogo que abre el proceso hermenéutico – lo que es especialmente importante en el plan constitucional – para el contexto sociocultural en que se interpreta el concepto de interés público.

Esa apertura de la hermenéutica según la filosofía práctica que es defendida en Gadamer, opera un ejercicio importante del reconocimiento de las necesidades sociales y es imperativo en un contexto de sociedades en desarrollo, caracterizadas, especialmente, por un salvaje (y cruel) alejamiento de las determinaciones normativas constitucionales – sobretudo las referentes a los derechos sociales – de la realidad social en la que debería aplicarse. De hecho, esa apertura permite la comprensión de lo real en el proceso hermenéutico, que es algo capaz de ofrecer al intérprete las demandas contextuales, pero democratizadas, del momento en que se vive, releyendo los textos normativos y su sentido en el espacio de la vida práctica comunitaria.

En ese contexto, la propia pertenencia del Abogado del Estado al mismo poder público que defiende es un límite del agente para la aceptación del rol de la tradición con relación a la que necesita estar abierto para la perfecta y profunda comprensión del mundo del cual va a tratar públicamente. Y esa pertenencia es todavía más compleja que la estructura y la subordinación que se espera del cargo. Es evidente, como recuerda Di Pietro, “*a inserção da advocacia pública dentro da organização hierárquica da Administração Pública pode comprometer a autonomia da instituição e a independência de seus membros no exercício de sua função de defesa do interesse público primário*” [la inserción de la abogacía pública dentro de la organización jerárquica de la Gestión Pública puede comprometer la autonomía de la institución y la independencia de sus miembros en el ejercicio de su función de defensa del interés público primario]²⁶. Pero para eso hay remedios, tales como el acceso a la carrera por concurso público y otros beneficios de los que gozan los funcionarios públicos. Desconsiderar la tradición

²⁵ Batista, G. S. (2015). Compreensão, fusão de horizontes e filosofia prática [Comprensión, fusión de horizontes y filosofía práctica]. *Pensando – Revista de Filosofia*, 6(12), p. 95.

²⁶ Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial de la Justicia].

preocupa más cuando reconocida en un sentido de pertenencia a la clase lo que implicaría la adopción de un método hermenéutico de construcción del interés público basado en la única resonancia con lo que quiere y dice la máquina pública. La falta de consideración a lo social, por lo tanto, resultante de una afinación armónica institucional es lo que preocupa en el rol de la Abogacía Pública. El defensor del Estado que no pasa de un burócrata, pierde sus días en la repetición del *status quo*.

Evidentemente el Abogado del Estado no puede perder de vista el hecho de que ejerce un rol en un contexto específico - incluso constitucional. Pero esa dimensión no se confunde con el servilismo a los intereses de la estructura de gobierno para el cual actúa. En la perspectiva gadameriana, la hermenéutica es realizada en un contexto que tiene en cuenta tanto la autoridad como la tradición, pues la historicidad del proceso interpretativo hace reconocer que el propio intérprete lleva consigo sus prejuicios históricamente construidos y contextualizados, pues, en verdad “*não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela*” [no es la historia que nos pertenece, somos nosotros que pertenecemos a ella] de forma que “*os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*” [los prejuicios de un individuo, mucho más que sus juicios, constituyen la realidad histórica de su mismo ser]²⁷. En ese sentido, el método ofrecido por el autor alemán permite una contextualización mucho más histórica del sujeto y, por lo tanto, también, del rol que lleva a cabo en plan social y constitucional, sin ignorar que hay mas además de todo eso. El interés público, por lo tanto, es mas de lo que dice ser la máquina pública, es más de lo que dice la autoridad²⁸, aunque no

²⁷ Gadamer, H.-G. (2008). *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* [Verdad y Método I – Fundamentos de una hermenéutica filosófica] (9na ed.). Petrópolis: Vozes, p. 368.

²⁸ Autoridad, aquí, por lo tanto, no es la “*aceitação cega de elementos passados e como antagonica da razão e da liberdade, pois que ela é antes uma atribuição a pessoas em que a legitimidade (da autoridade) estaria não na submissão pura e simples, mas em atos de reconhecimento e conhecimento quanto à superioridade de juízo de um outro, neste ponto, acima de nós mesmos, a quem se reconheceria, de moco consciente, uma visão mais acertada; logo, não haveria contrariedade da razão com a liberdade, nem tampouco constituiriam*

se pueda ignorar lo que dice esa autoridad evidentemente insertada al contexto constitucional.

El “círculo hermenéutico” producido por el reconocimiento de la historicidad permite una recreación incesante del texto interpretado que, por cierto, depende de la tradición, pero que no ignora la distancia entre esa tradición y la pertenencia a esa misma tradición, que es justamente lo que abre el proceso para un “*acontecimento existencial do ser*” [evento existencial del ser] que²⁹, por esa misma razón no ignora que el intérprete “*está integrado em uma comunidade na qual somos o que somos, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de modo que o entendimento se dá pelo ser comunitário, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos preconceitos*” [está integrado en una comunidad en la cual *somos lo que somos*, y el enlace ocurre solamente por medios lingüísticos, de modo que la comprensión se da por el ser comunitario, y es el propio ambiente comunitario, el que permite el rescate de la tradición y de los prejuicios]. Esa “ *fusão de horizontes*” [fusión de horizontes] permite, por lo tanto, una interpretación abierta y, por cierto, más democrática porque, en ella, ignorar el contexto en el cual se aplica la norma interpretada no es sostenible.

conceitos excludentes” [aceptación ciega de elementos pasados y como antagónica de la razón y de la libertad, pues que ella es antes una atribución a personas en relación a las cuales la legitimidad (de la autoridad) no estaría en la pura y simple sumisión, pero en las acciones de reconocimiento y conocimiento cuanto a la superioridad del juicio de un otro, en este punto, arriba de nosotros mismos, a quien se reconocería conscientemente, una visión mas acertada; no habría contrariedad de la razón con la libertad, ni tampoco constituirían conceptos excluyentes]. En Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 56.

²⁹ Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 58.

Es en ese sentido que el interés del Estado no es el interés del gobierno, pero algo más profundo y constitucionalizado que incluye la experiencia de lo real, del mundo, de la fusión de horizontes. Eso, en países de profunda disonancia socioeconómica y substancial déficit democrático, demanda más “abogados” y menos “del Estado”; agentes públicos más aptos a entender problemas socializados que huyen a la perspectiva del gobierno o del Estado y necesitan transitar más allá, incluso del texto constitucional, en búsqueda del *sentido* constitucional.

El rol que se reserva a la Abogacía Pública, por lo tanto, no es de los fáciles. Aplastado entre la jerarquía, la política y el interés público, se nota alguna dificultad para que el abogado público actúe de forma constitucionalmente consciente.

Sin embargo, no hay opción en un Estado democrático de Derecho en países de escaso desarrollo, como el que se vive en América Latina, sino que se pase a pensar más allá de los paradigmas construidos en el hemisferio Norte. Sin tener en cuenta el modelo económico en el que se actúa, el abogado público no puede perder su *raya democrática*: debe buscar, en el pequeño espacio que tiene, como es que el contexto constitucional permite un interés público de amplia gama social, de penetración profunda en la división de clases y de amplia redistribución de justicia.

No obstante, una interpretación del interés público realizada en ese sentido no permite una comprensión de los derechos humanos como divisibles, indicando que es posible pensar derechos negativos sin derechos prestacionales, por eso va en contra de todo lo que es necesario para un contexto verdaderamente democrático de sociedad³⁰. Es esencial que se haga un análisis del contexto social en el cual se instala la actuación del abogado público en defensa del Estado – no se trata de defender una institución, sino un contexto más grande en que esa institución debe ser considerada como contextualizada en el espacio sociocultural-histórico en que se ubica. Solamente así se ven los privilegios, desarmonías y violencias estructurales que necesitan,

³⁰ Croxatto, G. L. (2015). Operatividad y reconocimiento: el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derecho Público*, 3(7), p. 119 y ss.

en nombre del interés público contextualizado más allá del texto constitucional, ser combatidos por la Abogacía Pública que defiende un Estado democrático y social de Derecho, y no solo una máquina gubernamental.

Interpretar *gadamerianamente* el sentido del interés público implica, en países como Brasil o Argentina, ubicarse contra la creencia en la construcción de una sociedad que solo es europeizada en el contexto normativo, pues en el plan de la realidad reina todavía un cuadro sociocultural de penuria humana – potenciados por crisis económicas, asaltos liberalizantes de mercado y pandemias sanitarias. De otra forma se perpetua la creencia en un texto constitucional europeo, blanco, heterosexual y cristiano, basado en la libertad del individuo que firma el contrato social, sobre una sociedad latinoamericana, negra, indígena, plural, que todavía sufre de las heridas de ser colonia y de ser esclava, en una indigestible asimetría de un *ser* gobernado por un *deber ser* cuyas ideas están fuera de lugar³¹.

BIBLIOGRAFIA

- Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*. T. 1. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial.
- Alves, J. R. B. (2020). *Hermenéutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil).
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. (2016, 19 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Marco Aurélio. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.
- Atienza, M. (2003). *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica* (3ra ed.). São Paulo: Editora Landy.
- Batista, G. S. (2015). Compreensão, fusão de horizontes e filosofia prática. *Pensando – Revista de Filosofia*, 6(12), p. 94-109.

³¹ Schwarz, R. (2014). *As ideias fora do lugar*. [Las ideas fuera de lugar]. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin.

- Recuperado de <https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/4543>.
- Borges, G. R. (2016). *Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos*. Curitiba: IFDDH.
- Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2009). *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Recuperado de <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>.
- Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2015). *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*. Recuperado de <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Croxatto, G. L. (2015). Operatividad y reconocimiento: el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derecho Público*, 3(7), p. 117-163. Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70586>.
- De Mello, C. A. B. (2007). *Curso de Direito Administrativo* (24ra ed.). São Paulo: Malheiros.
- Di Pietro, M. S. Z. (2015). *Direito Administrativo – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense.
- Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.
- Di Pietro, M. S. Z. (2019). *Direito Administrativo* (32da ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Dworkin, R. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88(6), p. 1057-1109. Recuperado de <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1975-hard-cases.pdf>.
- Gadamer, H.-G. (2008). *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (9na ed.). Petrópolis: Vozes.

- Habeas Corpus 126.292/SP. (2016, 16 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Teori Zavascki. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.
- Holmes, S., & Sustain, C. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company.
- Justen Filho, M. (2005). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (2016). *Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October: observations and recommendations addressed to the State party: report of the subcommittee (Country report)*. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fBRA%2f3&Lang=en.
- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"* (p. 13-50). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Recurso Extraordinário 592.581/RS. (2015, 15 de agosto). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Ricardo Lewandowski. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>.
- Recurso Especial 1646725/CE. (2017, 14 de marzo). Superior Tribunal de Justiça. Ponente: Min. Herman Benjamin - Segunda Classe. Recuperado de <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201603379525&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.
- Schwarz, R. (2014). *As ideias fora do lugar*. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin.