Ricardo Garzón Cárdenas
(Coordinador)

Abogar y Juzgar en el Siglo XXI. II

Abogar y Juzgar en el Siglo XXI. II

Ricardo Garzón Cárdenas
Coordinador

Memorias del *III Seminario Internacional "Abogar y Juzgar en el Siglo XXI"*, dedicado a "Comunicación, argumentación y Justicia" celebrado en León, España, entre el 1 y el 5 de julio de 2019

© Ricardo Garzón Cárdenas
Abogar y Juzgar en el Siglo XXI. II

ISBN Libro en papel: 978-84-685-4454-0
ISBN eBook en PDF: 978-84-685-4455-7

Impreso en España
Editado por Bubok Publishing S.L

Reservados todos los derechos. Salvo excepción prevista por la ley, no se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos conlleva sanciones legales y puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

A Adriana

Índice

1. IMPUESTOS, IGUALDAD Y ESTADO SOCIAL 11

Juan Antonio García Amado

2. LA FUGA FACILITADORA HACIA LOS PRINCIPIOS GENERALES 31

Leandro K. Safi

3. REGLAS Y DISCRIMINACIÓN. A PROPÓSITO DEL CASO DE CASTER SEMENYA 81

Ricardo Garzón Cárdenas

4. EL JUEZ Y EL RAZONAMIENTO PROBATORIO: BREVES REFLEXIONES BAJO EL PRISMA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 101

María Paula Mamberti

5. EL CONTROL DE CONVECIONALIDAD: ASPECTOS EVOLUTIVOS Y PROBLEMÁTICOS 115

Danielle Anne Pamplona- Tiago Gagliano Pinto Alberto

6. 'NUDGE' A FAVOR DA MAIOR ASSETIVIDADE NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO 149

Luiza Adena Engers - Tiago Gagliano Pinto Alberto

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ: EN RAZÓN DE LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS ACAECIDOS EN EL PODER JUDICIAL Y EN EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA 169

Esteban Carbonell O´Brien

8. A IMPRESCINDIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO COMO MEIO DE AFASTAR O GOVERNO DOS JUÍZES 191

Ana Carla Werneck - Felippe Carnelossi Furlaneto

9. A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK 217

Glacielle Borges Torquato - Tiago Gagliano Pinto Alberto

10. ENTREGA JURISDICIONAL EM QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS RELATIVAS A EDUCAÇÃO E A LIBERDADE DE CRENÇA NO ESTADO LAICO 249

Ronald Silka de Almeida - Jailson de Souza Araujo

11. CONDICIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ECUADOR 273

Vicente Solano Paucay

12. LAS AMNISTÍAS EN CONTEXTOS TRANSICIONALES 285

Stephania Serrano Suárez

13. TÓPICA JURÍDICA, CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARA AS CORTES INTERNACIONAIS 305

Paulo Alves Santos

14. PERSPECTIVAS DA INTEGRAÇÃO NORMATIVA DERIVADA DO DIÁLOGO TRANSNACIONAL ENTRE JUÍZES 329

Ana Maria D´Ávila Lopes - Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior

15. A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS 351

Mario Augusto Quinteiro Celegatto - Renata Bolzan Jauris

16. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS COMO MECANISMO DE *ACCOUNTABILITY* JUDICIAL DENTRO DO CONTEXTO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO 375

Ana Carla Werneck - Claudia Maria Barbosa - Gilberto Andreassa Junior

PRESENTACIÓN

Este volumen recoge las comunicaciones presentadas con ocasión del *III Seminario Internacional Abogar y Juzgar en el Siglo XXI*, que estuvo dedicado al tema "Comunicación, argumentación y Justicia". Estos seminarios se organizan en convenio entre la Universidad de León y el Colegio de Magistrados y Funcionarios de San Isidro, Argentina, y la dirección la compartimos el profesor Amós Grajales, de la Universidad de La Plata, y yo mismo, con la coordinación de Ana Reynoso y la colaboración de Ricardo Garzón Cárdenas. Fueron cinco días de muy intensa vida académica y también de variadas actividades complementarias. Y, sobre todo, fue una nueva y fructífera ocasión para la convivencia y el intercambio de ideas entre profesionales del Derecho de nueve países de América Latina y profesores y jueces de España.

En plena organización ya de la próxima edición del Seminario, que se celebrará entre el 29 de junio y el 3 de julio del presente año 2020, presentamos este nuevo fruto, en la confianza de que también sea más fuerte cada vez la dimensión investigadora del Seminario.

Vaya la gratitud de los responsables del Seminario a quienes con sus textos han dado vida a este volumen y el agradecimiento también a Ricardo Garzón, que ha coordinado y organizado el presente libro.

Esta obra surge de las actividades enmarcadas en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, titulado "Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones", financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España.

León, a 29 de enero de 2020
Juan Antonio García Amado

1. IMPUESTOS, IGUALDAD Y ESTADO SOCIAL

Juan Antonio García Amado[1]

SUMARIO: 1. Justicia distributiva y política fiscal. 2. ¿Deben servir los impuestos para que los ricos sean menos ricos? 3. ¿Solo son justos y sociales los impuestos progresivos? 4. ¿Obliga el Estado Social a una política determinada?

1. Justica distributiva y política fiscal

Cuando justificamos los impuestos podemos dar dos tipos de razones a su favor:

(i) Razones de justicia distributiva. Al hablar de justicia distributiva aludimos al reparto de bienes, beneficios o cargas entre los integrantes de la sociedad de referencia y presuponemos una pauta o regla de reparto que, correcta e íntegramente aplicada, daría idealmente lugar a una distribución plenamente justa. Sociedad justa sería, pues, aquella en la que rigiera dicha pauta de distribución; y, para cada teoría de la justicia distributiva una sociedad será tanto más justa cuanta mayor sea la proporción en que esa pauta de justa distribución sea efectivamente aplicada. Por poner un ejemplo, si la pauta de justa distribución es la plena igualdad material entre los ciudadanos, una sociedad será tanto más justa, cuantas menores sean las desigualdades materiales entre los ciudadanos; o, con un ejemplo más, gráfico y absurdo, si el criterio fuera el de que cada cual recibiera en el reparto en proporción a su estatura, sería mayor la justicia cuantas menos fueran en la práctica las desviaciones de esa correspondencia.

En relación con la justicia distributiva, los impuestos suelen mencionarse como herramientas para hacer valer un patrón igualitario de distribución. En ese sentido, el lema de que pague más el

[1] Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

que más tenga quiere decir que ese pago mayor del más rico sirve para acortar la diferencia de riqueza con el más pobre y, según tal punto de vista, de esa manera se coadyuva a que la sociedad sea más justa por ser más igualitaria.

(ii) Razones de costes de servicios públicos y prestaciones públicas. Puesto que el Estado tiene unos gastos derivados de los muy diversos servicios que presta y funciones que desempeña, debe procurarse unos ingresos, que en gran parte provienen de los impuestos, como es obvio. Y a la hora de establecer impuestos, hay que fijar un criterio: a quién, en razón de qué y en qué proporción se cobran.

Si se trata de recaudar para gastar y se considera, además, que detraerle a alguien de lo que es suyo constituye un mal para ese sujeto pasivo del impuesto, la justificación aquí se relacionará muy estrechamente con la eficiencia: el mejor impuesto es aquel que tiene un mejor efecto recaudatorio global y, al tiempo, "daña" lo menos posible. A esto es a lo que se puede llamar eficiencia impositiva.

Determinadas prestaciones estatales pueden reducir, amortiguar, los efectos de la desigualdad, muy en particular las que satisfagan derechos sociales. Pero, aquí, ese efecto indirecto no es el fin que justifica el impuesto, aunque sea complementario de esa justificación, si se quiere.

Las tesis que pretendo defender primeramente son las siguientes. Una, que se puede respaldar un modelo de Estado fuertemente social sin necesidad de abogar por que los impuestos sirvan a la reducción de la desigualdad económica como tal. La otra, que el modelo que llamaré igualitarista tiende, en cuanto construcción teórica, a colapsar. Sobre esto último se puede afirmar, muy resumidamente, que si la de reducir la desigualdad fuera la justificación única o principal de los impuestos, habría dos consecuencias teóricas importantes:

Primera. Que, alcanzada hipotéticamente la plena igualdad social, ya no habría justificación para que siguieran existiendo impuestos.

Segunda. Que, en un contexto de desigualdad todavía no eliminada, entre dos estados uno de los cuales tuviera mayor desigualdad, pero con más alta realización de los derechos sociales, y otro que tuviera menos desigualdad, pero con menores derechos sociales, este segundo sería preferible. En otras palabras, y respecto de este último aspecto: que si un sistema impositivo logra reducir la desigualdad a base de restar bienes a los más ricos, se justifica tal sistema, aunque no se consiga mejorar la situación en sí de los más pobres.

Justicia distributiva contra eficiencia, esas podrían ser las etiquetas para las alternativas en juego. Con importantes consecuencias adicionales, como la de que si lo que importa es más la eficiencia que la justicia distributiva, cabe cuestionar ciertos dogmas de la filosofía "progresista" de los impuestos, como el de que son preferibles, por más justos, los impuestos directos que los indirectos, o el de que la justicia exige que sean progresivos los impuestos directos como, paradigmáticamente, el impuesto sobre la renta.

2. ¿Deben los impuestos servir para que los ricos sean menos ricos?

Tomemos tres personajes y llamémoslos Esquilo, Sófocles y Eurípides. Luego traeremos un cuarto y le daremos el nombre de Terencio.

Esquilo es fontanero. La suya fue una vida dura hasta que, a base de trabajo y trabajo y debido a su enorme habilidad e inteligencia a la hora de cumplir con su oficio, se fue abriendo camino y ganando cada vez más. Es de los pocos en el país que son capaces de manejar ciertas instalaciones de fontanería muy complejas y en las que se emplean materiales especiales. Ahora tiene cincuenta años y varias empresas importantes del ramo de la construcción se lo disputan a golpe de talonario. A día de hoy está contratado por una de las mayores y gana ciento veinte mil euros al año.

Sófocles es un afamado novelista de mucho éxito. Cuarenta y cinco años. Cotiza como autónomo y como tal paga sus impuestos. En verdad, es un muy sacrificado peón de la pluma, pues no dedica a la escritura menos de ocho horas diarias, de lunes a sábado. Poco

a poco, el éxito de público y crítica fue llegando y el último año ha ingresado ciento veinte mil euros, especialmente por derechos de autor, aunque también percibe algo por algunas conferencias que ha impartido.

Eurípides es un albañil sin especial cualificación profesional. Se desempeña como peón. Cuarenta y dos años. No es muy habilidoso, aunque sí esforzado, razón por la cual es apreciado en las empresas del ramo y hasta hoy no le ha faltado tajo. En el último año sus ingresos totales fueron de doce mil euros, a razón de mil al mes.

En impuestos directos Eurípides no paga nada, dado lo bajo de sus rentas. Pongamos que Esquilo y Sófocles tributan en su impuesto sobre la renta lo mismo, veinticuatro mil euros cada uno, equivalentes al veinte por ciento de los ingresos de cada cual. Sé de sobra que estoy jugando con tipos impositivos irrealmente bajos, pero acépteseme así para mayor claridad.

Si nos preguntamos por qué pagan tanto, responderemos que porque ganan mucho. Y que Eurípides no paga nada porque su sueldo es realmente bajo. Las cuestiones pertinentes, aunque no muy habituales, son dos. Primera, por qué deben pagar más los que ganen más, aun cuando sea completamente lícito y honesto su modo de ganar y, más todavía, resulte proporcional a su esfuerzo, inteligencia y capacidad. Segunda, por qué quienes perciben servicios sociales con cargo al erario público los perciben en todo caso con total prescindencia de su disposición y esfuerzo.

Respecto de la pregunta primera, creo que suele haber un prejuicio subyacente, el de que quien mucho gana algo indebido ha hecho o hace. Se asume más o menos conscientemente que nadie puede hacerse rico con el fruto nada más que de su honrado esfuerzo y sin aprovecharse reprochablemente de alguien. En cuanto a la segunda cuestión, el prejuicio acostumbra a ser el inverso, el de que toda persona gravemente pobre está en esa situación o bien de resultas de las malas artes del prójimo y la injusticia social, o bien como consecuencia de su pésima suerte, pero siempre y en todo caso sin rastro de culpa del propio sujeto. Creo que, al menos

en el terreno de la ciencia social y la filosofía política y jurídica, deberíamos superar esos dos prejuicios y admitir que hay también ricos inocentes y pobres culpables, y que a lo mejor no estaría de más discriminar entre tipos y orígenes de la riqueza, cuando de gravarla o darle tratamiento jurídico se trata; y entre clases de pobreza, a la hora de brindar ciertos servicios a quien no puede pagarlos. Y en esto último convendrá también diferenciar entre clases de servicios públicos y prestaciones, pues, por ejemplo, se puede defender que deba ser universal e incondicionadamente gratuita la sanidad pública básica, pero que los perceptores de ayudas sociales en metálico deban hacer algo para merecerlas o "ganárselas".

Pero la pregunta que pretendo poner sobre la mesa es esta: ¿por qué han de pagar tanto Esquilo y Sófocles, si cuanto ganan a nadie se lo quitan ilegítimamente y es resultado de su esfuerzo y habilidad? Insisto en ese dato, no hablamos de personas de las que alguien pueda decir que se aprovechan del trabajo ajeno o de la plusvalía generada por la labor de otros ni nada de ese estilo. ¿Realmente es más justo un Estado en el que pagan más impuestos los que ingresan mayores rentas, y más si esa obligación tributaria es radicalmente independiente del tipo de actividad por la que las rentas se ingresan? Y si en lugar de ponernos en clave de justicia distributiva, nos ubicamos en el campo del utilitarismo o el puro eficientismo social, tendremos que inquirir si es socialmente conveniente, en término de riqueza y bienestar colectivos, un sistema fiscal que desincentiva fuertemente el aumento de rendimiento de los más laboriosos y capaces.

Llevo toda la vida creyendo algo que me contaron cuando era estudiante, la teoría de que es más justo, se mire como se mire, un sistema fiscal basado en impuestos directos y de carácter progresivo. Empiezo a tener dudas. ¿No deberíamos manejar, como hipótesis, la mayor justicia y eficiencia de, por ejemplo, la combinación de un tipo impositivo único, bajo y de aplicación casi universal, algo así como el 5%, y una carga mayor sobre los impuestos al consumo, tipo IVA, ahí sí con una clara discriminación entre

clases de productos y tipos aplicables? O sea, que si Esquilo y Sófocles quieren comprarse, ya que pueden, el Mercedes más caro del mercado, que paguen un IVA bien alto, pero que ninguno de los tres personajes pague nada, por ejemplo, como IVA del pan o la leche. O que abone un impuesto específico el que elija mandar a sus hijos a un colegio privado (en lugar de que los subvencionemos entre todos) o a una universidad privada.

Pongamos que uno es o se siente progresista y comprometido con el Estado social de Derecho, como es mi caso. ¿Por qué no debemos considerar derechista, neoliberal, antiprogresista y, sobre todo, socialmente injusta una propuesta como la anterior? ¿Por qué hemos acabado tomando como sinónimo de justicia social de la buena la cantaleta esa de que tiene que pagar más -en impuestos directos, repito- el que más tenga y al margen de que lo tenga de bóbilis y porque lo heredó y nada más que administra sus inversiones, o de que lo consiga trabajando de sol a sol y sacrificándose para dar mejores posibilidades vitales a los suyos? Porque lo chirriante del caso es que cuando llega un partido que dice que por fin va a ser verdad que pagarán más los que más tengan, el pato lo van a financiar Esquilo y Sófocles (y otros como ellos que ganan la mitad o una tercera parte que ellos), no los rentistas que no aplicaron nunca el sudor de su frente. ¿Es eso lo que demandan la justicia distributiva y el progreso?

Pensemos, repito, por qué parece a menudo que es muy justo que Esquilo y Sófocles hayan de tributar tanto, y en mayor proporción cuanto más ganen, con independencia completa de que deban sus ingresos únicamente a su inteligencia y su mérito grande, todo ello honestísimamente aplicado y, sobre todo, por el mero hecho de ganar ese dinero así y antes de cualquier decisión suya sobre consumo o inversión. La contestación al uso será que han de pagar todo eso ellos porque alguien ha de asumir las cargas financieras del Estado y ellos son de los que mejor pueden. ¿Y a cuento de qué el poder se transforma, así, en deber? ¿Por qué debe ser mayor la proporción de ingresos socializados o "expropiados" del que más trabaja y más gana honestamente?

Ahora metamos en liza a Terencio. Terencio es un sujeto bastante perezoso, que nunca quiso ni estudiar ni trabajar mayormente y que se da a la vida reposada con fruición digna de mejor causa. No es un incapaz propiamente, no es alguien con algún tipo de tara intelectual o limitación física, es un vago puro y simple. Haberlos, haylos, aunque puede que no sea políticamente correcto señalarlos. Terencio no tiene rentas de trabajo ni de actividad productiva de ningún tipo, pero percibe una pensión por pobre, quinientos euros mensuales.

No seré yo quien mantenga que a Terencio deba el Estado social que tenemos y que defiendo dejarlo morir de hambre. Para nada. Pero apretarle las clavijas un poquito, sí. Que haga algo. Lo que sea, que tenga alguna obligación que vuelva un poco onerosa su vida descansada; vida descansada de pobre, pero descansada. Pues, insisto en lo peculiar de Terencio: no es pobre por desgracias del destino, sino por su nulo deseo de dar palo al agua o esmerarse para mejorar su suerte con algo parecido al trabajo. ¿Qué tal algún tipo de servicio social a cambio de los quinientos eurillos? ¿Y si le pedimos que a cambio de la renta estudie alguna cosa que le enseñamos gratis?

Pensemos en las curiosas simetrías; o asimetrías, según se mire. Primera. La diferencia entre lo que percibe Terencio por no dar golpe a posta y lo que gana Eurípides por trabajar en jornada laboral completa de lunes a viernes no es ni muchísimo menos proporcional al esfuerzo de cada uno, que en el caso de Terencio es cero y en el del peón de albañil Eurípides es muy alto. Si quiere el amable lector verlo más claro, que imagine que Eurípides no recibe el salario que hemos dicho antes, doce mil euros, sino el salario mínimo interprofesional vigente en España ahora mismo, lo que vendría a hacer unos ocho mil euros anuales (frente a los seis mil de Terencio, en nuestro ejemplo).

Segunda. Para financiar lo que percibe Terencio sin hacer nada (ni querer hacerlo) contribuyen en mayor medida los que más hacen porque quieren, como era el caso de Esquilo y Sófocles en nuestros ejemplos.

¿Estoy insinuando que no debe haber ayudas sociales, rentas para personas sin ingresos o algo por el estilo? En modo alguno, ni de lejos. Debe haberlas para el que, por dificultades o situaciones que no le sean imputables y que no pueda remediar por sí, no pueda por sí lograr ingresos. Pero para los otros, no.

¿O hemos los progresistas olvidado que antes del "a cada cual según sus necesidades" iba el "de cada cual según sus capacidades" (Karl Marx, Crítica del Programa de Gotha)?

3. ¿Sólo son justos y sociales los impuestos progresivos?

Analicemos otro caso hipotético que voy a plantear enseguida. No perdamos de vista que estamos examinando si hay alguna regla racional de justicia distributiva o de justicia fiscal que justifique el principio de capacidad contributiva, entendido como fundamento de los tipos progresivos en los impuestos directos, como fundamento de que cada uno pague en proporción creciente a su nivel de riqueza.

Pongamos que una persona, A, tiene 100, otra, B, tiene 500 y la tercera, C, tiene 1000. Aceptado que no hay ahí razón para que ninguno de estos tres esté exento de tributar, las alternativas más claras para asignar a cada uno la correspondiente obligación son tres:

(i) Que cada cual aporte una misma cantidad fija; por ejemplo, 10. El coste relativo de aportar 10 cada uno será diferente para A, B y C, pues para A es el 10% de lo que tiene, para B es 2% y para C representa el 1%.

(ii) Que cada cual pague un mismo porcentaje sobre su riqueza; por ejemplo, 10%. Entonces, A deberá abonar 10, B pagará 50 y C aportará 100. En este caso cada uno paga en proporción a lo que tiene y, por tanto, se paga más cuanto más se tenga, pero no hay progresividad del impuesto.

(iii) Que exista un tipo progresivo, de manera que, por ejemplo, A paga un 10%, B tributa un 15% y C, 20%. Lo cual implica que la aportación de A es de 10, la de B es de 75 y la de C es de

200. Aquí no solo se paga más a medida que se tiene más, sino que se paga en proporción mayor respecto de lo que se tiene.

Lo que andamos preguntándonos es cuál es la razón, si la hay, que hace más justo (iii) que (ii) y que (i), como se suele creer y decir hoy en día casi sin cuestionamiento; o, al menos, sin cuestionamiento entre los que nos consideramos progresistas.

Ahora vamos con otro caso que deseo presentar. Como es un supuesto puramente hipotético, una hipótesis de escuela, pido que se trabaje teniendo siempre en cuenta las condiciones que paso a estipular.

a) En la sociedad o estado de referencia, se valora muy positivamente algo a lo que vamos a llamar X, pues X es muy importante para la vida de las personas y del grupo entero. Puede entender el lector que con X hacemos referencia a cierto tipo de cosas, como medicinas o vacunas, o que se trata de una actividad importante así descrita en abstracto, como pueda ser el trabajo, o que se alude a un conjunto heterogéneo de cosas que proporcionan genuino bienestar y que tienen un valor común.

b) X se puede medir en unidades o por algún tipo de pauta. Así, podemos decir que Fulano hizo el pasado mes dos X y que Mengano hizo cinco X.

c) Hacer X es costoso, en cuanto que requiere trabajo y esfuerzo, y también previa formación o adiestramiento. A esto se une que, por razón del tipo de habilidades naturales o talentos de cada cual, unas personas tienen más facilidad que otras para producir X.

d) X se puede valorar en dinero y los X se pagan en dinero o mediante bienes traducibles a dinero. Da igual aquí que sea el mercado el que establezca el valor de los X en cada momento o que haya algún tipo de precio puesto por el Estado.

e) En el tiempo T que consideramos en nuestro caso, el valor de cada X está en 100 unidades monetarias, pongamos que 100 euros.

f) De entre todos los que en ese estado hacen X, vamos a tomar como representativos a los tres siguientes: J, K y L. Su

producción anual de X es la siguiente, con la consiguiente remuneración:

J hace 100 X. 10.000 euros.

K hace 500 X. 50.000 euros.

L hace 1.000 X. 100.000 euros.

g) Rige un impuesto sobre la renta de carácter progresivo y con los siguientes tipos:

A partir de 5.000 euros y hasta 40.000: 5%. Así que J paga 500. Le restan, pues, 9.500.

Entre 40.001 y 90.000 euros: 10%. Por consiguiente, K paga 5.000. Le quedan 45.000.

Entre 90.001 y 125.000 euros: 15%. A L le toca pagar, así, 15.000. Se queda con 85.000.

Ahora vamos a dar unas vueltas a todo esto.

Para empezar, fijémonos en que, tal como está construido el caso, no sólo no hay nada de ilícito en lo que J, K o L perciben, sino que, además, a la sociedad le conviene lo que hacen, para la sociedad resulta beneficioso que se produzcan las más unidades de X que sea posible. En esto X se puede asimilar, en abstracto, al trabajo. Toda sociedad será más próspera y se beneficiará más cuanto más sea el trabajo de sus miembros. Adicionalmente, veamos que, si reducimos X a productos del trabajo de los sujetos, resulta que lo que el estado por vía fiscal está quitando a cada uno es parte del producto o valor de su trabajo, y eso nos acerca, curiosamente, a la idea marxista de plusvalía. La diferencia entre lo que vale el trabajo de cada uno (que es, aquí, lo que cada uno percibe por los X que produce con su trabajo) y lo que a cada uno le queda después de pagar ese impuesto directo sería algo bien similar a la plusvalía según Marx, que, como se sabe, es la diferencia entre lo que vale el trabajo (para el empresario) y lo que, como remuneración, el trabajador percibe por su trabajo. Pero dejemos este perverso detalle de lado.

La cuestión bien interesante es por qué nos parece justo, de mano o a primera vista, que J, K y L paguen lo que pagan. La contestación que primero se le vendrá a la cabeza a casi todo el mundo

será la siguiente: porque hay que mirar lo que, según lo que ha ganado y lo que debe pagar, a cada uno le queda para vivir y ejercer su autonomía personal. Vimos que a J le quedan 9.500, a K 45.000 y a L 85.000 Pero, tal como he presentado el ejemplo, las rentas de nuestros tres protagonistas no provenían de que, por ejemplo, les hubiera tocado el primero, segundo y tercer premio de una lotería, o que hubiera cada uno recibido una herencia por ese importe. No, cada uno había ganado lo suyo legítimamente y en proporción a su trabajo y su esfuerzo. Si, para simplificar por el momento, suponemos que las habilidades y talentos naturales de J, K y L son idénticos y que en esa sociedad han tenido los tres iguales o muy similares oportunidades para desarrollar tales talentos y habilidades, resultará que lo que cada uno ha ganado produciendo X se corresponde con su diferente grado de merecimiento.

A lo anterior hay que añadir algo no menos relevante. Hemos quedado en que los X son muy importantes para esa sociedad, que por eso los paga, y que es mejor para tal sociedad cuantos más sean los X que se produzcan. Así que si dejamos de poner la vista en lo que cada uno recibe por sus X y atendemos a lo que la sociedad recibe, en X, de cada uno, vemos que L (que produce 1.000 X) aporta a la sociedad diez veces más que J (quien hace 100 X) y el doble que K (que produce 500 X). Cierto que, pagándose cada X al mismo valor, más remuneración percibe el que más X hace, en proporción a la producción de cada cual. Por supuesto que sí, pero si, vía impuestos, no solo se hace que tribute más el que más ha ganado produciendo de esos X que benefician a todos, sino que el que más ha trabajado y producido paga según un tipo más alto, resulta que se está tratando proporcionalmente peor al que tiene más mérito y proporcionalmente mejor al que tienen un mérito menor.

Sabemos de sobra que al establecer los tipos impositivos no se contempla el mérito. Pero la cuestión interesante, en sede teórica, es la de cuánto de defendible o racionalmente justificable hay en una política fiscal que, por un lado, sea directamente opuesta al mérito o merecimiento de los contribuyentes y que, por otro,

amenace con desincentivar al que socialmente puede por su actividad resultar más beneficioso. Si, en un supuesto hipotético como el que aquí manejamos, lo que un sujeto gana se corresponde con su merecimiento, pero se le quita en proporción progresiva a su ganancia, arribamos a la gran paradoja: *a cada uno se le quita más cuanto más merece tener*; o sea, cuanto menos merece que se le quite, y en especial si tales cantidades se detraen completamente al margen de sus preferencias y sus decisiones de consumo, por ejemplo. Mientras que, por el otro lado, es posible que un individuo que nada quiso hacer, pudiendo, y por tanto nada ha ganado merecidamente, sea subvencionado al pagársele ciertos servicios y prestaciones con cargo a lo que a los otros se les detrajo.

Ni soy un ultraliberal ni estoy contra el estado social ni me opongo a que el estado preste servicios públicos que satisfagan derechos sociales a quienes no puedan pagarlos. Porque me parece fuera de discusión que, como derecho social, el derecho a una vivienda digna compromete al estado a facilitar la adquisición de vivienda o a proporcionársela gratuitamente a quien no tenga con qué pagarla, no a todo el mundo. Todos sabemos que tanto los servicios públicos más elementales y que ni los más ultraliberales discuten, como el de seguridad pública o el del mantenimiento de un sistema penal, como esos servicios mediante los que se satisfacen derechos sociales, tienen un coste económico y que por eso hace falta una política fiscal y recaudatoria de los estados. Lo que aquí estoy sometiendo a reflexión no es si tiene que haber impuestos o no, sino cuál es la política fiscal más justa y eficiente. Y al mencionar ahora la eficiencia, aludo a que la política fiscal no debe servir para empobrecer a la sociedad, sino para maximizar el bienestar colectivo con simultáneo aseguramiento de los derechos, sociales y no, de cada ciudadano.

Sobre esa base, la tesis que presento a debate es esta: *un sistema impositivo que sea totalmente ajeno al mérito individual a la hora de gravar, y que también sea indiferente al mérito a la hora de repartir, de brindar los servicios públicos, es un sistema que, por una parte, tenderá a la ineficiencia*

y que, por otra parte, no satisface, en mi opinión, requisitos básicos de una justicia distributiva que se pretenda un poco racional.

Nada de lo que acabo de plantear en esta entrada se opone a impuestos como los que graven las herencias, los premios de la lotería o similares, o a los que se apliquen a algunos bienes de consumo y en especial a los que graven el consumo "lujoso".

4. ¿Obliga el estado social a una política fiscal determinada?

Creo que más de un posible lector de esta ponencia alegará que mis planteamientos son incompatibles con las características y los requisitos de un estado social. Argumentaré a continuación contra esa idea.

Antes que nada, convendría que se llegara a un acuerdo básico sobre lo que por estado social puede y debe entenderse. Propongo la definición más sencilla, elemental y abarcadora de estado social de derecho: es aquel estado constitucional y democrático en el que se da satisfacción a los derechos sociales o, al menos, a los más importantes e indiscutidos de tales, como salud, educación y vivienda. Con los siguientes matices: La satisfacción de tales derechos la procura el estado ante todo para aquellos ciudadanos que no dispongan de medios económicos para sufragar sus costes, lo cual se lleva a cabo por el estado sobre la base de políticas públicas y, de modo muy relevante, mediante la prestación de servicios públicos. Esa actividad organizativa y, sobre todo, prestacional del estado tiene costes económicos que van a cargo del erario público.

Aun cuando, evidentemente, un estado prestador de servicios (y más de servicios tan costosos como pueden ser los orientados a la realización de los derechos sociales de los ciudadanos) ha de llevar a cabo una imprescindible política fiscal y recaudatoria, lo que define un estado como social no es un tipo determinado de política fiscal ni que esta cumpla alguna condición en particular, sino, precisamente, el que dicho estado logre la mejor realización posible de tales derechos. Sobre el papel, también puede un estado nada social y que no ampare ninguno de esos derechos mantener

una política fiscal con importantes impuestos directos de carácter progresivo. Es esta tesis la que quiero desarrollar ahora.

El llamado principio de capacidad contributiva o, dicho más elementalmente, el principio de que pague más impuestos el que más tenga, el que sea más rico, no es, en mi opinión, ni condición necesaria ni condición suficiente para que estemos ante un estado social que merezca ese nombre por razón de sus políticas y sus logros "sociales". Lo cual no significa que no pueda darse también un estado social efectivo si se aplica dicha política de mayor presión fiscal sobre los que más tengan o ganen. Siendo esto último sobradamente claro, me importa explicar lo de que el principio en cuestión no es ni condición suficiente ni condición necesaria.

Pero, antes, una precisión. Hablaré en lo que sigue del principio de que pague más el que más tiene, y lo representaré en adelante así: PT. Pero con el detalle añadido de que me referiré solamente al pago en proporción creciente o idea de progresividad fiscal. Si A gana 1.000 y B gana 10.000 y a ambos se aplica un tipo impositivo del 5%, A paga 50 y B paga 500. No aludo con PT a ese caso, sino a cuando legalmente se determina que A debe pagar, por ejemplo, el 5% de sus 1.000 (50) y que B debe contribuir con el 15% de sus 10.000 (1.500) y, manteniéndose iguales las demás circunstancias personales y vitales de uno y otro. Ya sabemos que la razón que a menudo se aduce para esa diferencia es que, por imperativo de justicia fiscal, a cada uno hay que aplicarle un tipo impositivo proporcional a su riqueza o poder adquisitivo (y no el mismo tipo a ambos, con resultados obviamente diferentes puesto que no es igual su poder adquisitivo).

Voy a intentar justificar mi afirmación de que el PT no es ni condición suficiente ni condición necesaria para que haya estado social real y efectivo.

Imaginemos que podemos evaluar la efectividad o grado de realización de los derechos sociales y que usamos una escala de 0 a 10. No es tan raro ni tan difícil eso. Y comparemos dos estados, E^1 y E^2. Para simplificar la exposición, añadamos que tanto en E^1 como en E^2 la mitad de los ciudadanos (los llamaremos los A) tienen

una riqueza o poder adquisitivo de 1.000 y la otra mitad (los B) tienen una riqueza o poder adquisitivo de 10.000.

Con esos datos, comparemos.

E^1: se aplica a todos, los A y los B, un tipo impositivo idéntico, supongamos que del 10%, y el nivel de satisfacción de los derechos sociales es de 7.

E^2: se aplica a los A (los que tienen 1.000) un tipo del 5% y a los que tienen 10.000, uno del 15%, y el nivel de satisfacción de los derechos sociales está en 6.

Ahora unas pocas observaciones al respecto.

En primer lugar, planteémonos si esa comparación tiene conceptual o teóricamente sentido o no. Esto es, si cabe que en la práctica alguna vez pueda ser verdad que un estado con una política fiscal no progresiva o menos progresiva tenga un grado superior de protección o realización de los derechos sociales. A mí me parece que está fuera de duda que sí cabe. Porque ese grado puede depender de otras variables que también son muy determinantes y que cualquier política pública ha de tener en cuenta, como, por ejemplo, la eficiencia en la gestión y el nivel de corrupción. Lo que debemos de mano descartar, por empezar por lo más elemental, es que mayor recaudación signifique automáticamente mayor cantidad der recursos destinados a servicios públicos sociales (o no sociales, incluso) y a derechos sociales (o de cualquier tipo), y, por lo mismo, tampoco más progresividad implica con necesidad "lógica" mejores derechos sociales; ni siquiera implica más igualitaria distribución de la riqueza.

Si en lo anterior estoy en lo cierto, bastaría eso para que tengamos que aceptar que, por sí, el PT no es condición suficiente para el estado social o para su mejor realización. Con propósitos aclaratorios de lo que ya parece bien evidente, podemos imaginar un tercer estado, E3, en el que, siendo iguales aquellos repartos iniciales entre los A y los B, tuviéramos esto:

Los A están exentos de tributación.

A los B se les aplica el 50%.

La realización de los derechos sociales en ese estado es de 3, en una escala de 0 a 10.

¿Es más justo E^3 que E^2 o E^1? Solo puede creerlo así quien parta del axioma de que un estado es tanto más justo cuanta menor sea la diferencia de riqueza entre sus ciudadanos, con independencia de cuáles sean las situaciones efectivas y las oportunidades vitales de esos ciudadanos y los derechos que se les satisfagan. A mi modo de ver, ese es uno de los más graves prejuicios de los que, lamentablemente, han hundido o están hundiendo el pensamiento progresista o de izquierda en gran parte del mundo. Es probable que sea eso lo que hace que más de cuatro crean que es más justo el actual estado cubano que el actual estado alemán o francés o danés o español.

El estado constitucional y democrático de Derecho que es definido por tantas constituciones actuales no tiene una teoría de la justicia distributiva densa o completa que le sea propia, que sea específica de él. Lo que sí hace, en sus constituciones, es estipular unas ciertas condiciones cuyo incumplimiento o cuya insatisfacción hacen que no se pueda hablar de que ese estado sea efectivamente democrático o efectivamente social. Así, si no hay elecciones políticas democráticas o están amañadas, no será un estado democrático; y si sus ciudadanos económicamente menos solventes no tienen acceso a la educación de calidad o a la sanidad de calidad, o si se mueren de hambre o de frío en la calle, no estaremos ante un estado social, se diga lo que se diga en el texto constitucional. Los ejemplos son tan obvios, que casi da vergüenza mencionarlos: Venezuela, hoy, no es ni un estado democrático ni un estado social; ni lo sería si de verdad hubiera plena igualdad en la radical pobreza y no estuvieran los corruptos dirigentes amasando extraordinarias fortunas a costa del hambre de la inmensa mayoría de los ciudadanos.

En suma, lo que hace más o menos social un estado "social" de Derecho no es que exista mayor o menor igualdad económica entre sus ciudadanos, sino la medida en que los derechos sociales encuentren satisfacción para todos. Con un añadido nada desde-

ñable: a lo que resulta comprometido el estado social es a brindar esos servicios públicos esenciales y de carácter social a los que no puedan con sus medios económicos pagarlos. Por tanto, a proporcionárselos a esos ciudadanos o gratuitamente o a un precio asequible (en el contexto de su poder adquisitivo y teniendo en cuenta las otras necesidades vitales que debe cada uno atender). Pero nada en el concepto de estado social fuerza a que esos servicios públicos deban ser para todos gratuitos o para todos con el mismo coste. Que un Botín bien integrado en la poderosa familia de origen santanderino pague al matricularse en una universidad pública española lo mismo que el hijo de un modesto funcionario o de un trabajador con elementales ingresos no es un logro del estado social, sino una rémora para el mismo y un escarnio.

Alguien puede objetar con buen sentido que hay en lo anterior una cierta trampa. Se dirá que de acuerdo, que admitamos que un estado con PT cabe que sea más ineficiente en sus políticas y resultados en términos de derechos sociales que un estado sin PT y que eso puede y hasta suele deberse a la deficiente organización y gestión de los servicios públicos o a la corrupción, que desvía los dineros de los impuestos hacia ladrones y de acuerdo con sus estrategias torcidas y fraudulentas. Pero podrá ese interlocutor reclamar que en nuestras comparaciones entre E^1 y E^2 demos por sentado y admitido que la calidad de la gestión es en los dos estados igual y que es el mismo el nivel de corrupción administrativa en ambos. Supongamos, incluso, que ese nivel de corrupción es en los dos bajo, casi inapreciable. Así puestas las cosas, concluirá ese nuestro crítico que ya no será imaginable que pueda ser más alta la satisfacción de los derechos sociales en el estado sin PT que en el estado con PT. Recordemos que, en el ejemplo con el que antes jugamos, el estado sin PT (E^1) alcanzaba un 7 en la satisfacción de los derechos sociales, mientras que el estado con PT (E^2), quedaba en 6.

Reconozco que con esto nos damos de bruces con el gran debate de los economistas. Para que nuestro crítico imaginario tuviera razón, tendría que ser en todo caso verdad, en los hechos rea-

les, que nunca con una política fiscal de carácter no progresivo y que, por tanto, no obligue a los que más tienen o ganan (lícitamente, claro) a pagar impuestos directos en una proporción mayor (con tipos más altos) que los que tienen menos, podrá alcanzarse una situación social y económica en que la garantía de los derechos sociales de los ciudadanos (tanto en términos de promedio como de satisfacción de mínimos irrebasables hacia abajo) sea más alta que en un estado con PT, con una política fiscal progresiva.

Reconozco mi incompetencia al llegar a ese punto en que hay que apelar a la ciencia económica más dura y tendríamos que habérnoslas con abundantes y variadísimos datos históricos y del presente. Y por las mismas que reconozco mi incompetencia, exijo acreditación de competencia al que sostenga en este debate cualquier hipótesis que requiera conocimiento económico serio y manejo de datos empíricos abundantes. Sea como sea, me parece que las tesis principales que yo quería defender se mantienen incólumes. Esas tesis las menciono de nuevo, aunque no todas hayan sido convenientemente desarrolladas:

a) Que un estado no es más social por ser más igualitario, por acortar las diferencias de riqueza entre sus ciudadanos.

b) Que un estado social no está socialmente comprometido, por ser "social", a la o a una mayor redistribución de la riqueza de sus ciudadanos, como fin en sí mismo o fin definitorio de lo social. Esas políticas de redistribución como fin en sí o fin moralmente loable al margen de otros objetivos no tienen más amparo que el de la envidia o el resentimiento, siempre que hablemos de riqueza lícitamente obtenida.

c) Que una política fiscal no progresiva y de tipos impositivos únicos en los impuestos directos también es redistributiva, aunque menos, evidentemente. Sabemos que, con un tipo del 5%, paga 50 el que tiene 1.000 y 500 el que tiene 10.000.

d) Que, en términos de justicia social o distributiva, las exacciones, por el estado, de dinero a los ciudadanos, por vía fiscal, solo se justifican en proporción al uso y los logros para el interés general y los derechos de las personas. Hay algo todavía más injusto que un

estado no social: un estado falsamente social en el que a muchos se quita de lo suyo para enriquecer a delincuentes y sátrapas, sin mejorar (o empeorando) la vida de los más débiles.

e) Que, moral o constitución en mano, es preferible un estado menos recaudador o con políticas sociales menos (re)distributivas en el que estén mejor satisfechos los derechos sociales (en promedio y en mínimos) que uno con políticas fiscales más agresivas en el que sea más baja esa satisfacción.

f) Que cuando está sentado y bien demostrado que para satisfacer los mínimos ineludibles de derechos sociales o para aumentar el promedio de satisfacción de los mismos no hay alternativa menos agresiva para otros derechos (empezando, evidentemente, por el derecho de propiedad) que la del incremento de la recaudación fiscal coactiva o la del aumento de la progresividad de los impuestos directos, dichas políticas están justificadas; pero solamente bajos esas condiciones.

2. LA FUGA FACILITADORA HACIA LOS PRINCIPIOS GENERALES

*Leandro K. Safi**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Descripción de la fuga principiológica. 3. Un caso jurisprudencial a modo de ejemplo. 4. Teorías que la inspiran y su crítica. 5. El desarreglo de las fuentes. 6. Los perjuicios que provoca. 7. El retroceso de la justicia de derecho a la justicia de equidad. 8. Propuesta de contención de fuga. 9. Conclusiones.

1. Introducción

a- Un dato preocupante de nuestra realidad cotidiana es la pérdida de fuerza vinculante de la ley y el notable aumento de los poderes discrecionales del juez para resolver los casos según su arbitrio, sin un necesario respaldo normativo, con la sola invocación de estándares laxos relativos a principios generales, extraídos de una pretensa visión constitucional, convencional y axiológica de todo conflicto[1].

En efecto, fruto de corrientes voluntaristas de muy diversa índole, todas ellas fomentadoras de un mayor activismo judicial como única vía para la solución justa de los conflictos, en los últimos tiempos presenciamos un fuerte retroceso de la legalidad y *"un notable incremento de los poderes discrecionales del juez"* [2] para resolver los casos a su arbitrio (*ad libitum*), sin sentir los límites de un marco legal, asumiendo un rol protagónico, no sólo ya en el trámite del proceso (activismo formal) o en su prueba (activismo material),

* Profesor Ordinario Adjunto de la materia "Derecho Procesal Civil y Comercial" (Comisión 2, Cátedra 1) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), República Argentina.

[1] Aclaro que me refiero a los principios generales de manera global para incluir tanto a los principios jurídicos del ordenamiento como a los principios axiológicos de la moral (cfr. DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Ariel, 2012, p. 72; CARRIÓ, Genaro, "Notas sobre derecho y lenguaje", 5° edición, 2011, p. 203 ss., 340 y ss).

[2] Describe esta tendencia MEROI, Andrea, "Oralidad y proceso civil", Rev. La Ley 2010-D-1060.

sino directamente en el contenido mismo de la decisión de fondo, alterando el resultado del juicio a su voluntad (activismo decisorio).

El rasgo característico de este activismo decisorio se revela al momento de la sentencia, en ocasión de lo cual el juez se permite "desmarcarse" de las reglas de juego predispuestas e improvisar la solución para el caso concreto, inclinando el resultado del juicio según su arbitrio de equidad, de modo que *"con ley, sin ley o contra ley"* los casos se terminan resolviendo según su sola voluntad personal.

Uno de los modos de producirse este activismo decisorio[3] se manifiesta a través de lo que hemos llamado "*la fuga facilitadora hacia los principios generales*"[4], que desde hace un tiempo a esta parte empezaron a ser utilizados *tout court* como fuente casi exclusiva para justificar la solución discrecional de los pleitos.

Como dice la doctrina, *"En nuestros días… es frecuente encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales de todas las ramas del derecho, que vienen justificadas directamente desde 'principios' constitucionales…* (omitiéndose así la necesaria) *...mediación de una norma…formalizada en una ley que determine las condiciones de aplicación y los alcances del 'principio constitucional', tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso…* (a través de) *… La invocación simplificada de principios de alta carga retórica …* (pudiendo ello) *…. constituirse en una herramienta peligrosísima en la metodología judicial…* (pues su)*… sesgo motivacional puede generar un uso axiomático de los principios en la adjudicación judicial"*[5].

En lo que sigue abordaremos el estudio de esta fuga, examinando las causas que la alientan y los vicios que de ella se derivan, con

---

[3] No el único, pudiendo incluirse como modos de activismo, entre otros: i- la *"fuga de la norma"* por salto hacia los principios (aquí considerada); ii- la *"excepción de la norma*" (derrota) por laguna axiológica; iii- la *"tacha de la norma*" por inconstitucionalidad de oficio (sobre el tema de la derrota normativa ver ATIENZA, Manuel, "Filosofía del derecho y transformación social", Trotta, p. 139; GARCÍA AMADO, Juan A., "Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista", MORA SIFUENTES, Francisco, Ciencia Jurídica, Guanajuato, Año 5, n° 10, p. 259; FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", Doxa, n° 34, 2011).

[4] Cfr. SAFI, Leandro K., "Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio", LL. 22/01/2018; "Los principios preventivo y protectorio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", AAVV, "Aspectos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación", LEP, Dir. BERIZONCE, Roberto O., GIANNINI, Leandro J., p. 135.

[5] Cfr. CHAUMET, Mario, MEROI, Andrea, "Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado", Rev. Sup. Jurisprudencia Argentina SJA 24/02/2016).

el fin de señalar algún límite que permita controlar la discrecionalidad en el tema, tratando de no caer en posturas extremas: ni positivismo ciego (legalismo), ni axiologismo puro (principialismo).

2. Descripción de la fuga principiológica

a- El título del presente trabajo pretende llamar la atención sobre un fenómeno que cada vez se percibe como más habitual en el desenvolvimiento de nuestro servicio de justicia, pero que al mismo tiempo es fuente de mayor desconfianza respecto de la previsibilidad racional de su funcionamiento, y que consiste en el hecho de que a la hora de resolver los conflictos los jueces se sienten cada vez menos vinculados a fallar los casos según las leyes y más autorizados a remontarse (*a priori*) hacia el vértice de los principios generales del derecho, a partir de los cuales, y a través de la mediación de su sola voluntad discrecional, encuentran la solución del caso escondida entre ellos, según el sentido de su inclinación predispuesta, pasando por alto (*per saltum*) sobre el resto de las normas del ordenamiento, sin tener que rendir cuentas de un ajuste normativo de su decisión, ni tener que repasar los textos reglamentarios aplicables, ni que afrontar una eventual declaración de inconstitucionalidad a su respecto; todo ello en nombre de la Justicia verdadera.

En efecto, merced al influjo de posiciones voluntaristas, en los últimos tiempos se ha venido incrementado el nivel de "discrecionalidad decisoria" a través de la referida "*fuga facilitadora hacia los principios generales*", en virtud de la cual, al momento de dictarse la sentencia, *"se puentea"* la solución legal aplicable al caso, salteándose el nivel primario de las leyes por remisión directa del asunto hacia el nivel superior de los principios, *"sacándose"* la cuestión litigiosa del marco legal que la rige, y *"llevándosela"* hacia un campo distinto, nebuloso y supralegal, ajeno al que tuvieron en miras las partes al momento de litigar, con fines de redistribución de resultados[6], utilizándose esos principios como fuente directa para homologar todo tipo de decisiones, con aprovechamiento de la mayor flexibilidad que aquellos permiten, a la

[6] Cfr. FUCITO, Felipe, "Sociología del derecho", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 334.

manera de autorizadores invisibles de cualquier solución innovadora, terminando por "acomodarse" la solución de los casos a la exclusiva voluntad del magistrado.

Así, por ejemplo, un planteo de caducidad de la demanda puede terminar rechazándose con invocación axiomática del principio *in dubio pro actione*, sin analizarse en concreto la cuestión fáctica del vencimiento del plazo, ni la jurídica de la aplicación de la norma que lo rige, con total falta de fundamentación a ese respecto.

b- Hay que decir que esta práctica no es nueva, registrándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) múltiples precedentes en los que el Máximo Tribunal Federal descalificó por arbitrarias las decisiones judiciales así fundamentadas, dejando aclarado que las reglas específicas que rigen los casos concretos no pueden sustituirse "a priori" con la referencia vaga a principios generales de latitud tal que podrían servir para convalidar cualquier solución que se estime equitativa en cada supuesto, señalándose que son contrarias a derecho las sentencias: i- que resuelven los casos *"…mediante la sola invocación de principios genéricos vinculados con la equidad…con total prescindencia de la ley –sobre cuya constitucionalidad no se pronunci*(an) *específicamente"*[7]; ii- que *"…no pretende*(n) *ajustarse a la ley vigente … cuya falta suple*(n) *con la remisión a principios constitucionales de amplitud tal…que bastarían para legalizar cualquier solución que se estime equitativa"*[8]; iii- que *"…dej*(an) *de lado la aplicación de …* (la)*…norma, sin declarar su invalidez constitucional, apoyándose en pautas de excesiva latitud"*[9]; *"…cuya influencia concreta en el resultado…no aparece explicada en el fallo"*[10]; iv- que *"…utiliza*(n) pautas *de excesiva latitud en sustitución de normas positivas inmediatamente aplicables"* [11]; presentándose *"…como un acto de mera voluntad de los jueces"*[12], *"…sin contener una fundamentación suficiente que explicite… los argumentos que dan sustento al…*(fallo)*"*[13]; importando ello un *"…menoscabo de la adecuada*

[7] Cfr. Fallos 340:1259 (consultables en www.csjn.gov.ar).
[8] Cfr. Fallos 234:100.
[9] Cfr. Fallos 340:2021.
[10] Cfr. Fallos 317:1455.
[11] Cfr. Fallos 329:4931. Ver también Fallos 239:367; 319:1075; 340:2021.
[12] Cfr. Fallos 319:2024.
[13] Cfr. Fallos 318:2068

fundamentación exigible a los fallos judiciales y… (del)*…derecho de defensa en juicio"*[14].

c- Ocurre que en la actualidad, al amparo del pretendido enfoque constitucional de todos los derechos y del moderno dialogo de fuentes (arts. 1 y 2 CCCN)[15], en cierta medida se ha venido alentando el uso de esta práctica de discusión principiológica, y cada vez con mayor frecuencia se leen sentencias -y también escritos de partes- en los que se llenan páginas enteras con remisión abstracta a principios generales, convencionales y/o constitucionales, de aceptación extendida pero de vaguedad extrema[16], que carecen del anclaje necesario con las circunstancias fácticas, jurídicas y/o argumentales del caso concreto, eludiéndose de tal forma el abordaje analítico de esos arduos detalles, en virtud de la fuerza persuasiva que tienen aquellos estándares, cuya sola invocación emotiva termina eclipsando la discusión y generando una predisposición favorable, cayéndose muy a menudo en la *"falacia argumental"* de tener por justificadas soluciones por vía de subterfugios emocionales, sin que resulte racionalmente fundada la conclusión jurídica adoptada a ese respecto (art.3 CCCN)[17].

En forma corriente se proceden a resolver las disputas a través de la remisión directa del caso hacia el plano supra-normativo, mediante la invocación dirimente y redentora de principios axiológicos del ordenamiento, no obstante su textura abierta, lo inespecífico de sus detalles y lo manipulable de su contenido, cuya vigencia general nadie discute, pero cuya aplicación concreta se torna debatible, por carecer aquellos de relación directa y necesaria con el enredo puntual de cada caso específico, aplicándoselos en abstracto,

---

[14] Cfr. Fallos 324:2946.

[15] Vale poner de relieve que a partir del año 2015 en Argentina se puso en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), que en sus primeros artículos recepta el fenómeno de la Consttiucionalización del Derecho Privado y el llamado Diálogo de Fuentes del Derecho (arts. 1 y 2 CCCN – ver "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 511, 512).

[16] Principios que no admiten la menor réplica, pero que no conducen a ninguna parte, por ser absolutamente aceptables, pero extremadamente vagos (Cfr. ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Madrid 2008, p. 33; DOLINA, Alejandro, su cortina radial en https://www.youtube.com/watch?v=9ydm5fFQAlc -1:23'-).

[17] El art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) prevé *"El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"*.

como clisés liberadores del desenredo de la disputa, para homologar cualquier solución que responda a la voluntad de los jueces, sin mayor justificación de motivos y sin brindar las razones que llevaron a prescindir de las normas por las que se dejaron llevar las partes al momento de asumir el litigio (eludiéndose la eventual declaración de inconstitucionalidad de las mismas).

La cita de principios constitucionales se ha vuelto una referencia infaltable en toda sentencia que se precie de moderna, cualquiera sea el tema en debate, como forma de alcanzar a través de ellos cierto halo de corrección e indiscutibilidad.

No es que por nuestra parte desconozcamos el "mayor papel" que en la actualidad cumplen los principios generales, como directrices decisorias derivadas de convenciones jurídicas y morales subyacentes a un ordenamiento social determinado, cuyo empleo puede resultar valioso como auxilio: i- para la mejor interpretación de las normas legisladas (*secundum legem)*; ii- para la integración de las lagunas normativas (*praeter legem*)[18]; iii- o incluso, excepcionalmente, para corregir soluciones legales de intolerable injusticia según las circunstancias del caso concreto (*contra legem*)[19]. Lo que venimos a criticar es que, al amparo de esa mayor apertura principiológica, desde la teoría y la práctica se esté fomentando el uso protagónico, primario, autónomo y hasta retórico de los principios, con salto directo hacia ellos, sin mediación previa de paso por la solución de la norma legal y sin que se esgrima situación de duda, vacío o contrariedad legal -debidamente justificada- que amerite ese apoyo supranormativo[20].

d- Creemos que la práctica decisoria de referencia resulta cuestionable desde un triple punto de vista: desde lo ideológico, lo

[18] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Contra el neoconstitucionalismo…", ob. cit.

[19] Cfr. Esta triple función de los principios generales (*ius adiuvandi, ius supplendi, ius corrigendi*) vendría a implicar un reflejo equilibrado de la visión iusfilosófica del "trialismo jurídico", integradora de la dimensión fáctica, normativa y axiológica del derecho, superadora de la visión fragmentaria y unilateral del ius-realismo, el ius-positivismo y el ius-naturalismo (cfr. FUCITO, Felipe, "Sociología del derecho", ob. cit., p. 91, 510, 514; Ver también GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia. Dikelogía", Aguilar, Madrid, p. 1958; CASTÁN TOBEÑAS, José, "La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad", Madrid, 1953, p. 48/49; 86, 98).

[20] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil", Trotta, 2019, p. 117.

metodológico y lo argumental; causando a su vez más perjuicios que los beneficios que supuestamente la inspiran.

Desde lo ideológico creemos que en muchos casos la fuga hacia los principios responde a un sesgado *"entusiasmo anti-normativo"*[21], que subestima la importancia del respeto criterioso a la ley y a los marcos prestablecidos (art. 1 CCCN), en cuya preservación no sólo va en juego la seguridad jurídica, sino también el sentido de Justicia, e incluso la posibilidad de un verdadero progreso colectivo, cayéndose en un axiologismo interpretativo (a sola moral), que no sólo destruye la normatividad, fragmentando la unidad del derecho en un casuismo errático e inagotable, sino que fomenta la anomia y descomposición social, dañando el tejido colectivo y la confianza en los vínculos, dejando la suerte de los conflictos a merced de la solución discrecional de un activismo judicial eventualmente incontrolable, arbitrario y desmedido.

Desde lo metodológico consideramos que la fuga incurre en uso abusivo de los principios generales, exacerbando su operatividad y contenido, con desborde irrazonable de su campo de actuación (art. 2 CCCN), invirtiendo el orden escalonado de las fuentes jurídicas, toda vez que aquellos principios, no obstante su mayor jerarquía, carecen de la precisión y determinación inherente a las normas legales, no estando previstos –por ello- como respuesta primaria para cualquier situación[22], en especial frente a los casos sencillos de solución reglada, quedando su eventual utilización como apoyo subsidiario para supuestos especiales de casos difíciles en los que –por fuera de lo reglado- se presenta una "laguna legal", una "ambigüedad interpretativa" o una "intolerable injusticia" en la solución normativa, que habilita el uso cuidadoso (concurrente, supletorio o correctivo) de tales principios, para alcanzar una razonable solución de equidad, evitando de ese modo un exceso de rigor formal.

---

[21] Cfr. FUCITO, ob. cit. p. 240.

[22] Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial" Jueces para la Democracia, ISSN 1133-0627, n° 34, 1999, p. 39 a 46. El autor señala *"los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, 'concretización'…"* (p. 41).

Desde lo argumental creemos que la fuga viola las reglas que exigen a los fallos reflejar una *"decisión razonablemente fundada*" (art. 3 CCCN), pues revela una falta de fundamentación adecuada por perdida del hilo argumental del caso, a raíz del salto ilógico y sin escalas a principios generales, aplicados en forma axiomática, sin anclaje fáctico, jurídico y/o contextual con la causa, dejándose sin respuesta las cuestiones dialécticas del debate, que quedan desplazadas por virtud de la fuerza persuasiva y carga retórica que tienen aquellos estándares, cayéndose a menudo en la falacia de *"conclusión inatingente"*, en virtud de la cual se utilizan cuestiones emotivas que no vienen al caso, para tratar de fundar la verdad de un aserto, apelándose a la sensibilidad que tales enunciados despiertan en todo el mundo, para generar una actitud de aprobación con el discurso, que luego *"tenderá a ser transferida a su conclusión final, más por asociación psicológica que por implicación racional*", disimulándose con ello el salto de desconexión entre la conclusión final y las premisas[23].

e- Como vemos, la fuga de marras implica un doble salto: i- uno inicial, hacia arriba, como escape por elevación hacia los principios generales, sin mediación previa de las normas legales involucradas; ii- otro final, hacia abajo, en caída libre con la solución sobre el caso, sin argumentación dialéctica de razonamiento aplicado.

Es una fuga, porque implica un escape liberador respecto de las reglas que enmarcan el caso, sin tener que enfrentarlas. Es facilitadora, porque otorga vía libre al juzgador –en la penumbra- para elegir y legitimar la solución que más le cuadre a discreción, sin tener que rendir cuentas[24], ni someterse a mayor control[25].

Claro, al utilizarse los principios generales como axiomas dirimentes[26], como "cartas en blanco" a integración discrecional de los

---

[23] Cfr. COPI, Irving, "Introducción a la lógica", Eudeba, 1995, p.81/83, 97/99.

[24] Argumentar es una forma de rendir cuentas sobre una cuestión debatida a fin de lograr comprensión (cfr. GRAJALES, Amós A., NEGRI, Nicolás J., "Sobre la argumentación jurídica y sus teorías", Marcial Pons, 2018, p. 54).

[25] *"La crítica de la decisión es imposible por razones conceptuales, pues no hay ninguna 'razón' que sustente esa decisión, sino solo autoridad, la 'voluntad' de quien la emite…"* (cfr. LAPORTA, Francisco, "El imperio de la ley. Una visión actual", Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 111).

[26] Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 124.

jueces[27], se pierde el contacto con las normas visibles del ordenamiento positivo con las cuales confrontar la decisión concreta, volviéndose incontrolable (infalsable) la respectiva conclusión, percibiéndosela como fruto de una simple preferencia subjetiva del juzgador sobre el tema (*ad gustum*)[28], evadiéndose a través de esa práctica el deber de explicar las razones objetivas (fácticas, jurídicas y/o argumentales) utilizadas para la decisión, cerrándose así la posibilidad de poner a prueba su debilidad, fortaleza y corrección[29].

Es evidente que a nivel singular esta fuga es descalificable por implicar un vicio del fallo que le priva de fundamento, así como una violación a las reglas decisorias que afectan la defensa y el debido proceso (arts. 1, 2 y 3 CCCN, 18 CN), pudiendo incluso revelar un indicio de ilegalidad sobre el fondo de lo resuelto, atento que evidencia que fue necesario dar el salto normativo para alcanzar el resultado propuesto, pues de haberse seguido la solución legal el resultado hubiera sido otro.

Pero el mayor problema de esta fuga se percibe a nivel general, por el deterioro que provoca en el funcionamiento del Derecho como sistema, al resquebrajar la fuerza normativa de la ley, instalando en su reemplazo un casuismo judicial errático e inagotable, que aleja la previsibilidad de todo comportamiento, afectando la libertad individual, el progreso social y el desarrollo socioeconómico e institucional.

En lo que sigue avanzaremos con el desarrollo de la crítica a esta técnica resolutiva, previo aludir a un caso jurisprudencial que puede ser ilustrativo para ejemplificar esta modalidad decisoria que calificamos como fuga extra-normativa.

---

[27] Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José "La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines", Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 67.

[28] BUNGE explica -contrariando de HUME- que *"el gusto"* personal, sensitivo y psicologista, siendo válido en lo estético, no lo es en lo gnoseológico, no pudiendo utilizarse como criterio para el conocimiento verdadero, ni para justificar la preferencia de un argumento por sobre otros, debiendo ser *"la razón"* objetiva la que desempate la elección a través de la justificación de las operaciones intelectuales que sean puestas a prueba para verificarlas o refutables (cfr. BUNGE, Mario, "La ciencia. Su método y su filosofía", Ed. S. XX, Bs. As., 1980, p. 39/43).

[29] Cfr. KLIMOVSKY, Gregorio, "Las desventuras del conocimiento científico", Ed. A-Z, 2005, p. 77.

3. Un caso jurisprudencial a modo de ejemplo

a- Ya hemos dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina (CSJN) desde siempre habría reprobado la utilización de los principios generales como fugas evasivas para dejar de aplicar las normas legales específicas.

Mediante une breve referencia hicimos saber que la CSJN ha construido una serie de estándares a partir de los cuales ha descalificado como contrarias a derecho, arbitrarias e infundadas las decisiones judiciales que se apartan de las normas positivas e inmediatas aplicables al caso concreto, por referencia vaga e imprecisa hacia el nivel de los principios generales y/o constitucionales del ordenamiento, carentes de relación directa con la discusión del caso, de amplitud tal que bastarían para legitimar cualquier decisión que se estimare equitativa en cada supuesto.

Como consecuencia de ello también se ha resuelto: i- *"…que los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado…"*[30]; ii- que las *"…garantías constitucionales…*(exigen)*… que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones…"*[31]; iii- *"…que la obligación de dar respuesta jurisdiccional razonablemente fundada a las partes...", "impone considerar las respuestas institucionales aprobadas por los otros Poderes…",* y *"no puede llevar al juez a sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos … Ello así pues 'en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma del poder y es a la vez, el representante más inmediato de la soberanía'… Es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general … el debate legislativo … traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales … y … decisión democrática,*

[30] Cfr. Fallos 306:783; 322:1017; 324:2801.
[31] Cfr. Fallos 315:106; 329:5903.

afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa…"[32]; etc.

Hay que decir igualmente que sin dejar de fijar el primer escalón en la ley positiva, la CSJN ha sabido subrayar la aplicación auxiliar de los principios, señalando que *"El desempeño de la actividad judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales y corresponde desechar la admisión de soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la labor de los jueces, de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes…"*[33].

b- Ahora bien, a esta altura nos parece importante rescatar -del catálogo de fallos- uno de los casos jurisprudenciales en los que la CSJN descalificó el uso axiomático y simplificador de los principios generales, cuya descripción puede servir para ilustrar alguno de los aspectos implicados en la llamada fuga facilitadora.

En el caso en cuestión la parte actora había solicitado el beneficio de jubilación por invalidez, para el cual la legislación positiva exigía tener un 66% de incapacidad respecto de la total obrera. De la reseña del caso surge que, si bien la actora sólo contaba con 41,62% de invalidez, pretendía se contemplara un criterio amplio de valoración de los hechos que tuviera en cuenta otras razones vinculadas con la edad, ubicación social y demás circunstancias que le impedirían un reingreso laboral.

Al momento de resolver el caso la Cámara hizo lugar a la pretensión de la parte actora alegando que, si bien no tenía el 66% de invalidez exigido por la ley, en el caso concreto debía adoptarse un criterio amplio en la valoración de los hechos y hacerse una aplicación extensiva de las normas, para permitir la cobertura social, no debiendo rechazarse la posibilidad de otorgar el beneficio total frente a un menor grado de incapacidad, según la situación particular de cada persona *"…teniendo en cuenta que en materia de previsión o seguridad social era esencial cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad … dado el carácter alimentario de los derechos en juego"*.

[32] Cfr. CSJN, "Barrick", s. 04/06/2019 (cons. 4 y sus citas).
[33] Cfr. Fallos 342:162.

Al recurrirse el caso a la instancia de la CSJN, el Máximo Tribunal Federal decidió revocar la decisión en cuestión. Para así resolver señaló que la Cámara había dejado de aplicar la solución legal que regía el caso, a partir de una remisión inapropiada a principios generales del ordenamiento. Expresamente dijo *"Que…el tribunal…se ha apartado de la norma aplicable al caso… con fundamento en afirmaciones meramente dogmáticas que otorgan sustento aparente a la decisión adoptada"*

En tal sentido añadió: *"…Que cabe recordar que, como primera regla de interpretación, corresponde atenerse al texto de las disposiciones aplicables, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella… pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu…El análisis literal o gramatical de las disposiciones citadas demuestra, a la vez, que dichas normas no padecen de una obscuridad o ambigüedad tales que impliquen un especial esfuerzo interpretativo o exijan acudir a otros métodos hermenéuticos…"*

"…La sentencia de la Cámara ha omitido efectuar esa primera versión para pasar directamente a establecer una exégesis teleológica que no resulta acorde con la disposición legal y que, en rigor, la desvirtúa y la vuelve inoperante, además de que directamente prescinde del decreto que reglamenta la cláusula legal…"

"…Que el tribunal de alzada … dejó de lado la aplicación de una norma que establece una pauta legal específica en lo que respecta al grado de incapacidad que debe presentarse para ser considerada total, sin declarar su invalidez constitucional… apoyándose en pautas de excesiva latitud que redundan en menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales…"

"Que ...aun cuando es plausible la intención de mitigar el rigorismo de la ley en materia de previsión social… no cabe decir lo mismo cuando tal propósito sólo puede cumplirse al precio del apartamiento de la norma en debate…"[34].

c- Es importante poner de relieve que en el caso en cuestión uno de los votos (en concurrencia a la mayoría) hizo alusión el riesgo que supone creer que la fuga normativa es inofensiva para el sistema. Por lo general se piensa que con el apartamiento legal que se realiza en un caso concreto se le hace bien a uno y no se le hace mal a nadie (costo cero). Sin embargo, el voto de la concurrencia se hizo cargo de ese error y destacó que al hacerse esta excepción a la ley, y bajo el pretexto

[34] Cfr. CSJN, "Sosa Raúl c/ ANSeS", s. 26/12/2017 (Fallos 340:2021).

de tutelarse a una persona, se puede poner en riesgo la estabilidad de todo el sistema.

Expresamente se dijo, si bien es cierto *"…que este Tribunal, en reiteradas oportunidades expresó que la exigencia de un 66% de minusvalía física requerida por las normativas aplicables no debía ser interpretada de una manera rigurosa y prescindente de los fines tutelares de la legislación previsional… debiendo ponderarse otros factores como la profesión, la edad y las posibilidades del actor de reinsertarse en el mercado laboral (Fallos 324:1266)… toda vez que -en atención a los fines tuitivos de esta legislación-, el apego excesivo a su texto no se aviene con la cautela con la que los jueces deben juzgar las peticiones vinculadas con la materia previsional…".*

"…no obstante ello, en un nuevo examen de la cuestión, esta Corte estima pertinente adoptar un criterio riguroso en la ponderación de los requisitos de admisibilidad del beneficio… que se atenga -primariamente- a la literalidad de la normativa aplicable, con el objeto de poner límite a situaciones abusivas que se derivaron de la precedente laxitud interpretativa, y de preservar el patrimonio del organismo previsional con el que debe atenderse el pago de los restantes beneficiarios del sistema"[35].

Esto explica que la mayoría resolviera *"…cabe señalar que la presente causa pretende aportar un criterio razonable de interpretación para la solución de futuros casos sustancialmente análogos. En tal sentido… se desprende que los factores establecidos por las normas previsionales aplicables deben evaluarse para la generalidad de los casos bajo un juicio objetivo a los efectos de determinar el carácter de la incapacidad que presenta el solicitante del beneficio de jubilación por invalidez"* [36].

d- ¿Por qué consideramos importante transcribir este fallo?

Por varias razones, entre ellas: i- porque sirve de ejemplo para graficar una de las formas en que se puede llegar a producir la fuga principiológica, con salto directo y sin escalas hacia los principios, sin paso previo por la solución legal prevista para el caso concreto; ii- porque explica la "secuencia escalonada" que deben seguir los jueces en la búsqueda metodológica de la solución de los pleitos, reivindicando como primera ratio la fuente legal, en especial cuando es clara y no se

[35] Cfr. Voto de la Dra. Highton de Nolasco en CSJN, "Sosa Raúl c/ ANSeS", s. 26/12/2017 (Fallos 340:2021).

[36] Cfr. CSJN, "Sosa Raúl c/ ANSeS", s. 26/12/2017 (Fallos 340:2021).

declara su invalidez constitucional; iii- porque tampoco se descarta la posibilidad de aplicar un método resolutivo diverso (principiológico), pero no como primera opción, sino como paso subsidiario, cuando se detecte una falla o defecto legal que obligue a realizar otro tipo de esfuerzo argumental; iv- porque señala que la falta de seguimiento de ese tránsito escalonado por apoyo directo en pautas de excesiva latitud, traduce un menoscabo de la fundamentación razonable exigible a los fallos judiciales; v- porque hace ver que, así como el excesivo apego a la letra de la ley puede frustrar sus fines, la sola invocación de los fines puede implicar la burla al texto de la ley; vi- porque implica un cierto límite a la interpretación de equidad de las circunstancias del caso, generadora de un casuismo inagotable, en defensa de la interpretación normativa, preservadora del carácter objetivo, abstracto y general del tratamiento legal; vii- porque hace ver las situaciones abusivas que se habrían presentado al abrirse paso a la flexibilidad interpretativa, marginal a la legalidad; viii- porque muestra que la fuga principiológica no resulta inofensiva sino que pone en riesgo la sustentabilidad de todo el sistema legal.

Claro, uno podría pensar: ¿por qué poner un frío corte predispuesto de acceso al beneficio en el umbral del 66% de invalidez?, ¿por qué no dejarlo abierto a la discreción judicial, según las circunstancias de cada caso concreto? Lo que ocurre es que cada vez que en un *"continuo numérico"* se hace un corte, se fija una marca, se señala un límite o se traza una línea, uno podría pensar: ¿por qué allí y no antes, o después, o siempre?[37]. Pero esa discusión nos lleva al infinito[38], a la disipación absoluta, al funcionamiento errático de un casuismo desmedido, eventualmente arbitrario y por ende injusto[39], debiendo tenerse presente que la *"justicia humana"*, a diferencia de la *"justicia cósmica",* no puede realizarse *urbi et orbi*, sino a través del derecho y con sujeción a ciertos límites (de causa, efecto, tiempo y espacio), dada la imposibilidad de lidiar con lo absoluto, volviéndose aceptable la realización de esos cortes en atención a otros valores inherentes a la idea de justicia como son

[37] Cfr. FOUILLÉE, Alfred, "Historia general de la filosofía", Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1951, p. 353.
[38] Cfr. ARISTÓTELES, "Ética nicomaquea", Losada, Buenos Aires, 2007, p. 91.
[39] Cfr. COING, Helmut, "Fundamentos de la filosofía del derecho", Barcelona, p. 116.

la igualdad de trato, la previsibilidad normativa, el orden social y la seguridad jurídica[40]. Sólo a través de esos cortes reglamentarios pueden llegar a cumplirse los actos de justicia[41], no pudiendo pasarse por alto las ventajas que supone la preservación de los marcos normativos, como representación de la voluntad democrática de las mayorías, y como señaladores de los límites de posibilidad de cumplimiento efectivo de los derechos[42], dotando de confiabilidad razonable a la prestación del servicio de justicia, siendo garantía de imparcialidad de los jueces, al obligarlos a aplicar las soluciones jurídicas del derecho preconcebido; regulación que a su vez les permite resolver los casos reglados con mayor celeridad y exactitud que si tuvieran que meditarlos *ad hoc*, con excepción de los casos atípicos, en que los marcos legales resulten insuficientes o produzcan intolerable injusticia, en cuyo caso pueda admitirse un trato diferenciado y equitativo[43].

4. Teorías que la inspiran y su crítica.

El tema de la fuga facilitadora hacia los principios generales no se reduce -como podría suponerse- a un simple problema en la técnica formal de confección de los fallos, sino que enraíza en cuestiones sustanciales más profundas vinculadas a la teoría general del derecho, la decisión judicial y la argumentación jurídica.

a- En efecto, no debe subestimarse el problema de referencia, ni pensarse que la fuga señalada resulte un simple vicio aislado en la elaboración de las sentencias, porque la práctica que aquella revela viene alentada por una corriente científica que pretende que los problemas jurídicos sean solucionados de esa manera, es decir, que frente a la presentación de un caso, los jueces procedan a re-

[40] Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia", Aguilar, Madrid, 1958, p. 9, 41,51, y ss, 74, 84 y cc.; ARAGONESES, Pedro, "Proceso y derecho procesal", Aguilar, Madrid, 1960, p. 216 y ss, p. 222 y ss; COING, Helmut, ob. cit., p. 39, 67, 73, 118, 120, 121.

[41] Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 85. *"…las exigencias… de la ley son una condición necesaria para la persecución de todo ideal de justicia…no se concibe justicia sustantiva ni material alguna sin la previa justicia formal que emana del imperio de la ley*…(esta es)… *un ingrediente de la idea de Justicia"* (LAPORTA, ob. cit., p. 84).

[42] No debe pasarse por alto que al fijar un umbral de acceso al beneficio el legislador tuvo en cuenta las posibilidades económicas de financiamiento general del sistema, dato que suele no tomarse en cuenta en la mirada individual y casuistica de los jueces (cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., "El costo de los derechos", Ed. Siglo XXI, 2011, p. 117/119).

[43] Cfr. ARISTÓTELES, ob. cit., p. 198/199; GOLDSCHMIDT, ob. cit. 65, 86, 105.

solverlo con invocación primaria y autónoma de los principios generales, que están *"por encima y antes de las normas legales"*, que vienen por debajo y después[44], quedando así desplazadas estas reglas, permitiéndoles a los magistrados oficiar de catalizadores de los problemas sociales y creadores del derecho, ejerciendo una suerte de reingeniería a su respecto y de redistribución de los bienes más justa que la prevista en las leyes[45].

De modo que lo que en este trabajo calificamos críticamente como una fuga de la norma por salto evasivo hacia los principios, para la citada doctrina tal proceder no sería sino la manera correcta de encarar el análisis de todo conflicto jurídico.

El tema se vincula con la "*teoría general de la decisión judicial*", en cuyo estudio convergen esfuerzos de distintas disciplinas[46], pudiendo encontrar la fuga inspiración trasversal en corrientes doctrinarias de cada una de ellas, alentándosela así: i- desde lo procesal: por un activismo judicial excesivo, de fuerte inclinación justiciera, que otorga rol protagónico a jueces para crear *ad hoc* el contenido de sus sentencias; ii- desde lo sustancial: por un dialogo invertido de fuentes, con demérito de las reglas, que exalta el papel de los principios como primera ratio de observancia de los jueces; iii- desde lo constitucional: por un neoconstitucionalismo expansivo, que pretende cubrir con mirada de principio la solución específica de todos los pleitos (principialismo); iv- desde lo filosófico: por una rebelión anti-normativa que descree de las leyes y remite la solución de los casos a la discreción de los jueces (iusmoralismo; iusrealismo); vi- desde la teoría general: por una mirada líquida de derecho (dúctil) que pulveriza la ley y la reemplaza por una argumentación ponderativa a sola guía de principios, etc.

Como explica la doctrina, todas estas miradas estarían contenidas, desde la *"teoría general del derecho"*, por la corriente del neo-

---

[44] Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit, p. 113, 117, 118.

[45] Cfr. HATTENHAUER, Hans, "Conceptos fundamentales del derecho civil", 1987, p. 209. La presencia de corrientes como la expuesta –dice el autor- explica que cualquier decisión judicial desarreglada pueda encontrar hoy un respaldo doctrinario que la avale y un comentario posterior que la destaque como innovativa (cfr. p. 215).

[46] Cfr. PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", 2009, t. I, p. 19, 33.

constitucionalismo principialista que después de la segunda guerra mundial se habría instalado como la ideología dominante en el plano iusfilosófico de explicación de lo jurídico[47], caracterizada por el hecho de haber venido a reemplazar el viejo paradigma del iuspositivismo decimonónico, que hacía foco en *"la ley"* como centro de gravedad del Derecho, para poner en primer plano a *"los principios"* ubicados en el vértice de las cartas fundamentales, con ascendencia sobre todos los conflictos, fomentándose así la constitucionalización de todas las ramas del derecho y la mirada principiologica en la decisión de todo juicio.

Las características que tipificarían a este neoconstitucionalismo podrían englobarse en estos diez (10) rasgos salientes: i- la reivindicación de la mirada moral por sobre la del estricto derecho positivo; ii- la incorporación protagónica de la lectura constitucional por sobre la sola fuente legal; iii- la prioridad de los principios generales por sobre las reglas legisladas; iv- la adopción del método ponderativo por sobre el método subsuntivo tradicional; v- la prevalencia de una argumentación axiológica, por sobre la argumentación normativa; vi- la exigencia de razones morales a cambio de las razones legislativas; vii- la prevalente atención a las circunstancias particulares de cada caso (casuismo) por sobre el tratamiento estandarizado a base de rasgos típicos (*tatbestand*); viii- la adopción de mayor flexibilidad decisoria por sobre la rigidez de la tarifa legal; ix- la prevalencia del rol discrecional de los jueces por sobre los legisladores; x- la búsqueda de una justicia material por sobre la justicia formal; etc[48].

b- En su versión más extrema, este neoconstitucionalismo estaría planteando directamente el abandono del principio de legalidad, la pulverización de la ley, la instalación de un "derecho dúctil" en constante movilidad (plural), la creación judicial de normas "*ad hoc"* para cada caso concreto, el traspaso de un *"derecho por re-*

[47] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", Universidad de León, www.academia.edu/7599793/SOBRE_EL_NEOCONSTITUCIONALISMO_Y_SUS_PRECURSORES.

[48] Cfr. ATIENZA, "Filosofía …", ob. cit., p. 118, 126; GARCÍA AMADO, "Sobre el …", ob. cit.

glas" a un *"derecho por principios",* y el sacrificio de la previsibilidad en aras de la justicia[49].

Como manifestación de esta última tendencia, cierta doctrina ha llegado a señalar que la vieja corriente del iuspositivismo, calificada como ideología distorsionadora, nos hizo creer erróneamente que el camino que debían seguir los jueces al resolver los casos debía llevarlos primero a las leyes y en segundo lugar a los principios, dándoles a éstos un papel secundario y accesorio, cuando en realidad –se dice- los principios tienen más jerarquía y densidad que las leyes, están antes y por encima de éstas, que vienen debajo y después, subrayándose que las leyes tienen menor densidad por reflejar simples "puntos de vistas" de los sujetos políticos que ocasionalmente lograron una mayoría, pero que están en situación de lucha permanente. A partir de allí se defiende el rol primario y autónomo de los principios, postulándose que en la actualidad los "señores del derecho" deben ser los jueces, no los legisladores, llevándose tal postura casi al límite de la doctrina del "uso alternativo del derecho", que postula que una vez en el poder el juez debe fallar los casos a sola Constitución, amputando lo legislativo, derivando "directamente de los principios constitucionales, reglas aplicables en sede judicial como alternativa…a las establecidas por el legislador", fallando los casos "…a la luz de la Constitución… a partir de sus principios, como si estos constituyesen un sistema cerrado, sin espacios para el legislador" 50.

Claro, con semejante envión ideológico no es extraño que los jueces se sientan cada vez menos subordinados por la letra de las normas legales y más autorizados a remontarse discrecionalmente (fuga) hacia el nivel superior de los principios generales del derecho, aplicados según el sentido de su propia inclinación subjetiva y predispuesta, sin tener que rendir cuentas del porqué del apartamiento legislativo.

---

[49] Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 112.

[50] Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 97, 113, 117, 150, 152. El *"uso alternativo del derecho"* propondría un *"todos contra la ley"*, utilizando el derecho desde adentro como insumo de lucha política (cfr. FUCITO, cit., p. 343/345).

Revelando el trasfondo de este desvío se dijo *"Un rasgo típico del neoconstitucionalismo sería, pues, el de no tener en cuenta las leyes a la hora de solucionar un problema jurídico e irse directamente a la Constitución, o incluso de prescindir del tenor literal de un artículo (una regla) de la Constitución y basarse directamente en los principios y valores constitucionales para la resolución de un problema"* [51].

c- Evidentemente la fuga principiológica es el iceberg de una corriente ideológica que pretende diluir la estructura del ordenamiento normativo, con la finalidad de ajustar el mundo a la visión reorganizadora de quien ejerce la judicatura.

¿Cuál es la razón por la que se ha llegado a semejante extremo?

La explicación de esta tendencia podría resumirse en cuatro (4) pasos[52]: i- Primero. Como reacción contra el positivismo ciego, y fruto del entusiasmo anti-normativo compartido por diversas corrientes jusfilosóficas[53], se fue instalando la idea del descrédito de la Ley como fuente del derecho, por estimarse que ella no encarna la voluntad del pueblo sino de gente sospechosa, quedando a partir de allí en crisis permanente la validez del ordenamiento, en tributo a principios superiores de justicia; ii- Segundo. A partir de allí se pregona que para proteger al ciudadano es necesario aumentar los poderes discrecionales del juez, a precio de que abandone el sometimiento a las leyes y pase a resolver los casos según la solución que le inspiren los principios axiológicos (tan laxos que dejan la solución del caso a su sola discreción); iii- Tercero. Ello supone considerar que los jueces –a diferencia de los legisladores- tienen capacidad de entrar en contacto y comunicación directa con los principios y valores morales del texto constitucional, a fin de encontrar allí la solución de justicia; iv- Cuarto. De tal forma se

---

[51] Cfr. ATIENZA, Manuel, "Filosofía del derecho y transformación social", Trotta, 2017, p. 131.

[52] Seguimos aquí la síntesis brindada por LAPORTA, Francisco en "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", Revista de Teoría Filosofía del Derecho, n° 31, 2009, p. 205.

[53] Podrían incluirse aquí las posturas más variadas de rechazo a la ley escrita que van desde el realismo jurídico, la escuela del derecho libre, el materialismo histórico, el jusnaturalismo, el neoconstitucionalismo principialista, etc. (cfr. FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 61, 65, 116, 240; ARAGONESES, Pedro, ob. cit., p. 229; FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", Doxa, n° 34, 2011; STRECK, Lenio Luiz, en "Poder Judicial y Constitucionalismo Democrático: La necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho", Estudios Constitucionales, Año 12, n° 2, 2014, pág. 29-54).

instala la idea de un Juez Hércules que viene a poner orden al desaguisado de la ley, dando la solución más justa para el caso concreto[54].

d- Múltiples son los aspectos de lo que se ha venido diciendo que resultan merecedores de crítica, y que obligarían a realizar una contestación extensa a los fines de rebatir los fundamentos teóricos que alientan la fuga principiológica.

Evidentemente, la tendencia pendular del pensamiento jurídico muestra que, así como en su momento el ius-positivismo surgió como reacción laica y cientificista contra los excesos metafísico-subjetivos del ius-naturalismo y sociológicos fragmentarios del realismo jurídico (ius-realismo) [55], después de la segunda guerra mundial surgieron reproches contra los desvíos excesivamente formalistas de la tesis positivista, por la insatisfacción moral que podían aparejar regímenes legales, minuciosamente técnicos pero de intolerable injusticia[56], según valoraciones compartidas, surgiendo de tal manera como reacción contra el formalismo la corriente moderna del neoconstitucionalismo principialista, en virtud de la cual el péndulo parece volverse al otro extremo, con reforzado entusiasmo anti-positivista diluyente de lo normativo[57].

Por lo que deja ver la historia, cada nueva época se encarga de crear los anticuerpos ideológicos para contrarrestar los excesos insatisfactorios de las posturas dominantes, pareciéndonos importante los esfuerzos por lograr algunas síntesis.

En ese rumbo creemos que la moderna corriente del neoconstitucionalismo principiológico -inspirador de la fuga- pecaría de excesos que la vuelven cuestionable, pudiendo criticarse los diez (10) caracteres que referenciamos a su respecto: i- porque so pretexto de lograr fines nobles confunde el ámbito de la moral y del derecho[58], colocando la vigencia de todas las reglas positivas a mer-

---

54 Cfr. LAPORTA ob. cit.; OST, Francois, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", Doxa, n°14, 1993.

55 Cfr. FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 39/44, 173/176; CARRIÓ, ob. cit., p. 184.

56 Cfr. FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 56, 68.

57 Cfr. ATIENZA, Manuel, "Filosofía…", p. 134.

58 Sobre un debate en torno a la relación que debe existir entre estos dos (2) sistemas de ordenación social ver "Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado", Diálogos Jurídicos, 05/04/2016, p. 229 y ss.

ced del ideal metafísico atribuido a los jueces[59]; ii- porque fuerza una mirada constitucional exagerada de todos los pleitos[60], cayendo en *"hiperconstitucionalización" del derecho"* [61], con el resultado de diluir la fuerza de lo legal y de que todos los derechos corran el riesgo de ser derrotados por un salto principiológico[62]; iii- porque exacerba el rol de los principios en detrimento de las reglas, invirtiendo la secuencia lógica del iter decisorio, al ignorar que si bien los principios son importantes, son también muy imprecisos[63], debiendo por ello comenzarse el análisis de los casos por el nivel más detallado de las leyes, sin perjuicio del uso supletorio de aquellos; iv- porque exagera la importancia del método ponderativo, en detrimento del subsuntivo, haciendo de toda cuestión un caso difícil, un debate inagotable, con apertura a la discrecionalidad judicial innecesaria en todo tipo de pleitos[64]; v- porque lleva toda discusión judicial a un nivel supra-físico de debate sobre valores (tendencialmente subjetivo, disipador e incontrolable), prescindiendo del anclaje argumental

---

[59] La doctrina señala que el neoconstitucionalismo posee tres componentes filosóficos: i- el ontológico, de dar por supuesto la existencia de una moral objetiva; ii- el epistemológico, de asumir el conocimiento universal de esa moral; iii- el político elitista, de considerar que sólo los jueces están capacitados para captar ese orden axiológico (cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Sobre el neoconstitucionalismo…", ob. cit.)

[60] Expresamente se dice que *"todo deviene derecho constitucional"* (Cfr. PIETRO SACHÍS, Luis, "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", Sup. JA. 05/01/2011). En contra de esta postura ver LAPORTA, Francisco J., "El imperio de la ley. Una visión actual", Trotta, 2007, p. 14 y 167; GARCÍA AMADO, Juan A., "Derecho y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo", en AAVV, "Teoría del neoconstitucionalismo", Edición de Miguel CARBONELL, Trotta, 2007).

[61] Para evitar este abuso e impedir que todo caso llegue por vía recursiva a su instancia constitucional, la CSJN ha dicho que no basta con invocar principios constitucionales para tener por comprometida la Carta Fundamental, sino que debe haber efectiva *"relación directa e inmediata"* con el debate enjuiciado (cfr. Fallos 300:711).

[62] GARCÍA AMADO, Juan A., "Contra el neoconstitucionalismo…", ob. cit.

[63] FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 35.

[64] Si bien ALEXY comienza diciendo, ya nadie puede afirmar en serio que la decisión de los jueces responda a una mera operación lógica de subsunción, agregando que la jurisprudencia no puede prescindir de la valoración, luego revierte y dice que eso *"…no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes… la dogmática o … precedentes…estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos…"* (cfr. ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 23, 28 y 29). En la generalidad de estos casos fáciles, sujetos a reglas positivas, resultará de aplicación el método de la subsunción y no el de la ponderación (cfr. ATIENZA, Manuel, "Prologo" a la obra de GRAJALES y NEGRI, ob. cit., p. 13; y éstos mismos en p. 73).

que deben tener los fallos en los aspectos fácticos y normativos de la controversia (mayormente objetivos, acotados y confrontables); vi- porque suprime el dato de autoridad del derecho[65], exagerando la opinabilidad de todas las cosas, instalando la idea de que no hay normas sino interpretaciones[66], des-plazando la autonomía de las razones legislativas como datos suficientes para dirimir los conflictos[67]; vii- porque enfatiza el enfoque práctico (*factual approach*) de todos los casos, propiciando la creación de soluciones judiciales improvisadas y *ad hoc*[68], como una suerte de *"traje a medida"* para cada caso[69], instalando un decisionismo judicial[70], transformando la imagen del derecho que pasa de ser un "sistema de normas" a una "fábrica de decisiones judiciales[71]; viii- porque so pretexto de flexibilidad pluralista y sensibilidad individual, rompe el rasgo de estabilidad inherente al derecho, colocando lo jurídico en estado de rapsodia y cambio permanente, afectando su confiabilidad y calculabilidad, instalando un casuismo errático, manipulable y arbitrario[72]; ix- porque fomenta un protagonismo judicial desmedido, en detrimento de la legislación decantada por las mayorías, con riesgo para el sistema democrático y republicano de gobierno[73], haciéndonos retroceder del *"imperio de la ley"* al *"imperio de los hombres"*[74]; x- finalmente, porque bajo el pretexto de pretender avanzar la disciplina del derecho desde una supuesta justicia formal (legal) hacia una justicia material (cósmica) [75], en ri-

---

[65] Cfr. ATIENZA, Manuel, "Prologo, ob. cit., p. 13.

[66] En esto se asemeja a la visión nihilista de Jerome FRANK (FUCITO, cit., p. 238, 242; LAPORTA, cit., p. 129)

[67] La debilitación de la ley supone también la debilitación de la razón jurídica (cfr. BINDER, Alberto, "Elogio de la audiencia oral y otros ensayos", Cooperación Editorial, México, 2014, p. 45).

[68] Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 37. Enfatizando su idea el autor señala *"hoy debe descartarse … la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento"* (p. 39).

[69] Cfr. BERIZONCE, Roberto O., "Derecho procesal civil actual", LEP, 1999, p. 9 y 394.

[70] Cfr. LAPORTA, ob. cit., p. 107.

[71] La doctrina señala *"Quisiera comprender la razón por la cual los juristas han bastardeado el orden jurídico… al punto de que hoy no puede ser considerado un sistema, sino una fábrica de decisiones"* (cfr. MAIER, Julio B., "La democratización del Poder Judicial", Página 12, 21/06/2013; COING, ob. cit., 21 y 41).

[72] Cfr. COING, Helmut, ob. cit., p. 26/29. *"El derecho tiene que ser permanente: el individuo puede confiar en él. Se puede contar y calcular con el derecho como una magnitud fija sustraída a toda transformación. El hombre puede ordenar su vida según al orden jurídico permanente, y puede disponerla bajo su protección…"* (p. 26).

[73] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Derechos y pretextos…", ob.cit.

[74] Cfr. "Marbury vs. Madison", 1803; LAPORTA, ob. cit., p. 95.

[75] Cfr. WEBER, Max, "Economía y sociedad", Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 195, 605.

gor se provoca un retroceso al pasar de una justicia reglada y calculable (racional), a una justicia oracular y primitiva (caudillista) basada en la autoridad patriarcal[76]; etc.

Como lo señala la doctrina *"…los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos …* (su postura) *… y se olvidan, por así decirlo, de los valores del legalismo. La suya es también una visión unidimensional del derecho que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores… pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites, las constricciones, que impone el sistema de Derecho positivo"*[77]; *"El error del neoconstitucionalismo lo es, cabría decir, de unilateralidad. Es decir, no se limita a subrayar el papel que en la argumentación jurídica tiene la moral, los principios o la ponderación, sino que tiende a confundir el Derecho con la moral, a reducir todas las normas a los principios, a fomentar el uso de la ponderación, como si ponderar fuese, sin más, sinónimo de argumentar bien. Y el resultado es una desdiferenciación del Derecho, una pérdida de sus señas de identidad, motivada por no haber tenido en cuenta la otra cara de lo jurídico, su faz autoritativa; lo que significa, entre otras cosas, que la empresa del Derecho tiene límites de los que carece la moral… los cuales se expresan en buena medida en forma de reglas… que han de aplicarse por lo general sin recurrir a la ponderación, sino a la subsunción…"*[78].

Por lo demás, tampoco consideramos valederas las razones por las que se habría llegado a este extremo del neoconstitucionalismo: no siendo correcto plantear que los eventuales excesos del positivismo tuvieran necesidad de ser resueltos mediante la instalación de un derecho dúctil a base de principios, pudiendo haberse dado por superada la insatisfacción moral que aquellos dejaron con la incorporación constitucional de los principios y valores sobre derechos humanos[79], o incluso con la previsión de ciertos casos excepcionales de juzgamiento de *equidad*, sin necesidad proponer por sobre ello la pulverización de todo marco legal; ii- tampoco es correcto afirmar que la corriente principiológica venga a represen-

---

[76] En contra de la disociación entre ambas justicias ver LAPORTA, ob. cit., p. 84.

[77] Cfr. ATIENZA, Manuel, "Filosofía…", ob. cit., p. 134.

[78] Cfr. ATIENZA, Manuel, "Prólogo", ob. cit., p. 13.

[79] Cfr. FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 21 y 22. La CSJN ha señalado *"La positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo"* (Fallos 330:3248).

tar una mayor protección para las personas, siendo siempre peligrosa *"la invocación de un derecho supralegal para desconocer los límites de la legalidad"* [80]*,* resultando que la libertad decisoria podrá ser tentadora para los jueces, pero no para los ciudadanos, cuyos derechos pasan a quedar a merced de la total discrecionalidad de los magistrados, resurgiendo allí la importancia del respeto criterioso a la ley como garantía de la libertad de las personas[81]; iii- menos aun parece correcto pensar que existe un plano moral inopinable al que sólo los jueces pueden llegar, a la manera de seres mágicos u oraculares, de marcada superioridad moral e infalibilidad, con *"acceso privilegiado y suprarracional a los fondos de verdad y corrección en los que se esconden las soluciones de los casos",* siendo este carácter místico e irracional, la causa por la que a menudo los jueces terminan siendo venales[82]; iv- finalmente, resulta un contrasentido afirmar que el decisionismo judicial, errático y fragmentario, venga a poner orden a un supuesto desarreglo legal, siendo precisamente todo contrario, teniendo en cuenta que *"no se puede gestionar la seguridad jurídica a golpe de sentencias",* creando tal situación un estado de incertidumbre, impredecibilidad y un contexto de anomia social[83].

5. El desarreglo de las fuentes

a- A esta altura conviene señalar una crítica diferenciada respecto de lo que calificamos como un grave desarreglo de las

---

[80] Cfr. Voto del Dr. Zaffaroni, Raúl E. en CSJN, Fallos 328:2056. El magistrado recuerda *"no hay una única teoría acerca del derecho natural…hay un derecho natural de raíz escolástica… liberal y absolutista… autoritarios y totalitarios, abiertamente irracionales* (y agrega)…*La legislación penal nazista apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo… El stalinismo, por su parte, lo hacía remitiendo a los principios de la sociedad socialista…"* (ver su voto, cons. 25).

[81] Cfr. BAUMAN, Zigmunt, "Modernidad líquida", FCE, 2007. El autor señala *"…'el hombre sin freno'… es más una bestia que un individuo libre… la 'norma'… libera… a los…seres humanos… la coerción social es la fuerza emancipadora y la única esperanza de razonable libertad …Para el hombre, la liberación consiste en liberarse de las fuerzas ciegas e irracionales… poniéndose bajo el ala de la sociedad… no existe otra manera de alcanzar la liberación más que someterse a la sociedad y seguir sus normas…"* (ob. cit., p. 24/25).

[82] Cfr. LAPORTA, ob. cit., p. 115. A los fines de controlar la discrecionalidad judicial la doctrina ha dicho *"…las personalidades excelentes son infrecuentes en la justicia -como en el resto de los ámbitos de la vida-; …debe partir*(se) *de la presunción de jueces de calidad y capacidad media y no de personalidades sobresalientes"* (cfr. HESS, Burkhard y JAUERNIG, Othmar, "Manual de derecho procesal civil", Marcial Pons, 2015, p. 83).

[83] Cfr. LAPORTA, ob. cit., p. 14, 47.

fuentes del derecho planteado por la corriente del neoconstitucionalismo, al postular que todos los casos deben comenzar resolviéndose por los principios por ser éstos las pautas de mayor jerarquía.

Ya explicamos que, so pretexto del mayor papel de los principios, y al amparo de un llamado derecho "dúctil" [84], que parece licuar las reglas positivas[85], se está pretendiendo invertir el orden de las fuentes del derecho, señalándose que, como los principios constitucionales tienen mayor importancia que las leyes, entonces los casos deben comenzar por resolverse desde el inicio con invocación directa de esos principios, antes que con aplicación de las reglas por las que se dejaron llevar las partes al momento de litigar[86], confiriéndose discrecionalidad absoluta a los jueces, transformándose de tal forma el "diálogo" de fuentes en un "monólogo" a sola constitución, con el agravante de que –según se dice- la constitución no dialoga[87], todo lo cual termina provocando la supresión de las normas del ordenamiento legal[88].

Nadie duda que lo más sagrado de la pirámide jurídica es la Constitución, que se halla en el vértice del ordenamiento. Pero también, que sus valores y principios son los más abiertos e inespecíficos, careciendo de los pormenores necesarios para relacionarlos con los detalles de cada caso concreto[89], siendo la propia constitución la que al efecto estableció la necesidad de un desenvolvimiento normativo fijando un orden de seguimiento en virtud del cual señaló: i- primero, que los derechos que ella contempla se hacen valer según las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 CN); ii- segundo, que las sentencias sobre esos derechos deben dictarse de conformidad a esas

---

[84] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil", Trotta, 2019, p. 113.

[85] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios…", ob. cit.

[86] El respeto de las reglas de juego por las que se dejaron llevar las partes al momento de litigar ha sido considerado por la CSJN y la CIDH como integrante de la garantía del debido proceso (cfr. Fallos 308:552; 320:1393; 333:935; CIDH, caso 10.194, "Narciso Palacios c. Argentina", Informe 105/99, i. 29/09/99, cons. 48, 59, 60 y ss).

[87] Cfr. ALTERINI, Jorge H., "Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el CCCN", LL. 2018-C-869.

[88] Cfr. voto Dr. GUARDIOLA en CCyC Junín, "Fiat Crédito Cia. Financiera SA C/ De Natale", s. 02/02/2017.

[89] Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", ob. cit, p. 41. *"…los principios –caracterizados generalmente no sólo por la mayor importancia, sino también por una mayor indeterminación y por un carácter más genérico …"* (cfr . FERRAJOLI, ob. cit.).

leyes reglamentarias (art. 18, 75 inc. 12 CN). De modo que, si bien es cierto que la Constitución impone una jerarquía y prevalencia normativa que es "descendente", en el sentido de ir de mayor a menor en grado de importancia, también lo es que esa secuencia va de menor a mayor en grado de reglamentación. Por ello, al momento de resolver los casos, los jueces deben seguir un camino normativo inverso, que es "ascendente", comenzando como primera ratio por las fuentes más cercanas al caso concreto, como son las leyes y reglamentos, preservando el eventual control constitucional a su respecto como la última ratio del ordenamiento[90].

Haciendo ver esta línea de seguimiento ascendente de la sentencia la doctrina señala que si bien es cierto que el derecho no es sólo la ley *"…tampoco es justicia pura: la idea de justicia… obra… enlazada …en el cuerpo del orden jurídico…* (por ello, y)… *A pesar de la superior excelencia axiológica de la justicia, existe pues también una dependencia…* (de la sentencia a la ley)…*que procede, por así decirlo, de abajo…*(hacia)*…arriba"*; *"Cuando se pasa esto por alto, cuando se intenta orientar el derecho según una abstracta idea de justicia y sin tener en consideración el mundo…*(legal)*…, cuando –por así decirlo- se quiere saltar un estrato, se consigue frecuentemente lo contrario de lo que se deseaba: injusticias"*[91].

Claro, uno podría preguntarse: *"¿Por qué hablar con las leyes, pudiendo hablar directamente con la Constitución?"*. La respuesta es simple, pero cargada de implicancias: *"Porque es la misma Constitución la que, por ofrecer sólo mandatos genéricos, para todo lo demás nos manda a hablar con la legislación"*.

La circunstancia de que los códigos de las disciplinas jurídicas incorporen la mirada constitucional y recepten otras fuentes del derecho complementarias a la ley, a través de la apertura a principios y valores (art. 1 y 2 CCCN), no significa que se haya dejado de lado a la ley y/o que todas esas fuentes converjan de la misma manera, en forma caótica y/o en plano horizontal entre ellas, habiéndose señalado a ese respecto que la ley sigue siendo la *"fuente principal"* del ordenamiento, aclarándose: *"...se destaca en primer lugar la ley, porque de lo*

[90] Precisamente en seguimiento de este rango jerárquico ordenado existen normas constitucionales que prevén –bajo pena de nulidad- que *"Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste en los principios…"* (art. 171 y 161 inc. 3-b, CBA).

[91] Cfr. COING, Helmut, ob. cit., p. 39, 41 (los subrayados y paréntesis se agregan).

contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión 'contra legem' que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción. De todos modos…(se debe)*…procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados…el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla…criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la <u>última ratio</u> del orden jurídico..."*[92].

Ahora bien, si luego de tratar de encuadrar los hechos en el plano de la norma, los jueces encuentran que la legislación tiene lagunas, es ambigua y/o provoca intolerable injusticia (según confronte intersubjetivamente verificable[93]), entonces sí podrán justificar –argumentación de por medio- la elevación del caso hacia el plano de los principios generales, para encontrar allí la solución racional sobre el tema, no como fuga discrecional y facilitadora, sino como derivación escalonada y criteriosa hacia los principios generales, teniendo en cuenta que también se dijo *"los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores… no sólo tienen un <u>carácter supletorio</u>, sino que son <u>normas de integración</u> y de <u>control axiológico</u>. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos*[94].

De modo que los principios generales del ordenamiento no se reducen a suplir soluciones ante el vacío normativo (*praeter legem*) y/o a integrar la hermenéutica más apropiada de las normas existentes (*secundum legem)*, sino que ahora pueden funcionar también para invalidar la

---

[92] Ver la explicación de los propios redactores del CCCN, en "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal y Culzoni, p. 507, 511, 512, 513, 514 (el subrayado se agrega).

[93] Cfr. ALEXY, ob. cit., p. 34; KLIMOVSKY, ob. cit. p. 50. El autor señala *"…una buena definición de la objetividad en la ciencia. La objetividad de los datos radica precisamente en su intersubjetividad, o sea en el hecho de que distintas personas lo pueden registrar…"* (p. 50). Por su parte BUNGE agrega *"La verificabilidad hace a la esencia del conocimiento científico; si así no fuera, no podría decirse que los científicos procuran alcanzar conocimiento objetivo…"* (cfr. BUNGE, Mario, "La ciencia…", ob. cit., p. 24).

[94] Ver "Fundamentos …", ob. c.t, p. 515 (el subrayado se agrega).

solución normativa (*contra legem*), si ésta deviniera manifiestamente incompatible con el sentido de justicia que los inspira, de consuno con la Constitución Nacional que los contiene[95]. Pero en cualquiera de los casos surge evidente que el uso más o menos intenso de los principios requiere del paso previo por lo normativo; requiere la necesaria referencia previa de cualquier decisión judicial al nivel primario de las leyes, a las que se les debe acusar de algún defecto (laguna, oscuridad o injusticia extrema), detectable incluso a la luz de los principios, para poder justificar la solución del caso con aplicación de esos estándares generales, supliendo, aclarando o corrigiendo la solución normativa del caso concreto.

Esto se traduce en la necesidad de justificar y argumentar el porqué de la aplicación mediatizada de los principios, debiendo explicarse, por ejemplo, en uno de los casos ya referidos, cuál es la situación de "duda" (verificable), que pueda tornar aplicable el principio *"in dubio" pro actione*, no pudiendo invocárselo "en el aire" [96].

d- Fuera de las razones jurídicas que justifican la sujeción primaria de los jueces a lo normado por las leyes, a ello se anexan otras razones de índole políticas, sociológicas y axiológicas que también explican tal deferencia legislativa.

Desde el punto de vista político, aquella sujeción a lo legal es inherente al Estado de Derecho (en lo vertical) y a la división de los poderes (en lo horizontal). En relación a lo primero (desde lo vertical), el principio de legalidad nos recuerda que todas las autoridades del Estado (incluidos los jueces) deben someterse al imperio de la ley, para ahuyentar el riesgo de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, en beneficio de la libertad de todos los ciudadanos, no pudiendo escaparse los jueces de ese marco bajo el pretexto de ser los portavoces de la Constitución, porque ello los sobrepondría a la ley, haciéndolos amos y señores del derecho. Ello explica que, también por añadidura (desde lo horizontal), los jueces deban guardar

[95] SAFI, "Los principios…", ob. cit., p. 134.

[96] Como ha dicho la SCBA respecto del principio in dubio pro seguridad social (art. 39 CBA), *"…su aplicación exige que el marco normativo consienta dos o más interpretaciones posibles, en cuyo caso recién ha de prevalecer aquella que mejor favorezca el reconocimiento del derecho previsional…"* (B-63.979, "Lunghi", s. 23/12/09).

actitud de deferencia especial hacia lo legislativo, en respeto de la voluntad plural de las mayorías democráticas, por sobre el libre arbitrio de su exclusiva voluntad individual, sirviendo tal principio de contrapeso del poder que –como última ratio- también tienen los jueces para controlar lo legal. Cierto es que las mayorías pueden violar la Constitución y que los jueces pueden tener que invalidar esas desviaciones en resguardo de las minorías, pero en tales supuestos no deben actuar a su arbitro ni ignorar lo legal, sino hacerse cargo de su análisis y ejercer un control objetivo de constitucionalidad.

Desde el punto de vista sociológico, la sujeción a lo normativo implica un resguardo de mayor racionalidad e imparcialidad en el sistema de reparto judicial. Como dice la doctrina, cada vez que se dejan de lado las fuentes formales del derecho (leyes) y se apela a las fuentes materiales de naturaleza supralegal (principios), se inyecta una fuerte dosis de irracionalidad en el sistema[97], creándose el peligro de la discrecionalidad, la arbitrariedad y el subjetivismo. Es claro, si la solución de los pleitos pudiera adoptarse, no con base en la *"guía racional"* de las reglas predispuestas, sino en función de la *"gracia libérrima"* a discreción del magistrado, entonces entrarían a jugar en el reparto aspectos subjetivos e irracionales como son las inclinaciones personales, empatías, antipatías, razones ideológicas, políticas, económicas, sociales y hasta móviles *non sanctos*[98]. Por ello se dice que el principio supremo del proceso, del que depende la Justicia del reparto, es precisamente el de imparcialidad judicial, y que la mejor forma de garantizarlo es el apego del juez a la legalidad[99].

Finalmente, y en coherencia con lo dicho, desde el plano moral, no debiera suponerse que el aumento de la discrecionalidad judicial garantice la corrección de las decisiones y/o que el respeto "criterioso" de la legalidad ahuyente el sentido de Justicia. Por empezar debe recordarse que ya la ley lleva hecha su parte en la búsqueda de la Justicia, no pudiendo los jueces ser indiferentes a esa

[97] Cfr. FUCITO, ob. cit., p. 60/62.
[98] Cfr. WEBER, Max, "Economía y sociedad", Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 181.
[99] Cfr. ARAGONESES, Pedro, "Proceso y derecho procesal", Aguilar, 1960, p.89/91.

ponderación legislativa realizada en representación de las mayorías[100]. Por lo demás, el derrumbe de la ley a manos de la discrecionalidad de los jueces no estaría suponiendo un progreso de la humanidad hacia una mejor Justicia, sino el retorno de la civilización a un estado primitivo de precaria organización social en donde, ante la falta de reglas, no existía *"jurisdicción de derecho"* sino *"de equidad"*, quedando la solución de los casos a merced de una justicia patriarcal, ejercida a sola inspiración oracular[101].

6. Los perjuicios que provoca.

En este contexto resulta evidente que la cuestión de la fuga facilitadora a los principios no ha venido sino a perjudicar la imagen de los elementos de nuestra disciplina, afectándose a la ley, los jueces, las partes, la ciudadanía y la justicia.

a- La ley. El imperio de la ley queda afectado porque la fuga demuestra que ni los propios jueces que juraron respeto a la ley se preocupan por observarla (qué queda para el resto?)[102]. La actitud de indiferencia normativa instala la idea de que las leyes carecen de fuerza vinculante y que sólo valen *"como una opinión más dentro de un conjunto"* [103], como un *"punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el proceso legislativo"* [104]. Así, en la era de la modernidad líquida, cada persona se siente legislador y juez de sus asuntos, llegándose al extremo de que también *"…el juez… redacta su propio código de normas ad hoc…mientras desarrolla el juicio…*(careciéndose de)*…normas universalmente vinculantes a las que todos los juzgados…estén obligados a remitirse o a las que puedan recurrir*

[100] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Derechos y pretextos…", ob. cit.
[101] Cfr. CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de derecho procesal civil", 1996, p. 117/122.
[102] Es paradójico que quienes accedieron a la magistratura por la vía legal ejerzan luego el poder al margen de las normas (cfr. LAPORTA, "El imperio…", ob. cit., p. 95). Sería similar al caso de quien sube por una escalara y después procede a tirarla (cfr. CARPIO, Adolfo P. "Principios de filosofía", Glauco, 2004, p. 216).
[103] Cfr. SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", TEA, 1956, t. I, p. 14.
[104] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 97.

como fuente creíble de autoridad…(ocurriendo que)*… lo que es justo en un juzgado… puede ser rechazado en otro como tergiversación de la justicia"*[105].

Evidentemente, como sugiere la doctrina, desde hace un tiempo a esta parte el discurso dominante ha venido horadando la imagen del ordenamiento jurídico como un *"sistema de normas"* y la ha reemplazado por la idea del derecho como una *"fábrica de decisiones judiciales"*[106], erráticas y atomizadas, que pretenden dar respuesta improvisada caso por caso, so pretexto de hacer valer la justicia más elevada[107]. Parece claro que la libertad de las personas, su seguridad jurídica y la justicia no pueden quedar expuestas a golpe de sentencias, sujetas al humor caprichoso y cambiante de un haz incontrolable de decisiones discrecionales, fragmentarias e imprevisibles, no gobernadas por pauta previa alguna y emitidas por quienes pretenden tener la última palabra. El imperio de la legalidad, como expresión de la voluntad general, es un escudo insustituible contra la arbitrariedad así presentada[108].

"El principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular:… la frustración de la confianza en las normas (seguridad…), y la manipulación de las leyes…(imparcialidad…)"[109].

A partir de lo expuesto debemos reiterar aquí la propuesta para que se retorne a la senda del *"apego 'criterioso' a lo normativo"*, a fin de devolver a la ley el rol de fuente primaria y vinculante para la solución de los casos concretos, no por resultar ella una panacea axiológica insuperable, sino por ser la forma de organización racional y controlable de las decisiones judiciales. Esto no pretende reinstalar un positivismo ciego (legalismo), ni descartar posibles

---

105 Cfr. ZYGMUNT, Bauman, "Miedo Líquido", Paidós, 2006, p. 67., *"El entusiasmo antinormativo… ha llevado a eliminar el sentido de obligatoriedad de la norma…* (instalando)*… la inseguridad e incertidumbre total…"; "…un contexto normativo* (es necesario porque) *crea expectativas mutuas. Si no existieran estas expectativas, nadie sabría a qué atenerse dentro de la sociedad. El grado de descomposición social que tal hipótesis acarrearía es* …(inimaginable)*… no hay sociedades sin normas, sin expectativas"* (FUCITO, ob. cit., p. 241/242).

106 Cfr. MAIER, Julio B., "La democratización del Poder Judicial", Página 12, 21/06/2013; COING, ob. cit., p. 41.

107 Si *"la creación del derecho se realiza caso por caso estamos fuera…del imperio de la ley"* (LAPORTA, p. 93).

108 Cfr. LAPORTA, ob. cit, p. 12; 107; 109.

109 Cfr. voto Dra. ARGIBAY en Fallos 328:2056.

excepciones a las reglas, pero sí evitar la tendencia al desapego normativo (axiologista), instando a fijar límites dentro de los cuales se pueda justificar ese apartamiento[110]; pudiendo servir de guía a ese respecto la llamada *"Fórmula Radbruch"*, en virtud de la cual se señala por principio el respeto primario a la ley positiva, aun cuando su *"solución de derecho"* sea incómoda, salvo que ello genere una situación de intolerable injusticia (intersubjetivamente verificable), en cuyo caso se puede adoptar una *"solución de equidad"*, para evitar un exceso de rigor formalista (situación plausible frente a casos sensibles de derechos humanos[111]).

ii- Los jueces. La imagen de los jueces también quedaría afectada frente a la instalación cotidiana de esta fuga principiológica hacia lo supra-positivo, porque se evidenciaría la manipulación voluntaria del material normativo por parte de los funcionarios encargados de respetarlo, el desenganche legal que se comete y el ejercicio de un activismo discrecional indebido, llevado a cabo con prescindencia de la justificación argumental necesaria, construyéndose de tal forma –contra la imagen ridícula del juez ventrílocuo que es boca inanimada de la ley- la figura opuesta de un juez patriarcal, que es amo y señor de lo jurídico[112], y decide los casos según su arbitrio exclusivo y subjetivo. Enfatizándose en la imagen señalada se ha dicho que *"Esta doctrina permite a los jueces la justificación perfecta para ampliar sus poderes frente al legislador y convertirse en sacerdotes u oráculos de la constitución*… (instalándose)… *una especie de elitismo donde sólo los jueces estarían capacitados para captar el orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso"* [113].

Evidentemente, a la luz de los sistemas de dominación de Weber, pasaríamos de estar regidos por un sistema de dominación racional-legal (perfectible), a un sistema de dominación patriarcal,

---

110 Cfr. SAFI, Leandro, "Límites a la declaración…", ob. cit.

111 GIL DOMINGUEZ, Andrés, "Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético". LL.2007-B-880.

112 Cfr. CHAUMET y MEROI, "Constitucionalización …", ob. cit. Hay que decir que ZAGREBESLY considera expresamente que los jueces deben ser *"…los actuales 'señores del derecho'…"* (ob. cit., p. 150).

113 Cfr. GORRA, Daniel G., "La concepción epistemológica del neoconstitucionalismo. El derecho natural encubierto", La Ley Online; AR/DOC/7655/2010;

caudillista o carismático, de ilimitada discrecionalidad[114]. Por eso se dice que las posturas que pretenden otorgar un mayor papel a las fuentes materiales del derecho (principios) por sobre las formales (leyes), inyectan una dosis de irracionalidad en el sistema, aumentando las facultades judiciales frente a la ley, dejando en libertad a los jueces para hacer valer sus impulsos y creencias, con riesgo de instalar la dictadura de los jueces, en virtud de la cual estos ya no tomarían a la ley como guía de sus resoluciones, sino actuarían sus fallos de acuerdo a opciones erráticas y caprichosas, haciendo lo que les dicta su estado de ánimo[115].

En este último caso estaríamos ante el supuesto perturbador de la llamada "justicia cerebrina" propia de un "juez justiciero" que se cree amo y señor del derecho, en rechazo de la cual se ha señalado *"…el juez no puede ser como un caballero andante, en busca de su propio ideal de belleza y bondad...*(en)… *El Quijote…La decisión arbitraria está enérgicamente repudiada por Cervantes, en su rechazo del libre albedrío judicial…que tiene lugar cuando el juez decide según lo que a él se le ha "encajado" en la cabeza, sin prestar atención a lo que las leyes disponen. A esta equidad caprichosa y mal formada es a lo que suele conocerse como equidad cerebrina, o uso abusivo y arbitrario de la equidad…denominación de carácter claramente peyorativo. Con razón se llama cerebrina a esta supuesta equidad, que no tiene fundamento en ley ni en la razón, sino que cada uno se crea a su libre antojo y medida…"* [116].

La situación sería equivalente a la descripta en aquel cuento del referí de fútbol que se creía demasiado justo, y que al tomar sus decisiones no evaluaba las jugadas según las reglas, sino sopesando

---

[114] En estos casos *"No hay ninguna 'magistratura'… sólo misioneros…No existe reglamento alguno, preceptos jurídicos…ni aplicación racional del derecho orientada por ellos…lo decisivo son las creaciones del derecho de caso en caso, originariamente, solo juicios de Dios y revelaciones… el caudillo… crea… nuevos mandamientos … por la fuerza de la revelación del oráculo… de su voluntad concreta de organización"*; (WEBER, ob. cit., p.195); *"…el déspota… ilustrado, el demagogo, no se sujetan a limitaciones formales de ninguna especie, ni quieren … estar ligados por las reglas… Todos ellos tropiezan con… la lógica jurídica y …* (*el*)*… derecho* (WEBER, p. 605).

[115] Cfr. FUCITO, ob. cit., p. 60/62.

[116] Cfr. FALCÓN TELLA, María José, "Equidad, derecho y justicia", Madrid, p. 207; CASTAN TOBEÑAS, "La formulación…", ob.cit., p. 51; "La idea de equidad…", ob. cit., p. 63. Un juez de ese tipo que se ha *"…puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar"…más…que … un héroe de la justicia…*(sería)*…un monomaníaco peligroso…"* (cfr. CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de derecho procesal", t. I, p. 233).

las condiciones morales de los jugadores, sus historias personales, merecimientos espirituales, etc, de modo tal que a los jugadores que eran buena gente les perdonaba las faltas aunque metieran los goles con la mano, mientras que a los jugadores cancheros o sobradores los sancionaba a cada intervención para que perdieran el juego, porque él *"Creía que su silbato no estaba al servicio del reglamento, sino para hacer cumplir los propósitos nobles del universo"*[117].

Como se pregunta la doctrina ante un ejemplo similar al del cuento: ¿qué pensaríamos de un árbitro de ésta naturaleza?, ¿qué pensaríamos sí *"…la letra del reglamento se pudiese saltar en nombre de consideraciones meramente morales"* del árbitro, por ejemplo si el referí no pita un penal, *"…Porque tiene en cuenta: … a)* … (que el)… *defensa es mucho más pequeñito que el delantero…"*; o, b) …(que) … *el defensa cobra mucho menos… que el delantero…*(o) *"que esté pasando por una difícil crisis personal que a veces lo pone … agresivo…"*. ¿Qué pensaríamos de ese árbitro y de su decisión? ¿Qué opinaríamos si las normas del reglamento futbolístico, que velan por el cumplimiento del *fair play* pudieran ser manipuladas con la finalidad de hacer ganar el partido a los que según el árbitro más se lo merecen? … *Pues, que habríamos acabado con el futbol…"*[118]*;* algo similar podría pasar con el Derecho.

iii- Las partes. En cuanto a las partes del proceso resulta evidente el perjuicio que provoca el hecho de quedar a merced de la pura discrecionalidad de los jueces, sin poder confiar en la protección jurídica que les otorgan las leyes, en virtud del riesgo de que estas normas puedan ser desatendidas a raíz de la fuga facilitadora hacia los principios generales del ordenamiento. Esta fuga evasiva de lo establecido por el derecho defrauda la confianza depositada en las leyes y la imparcialidad judicial, afectando seriamente el sentimiento de Justicia. Parece evidente que la regla que sella la suerte de un litigio no puede aparecer de la nada al final del proceso, al momento del dictado de la sentencia, por inspiración (aun bienin-

[117] Cfr. DOLINA, Alejandro, "Crónicas del ángel gris", Ed. La Urraca, 1995, p. 191/192; debo el recuerdo de este cuento y su conexión original con el tema a la publicación de ROSLER, Andres, "Ya no hay Derecho, ahora todo es teoría del Derecho", del 05/03/2019 publicado en revista segunda vuelta (https://segundavueltarevista.com).

[118] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo…", ob. cit.

tencionada) del juez que decida crearla en ese momento, porque las partes debieron conocer de antemano las normas a las que atener su comportamiento, sin emboscadas ni sorpresas, no pudiendo condenarse a nadie por incumplir una obligación que no sabía que tenía.

Ésta es una regla básica del derecho como sistema jurídico y de la prestación de un servicio de justicia en resguardo de su funcionamiento, sin la cual ninguna persona podría saber cómo comportarse ni hacer cálculos sobre su proceder[119]. La importancia que conlleva el respeto de los marcos normativos se percibe clara en tres (3) momentos decisivos: antes, durante y al final de un conflicto; *i- antes:* le señala a las partes cuál es la conducta normada a la que deberán sujetar su comportamiento para no sufrir consecuencias; *ii- durante:* le permite predecir la posible solución que habrá de tener un litigio para tomar definiciones sobre ello y decidir estrategias; *iii- al final:* no sólo disciplina la sentencia del juez, achicando discrecionalidades, sino que permite controlar la legitimidad de lo resuelto por confronte objetivo entre la decisión adoptada y la solución prevista en las normas predispuestas[120].

La Corte Suprema de Justicia Nacional Argentina (CSJN) ha revindicado esta *"…necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia…* (para evitar)*…una situación… conculcatoria del derecho constitucional de defensa"* [121], encargándose de señalar que los cambios judiciales de criterios normativos sólo pueden ser puestos en juego para casos futuros[122], debiendo trazarse esa línea divisoria para evitar el desconcierto que genera el cambio sorpresivo de las reglas y la aplicación inesperada de una norma retroactiva, agraviante de la seguridad jurídica y el sentido de justicia[123]. En sentido similar la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho que

---

[119] Cfr. RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 224/225; WEBER, Max, ob. cit., 605; p. FUCITO, ob. cit., p. 25; LAPORTA, ob. cit., p. 47/48, 68/69,

[120] Cfr. SAFI, Leandro, "Límites…", ob. cit.

[121] Cfr. Fallos 320:1393; 328:2056.

[122] Cfr. Fallos 308:552 ("Tellez", s. 15/04/86, cons. 2).

[123] Cfr. Fallos 333:935 ("AFIP C/ INTERCORP", s. 15/06/10, cons. 21).

el cambio drástico en la interpretación de las normas -por las que las partes se dejaron llevar al momento de litigar- importa una violación a la garantía fundamental del debido proceso, cuya vigencia prohíbe la aplicación retroactiva de nuevos criterios y exige que se respeten las reglas de juego tenidas en cuenta a su tiempo[124].

Por lo demás, no debe suponerse que sea tranquilizador poner en jaque la previsibilidad de las normas bajo el pretexto de la mayor benignidad judicial. Como dice la doctrina, *"La idea de equidad-benignidad, tan atrayente… tiene en su contra algunas graves objeciones. En primer lugar, ¿qué es lo benigno?... especialmente en aquellos casos en que lo que beneficia a uno daña a otro… Este concepto … puede tener una relativa claridad en el Derecho Penal, donde es base … el principio clásico del in dubio pro reo… Mas en la esfera del Derecho civil… La benignidad del juez hacia una de las partes puede implicar injusticia hacia la otra…* (debiendo recordarse que mientras) … *El juicio benévolo es unilateral… la nota esencial del Derecho y la justicia es la alteridad, la consideración de ambas partes…"*[125]; a partir de lo cual lo que parece justo y bueno para uno, puede ser injusto y agraviante para el otro.

iv- Los ciudadanos. Respecto de los ciudadanos ya dijimos que la fuga también resulta perjudicial y desconcertante porque les demuestra que no hay leyes que resulten confiables, pues todas pueden ser ignoradas por el libre arbitrio de los magistrados encargados de aplicarlas, quedando las más firmes libertades, a tiro de golpe de sentencia. Esto es paradójico porque habitualmente se dice que el aumento de la discrecionalidad judicial juega a favor del ciudadano, perdiéndose de vista que ello se hace a precio del abandono de las normas que protegen todas las libertades, quedando de tal modo los propios derechos a merced del arbitrio de los tribunales[126].

"La situación de un individuo inmerso en un orden de estas características es pavorosa: sufrirá de una impotencia...y estaría entregado incondi-

---

[124] Cfr. CIDH, caso 10.194, "Narciso Palacios c. Argentina", Informe 105/99, i. 29/09/99, cons. 48, 59, 60 y ss.

[125] Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José, "La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines", Madrid, 1950, p. 47, 50.

[126] Cfr. LAPORTA, "Imperio de la ley y constitucionalismo…" ob. cit.

cionalmente al decisor[127]". Diga lo que diga la ley, ningún derecho de nadie estaría seguro, pues la justicia del caso podrá evaporarlo. Como dice la doctrina *"Si no hay norma que no sea derrotable por un principio…no tenemos ni un solo derecho seguro…*(porque)*… puede…ser derrotado (puede ser derrotada la norma que lo recoge) por un principio… estamos enteramente a merced de los tribunales y en nada quedará definitivamente protegido ningún derecho nuestro, diga lo que diga la ley…No es sencillamente que nuestros derechos se hagan dúctiles, es que se licúan… se evaporan. Serán efectivos nuestros derechos mientras los jueces lo quieran y cuándo los jueces quieran, nada más"* [128].

Así se dijo *"El que todos… estemos al margen de la ley nos debilita como ciudadanos frente al poder público y nos hace sufrir actitudes arbitrarias o autoritarias de las autoridades…También la anomia en la que estamos incursos …provoca una desorganización y caos de la vida colectiva que, sin duda, debe tener efectos psicológicos profundos…*(fomentando)*…La imprevisión permanente sobre las reacciones de los demás, la falta de confianza general sobre la lealtad de los otros, la imposibilidad de encarar empresas colectivas por falta de garantías de cooperación, obviamente todo ello debe provocar diversas perturbaciones mentales"* [129].

v- La justicia. Finalmente hay que decir que la fuga facilitadora a los principios generales también perjudica el sentido primario de Justicia, inherente a la imparcialidad del trámite y a la observancia de las reglas prestablecidas, no existiendo mayor injusticia expuesta que la manipulación oficial de las normas aplicables, para acomodar el resultado del juicio según el arbitrio resolutivo, siendo que esta maniobra elusiva, lejos de permitir progresar hacia una justicia material o verdadera[130], estaría implicando el retroceso de una jurisdicción de derecho hacia una jurisdicción de equidad, con retorno histórico a una forma de justicia primitiva, de base irracional, subjetivista y metafísica, anterior incluso a la consolidación del Estado de Derecho.

---

127 Cfr. LAPORTA, "El imperio de la ley…", ob. cit., p. 111.

128 Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A. "Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios…", ob. cit.

129 Cfr. NINO, Carlos, "Un país al margen de la ley", Ariel, 2014, p. 128.

130 Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 93.

Dada la importancia de este último impacto de la fuga principiológica en relación a la idea de justicia, procedemos a tratarlo en lo que sigue, por separado.

7. El retroceso de la justicia de derecho a la justicia de equidad.

a- Como ya se fue desarrollando, el fenómeno de la fuga principiológica estaría alentando a los jueces a saltar las ataduras de los marcos normativos, a los fines de aumentar la discrecionalidad en la solución de los pleitos, de modo tal que puedan adoptar sus decisiones jurídicas según su sano arbitrio de justicia.

Evidentemente esta postura parece fomentar el traspaso de una jurisdicción "de derecho", basada en normas objetivas y predispuestas, hacia una jurisdicción "de equidad", basada en el sano saber y entender ocasional de los jueces.

Fuera de lo que parece, esta actitud anti-normativa no estaría siendo progresista, sino que implicaría el retroceso a una forma de justicia primitiva, de base subjetivista, que sería anterior a la consolidación misma del Estado de Derecho.

a- Al efecto, vale recordar que a lo largo de la historia la doctrina identificó la presencia de dos (2) modelos contrapuestos de justicia[131]: i- uno primitivo de equidad, de precaria organización social, en donde el derecho era creado por el arbitrio discrecional de los patriarcas o jefes de las tribus, y sus decisiones no estaban presididas por normas preexistentes, ni controles ulteriores, apareciendo las sentencias *"…como el resultado de una inspiración divina…"*[132]; ii- otro civilizado de legalidad, de mayor organización institucional, en donde el derecho es creado por órganos encargados de formular las leyes, debiendo el juez aceptar ese derecho, sin

[131] En realidad, según cierta doctrina, podrían llegar a distinguirse cuatro (4) modelos de justicia: i- la *justicia salvaje*, por mano propia; ii- la *justicia primitiva*, por inspiración del jefe de la tribu; iii- la *justicia humana*, por imperio de la ley; iv- la *justicia cósmica*, de inspiración divina (cfr. ARAGONESES, ob. cit., p. 3, 217). En el texto nos referimos a la justicia primitiva y a la legal, haciendo ver que el incremento de la discrecionalidad judicial, lejos de implicar un avance de la justicia legal a la justicia cósmica, implicaría un retroceso de la justicia legal a la justicia primitiva.

[132] Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José, "La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad", Madrid, 1953, p. 26, 27, 28, 32; CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de derecho procesal civil", El Foro, 1996, p. 117 y ss.

poder rehacer de nuevo por su cuenta el trabajo de valoración política ya realizado de una vez por los legisladores, siendo que *"…la justicia que administra el juez es, en este sistema de legalidad, justicia en sentido estricto, esto es, en el sentido más estrecho y menos opinable, de conformidad con el derecho constituido"*[133].

La doctrina ha destacado estos dos (2) modelos de justicia, señalando que traducen *"…dos contrapuestos sistemas de producción jurídica. El primero y primitivo es el que puede llamarse sistema de formulación judicial del Derecho. El otro es el que se puede llamar de formulación legislativa… Mientras en el primer sistema la norma jurídica ha de ser hallada directamente por el juez en el momento en que él mismo deba aplicarla a un concreto caso controvertido, en el segundo la norma jurídica se fija con caracteres de generalidad y permanencia, ordinariamente por un órgano diverso del encargado de aplicarla"*[134], pasándose en este segundo momento a una justicia de derecho, quedando sometido el juez al imperio de la ley objetiva[135].

Confirmando esta idea evolutiva, Weber también aludió a este avance histórico del paso de un tipo de derecho carismático o caudillista (irracional) a un tipo de derecho con fuente legal (racional), agregando que la actividad judicial de tipo irracional, que constituyó la forma primitiva de aplicación del derecho, se caracterizó por utilizar procedimientos no controlados racionalmente, del tipo "oracular", con apreciaciones valorativas de índole sentimental, no vinculadas a normas generales; en tanto que el derecho racional implicó sujeción a reglas jurídicas objetivas[136].

Aludiendo también al tema Calamandrei hizo referencia a estos dos (2) métodos de formulación del derecho: uno de equidad y otro de naturaleza legal.

En tal sentido: i- en relación a la llamada jurisdicción de equidad explicó: *"En… el método de la formulación del derecho para el caso singular, el juez, en el momento en que es llamado a hacer justicia… no encuentra ante sí una norma preconstituida… por el legislador. En este sistema, el juez, no pudiendo*

---

133 Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., p. 117 y ss.

134 CASTAN TOBEÑAS, José, "La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad", Madrid, 1953, p. 32

135 Cfr. CASTAN TOBEÑAS, ob. cit., p. 26, 27, 28, 32.

136 Cfr. análisis de Max WEBER en FUCITO, ob. cit., p. 205, 207.

buscar los criterios de su decisión en la ley que no existe, debe directamente sacarlos de su conciencia o, como se dice también, de su sentimiento de equidad natural…"[137]; ii- en relación a la jurisdicción de derecho dijo: *"En el sistema de la formulación legal… las fuerzas políticas de las que nace el derecho vienen a desembocar y a actuar sobre los órganos encargados de formular las leyes… el juez debe aceptar…*(este derecho)… *sin poder comenzar de nuevo por su cuenta el trabajo de valoración política que ha sido realizado ya, de una vez para siempre, de una vez por todas, por el legislador… "*[138].

Y reivindicando el imperio general de la ley el autor señaló *"Principio fundamental de nuestro ordenamiento, basado sobre el sistema constitucional de la legalidad, es el de que al pronunciar sobre la causa, el juez deba aplicar las normas del derecho… y, precisamente para el fin supremo de defender la legalidad, se halla instituida, en el vértice de la jerarquía judicial, la Corte Suprema de casación que, 'como órgano supremo de justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley…*(y)*…la unidad del derecho…"*[139], agregando *"Sólo en casos excepcionales… nuestro ordenamiento consiente a los jueces decidir según equidad… la regla fundamental es que el juez debe ser el servidor de la ley"*[140].

b- Ahora bien, interesa poner de relieve que ya en su época el procesalista italiano advertía sobre el retroceso que podría implicar la apertura de una mayor discrecionalidad de los jueces diciendo *"Las tendencias que hoy se observan en alguna legislación europea, a ampliar los poderes del juez, y a dar crédito…a las enseñanzas de la escuela del 'derecho libre'… no arraigan…*(en ordenamientos)…*donde el sistema de la legalidad…*(es)… *garantía de la unidad del Estado, de la certeza del derecho, del igual trato de los casos similares y de la libertad de los individuos dentro de los límites de la ley…* (considerándose esos valores)… *como una de las conquistas decisivas de la civilización, que marcan una etapa de la evolución humana…que no se puede abandonar sin retroceder hacia la barbarie"*; *"ni siquiera se concibe la idea de que, del sistema de la legalidad… se pueda, retro-*

[137] Cfr. CALAMANDREI, Piero, "Instituciones…", ob. cit., t. I, p. 117 y ss.
[138] Ídem, ob. cit., p. 118.
[139] Ídem, ob. cit., p. 120.
[140] Ídem, ob. cit., p. 121.

cediendo a través de los milenios, volver a la justicia patriarcal del caso singular"[141].

De modo que el aumento de los poderes discrecionales del juez en la resolución de los casos, lejos de estar implicando el avance hacia sistemas de justicia más elevados, puede estar implicando un retroceso hacia sistemas de justicia primitivos, marginales a todo control objetivo de normatividad imparcial.

Como lo sintetiza la doctrina, la corriente que pretende alejar al derecho del plano de la ciencia es *"…fruto de una observación unilateral y tendenciosa que exalta las ventajas de la interpretación libre, elástica, individual, olvidando sus peligros, esto es, la incertidumbre jurídica y la arbitrariedad"*; *"El derecho tiene, como exigencia eterna, la lucha contra el arbitrio…"*; *"…la certeza de la norma es la máxima garantía del individuo"*; *"…la norma cierta… realiza el cometido que le está encomendado y que sólo es suyo, mantener y salvar la sociedad, impidiéndole que vuelva a caer en el estado primitivo de absoluta indefinición y fluidez, cuya superación ha sido justamente el principal esfuerzo del mundo civilizado"; "Puesto que todas nuestras … liberta*(des)*… las obtenemos de las leyes, no nos apartemos de la leyes…"*[142].

Por lo demás, quienes pretenden instalar el decisionismo judicial con la idea de realizar la justicia, pierden de vista –como dice Rawls- que la forma más clara de cometer una injusticia consiste en que los jueces no se ajusten a las reglas prestablecidas, sometiendo a su libre arbitrio la solución de los litigios[143], alterando sorpresivamente las reglas por las que las partes se dejaron llevar al momento de litigar.

En suma, como concluye la doctrina, *"Los intentos antiformalistas parecen…* (querer)*… volver a sistemas irracionales (y también anárquicamente conflictivos) en su creencia aparente del reemplazo de una justicia formal… por una justicia que, más que verdadera, peca por imprevisible, y en esa medida, de irracional..."*[144].

De modo que –en contra de toda fuga principiológica- la regla general para fundar las decisiones debe seguir siendo la del apego crite-

---

[141] Ídem, ob. cit., p. 121/122.
[142] ARAGONESES, ob. cit., p. 229, 231 y 228 respectivamente.
[143] Cfr. RAWLS, John, "Teoría de la justicia", p. 66.
[144] Cfr. FUCITO, ob. cit., p. 80.

rioso de los jueces a las normas legales del ordenamiento jurídico, siendo descalificable las decisiones que resulten del puro voluntarismo subjetivo, ello así, sin perjuicio de que en "casos excepcionales" de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, o incluso en supuestos de intolerable injusticia, se pueda recurrir a la función integradora, complementaria y/o correctiva de los principios generales del derecho y/o de la equidad, para evitar soluciones disvaliosas que pequen de excesivo rigor formal (cfr. arts. 1, 2 y 3 CCCN) .

8. Propuesta de contención de la fuga.

a- Llegados a este punto queda claro que la fuga principiológica no se reduce a una simple práctica desarreglada en la confección de los fallos, sino que se vincula con cuestiones más profundas sobre la concepción general del derecho, y la relación entre los jueces, las leyes y la justicia, empalmando aquella práctica con la corriente del neoconstitucionalismo que estimula el uso primario de los principios, por sobre la legalidad, como forma correcta para la justa solución de todos los juicios.

La fuga nos ha enfrentado contra corrientes doctrinarias que la alientan como primera ratio en la decisión de los juicios, como forma de liberar a los jueces del encierro normativo, saltando lo legal, de modo tal que *"con ley, sin ley o contra ley"* puedan resolver los casos según su arbitrio, o según el sentido que le den a principios imprecisos, lo que termina siendo lo mismo, al no sujetar la solución del caso a parámetros objetivos que puedan servir de resguardo de contralor racional[145].

Hemos tratado de criticar estas posturas, mostrando los inconvenientes que provoca la fuga decisoria al fragmentar la idea del Derecho (como sistema), al pulverizar el imperio de la ley dejándola de lado, al instalar un activismo judicial desmedido, arbitrario y

[145] Hay que ver que ZAGREBELSKY, ni siquiera plantea la posibilidad de racionalizar el ejercicio del método de la ponderación de principios (como pretendiera ALEXY), alegando que esos esfuerzos serían desalentadores e implicarían un retroceso al formalismo jurídico (positivismo de principios), planteando que los principios son abiertos, y aluden a *"…una suerte de sentido común del derecho… de recíproca comprensión en todo discurso jurídico…* (y por ello)*…deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas…"* (ob. cit., p. 124, 125).

sospechoso, al fragmentar las soluciones de los pleitos en un casuismo errático, desigual e inagotable, al instalar la desconfianza en la seriedad de los comportamientos, al impedir la previsibilidad de las conductas humanas, al permitir la manipulación de las soluciones a libre albedrío, al provocar desconcierto para los ciudadanos y las partes que no sabrán a qué atenerse en ningún caso concreto; etc.

De esta forma explicamos que, lejos de resultar la fuga una mejora que eleve el sentido de lo jurídico hacia niveles más altos de justicia, haciendo avanzar hacia adelante la línea de progreso hacia un estado de mayor deliberación y civilidad, en realidad aquel despego normativo nos hace descender más bajo en la calidad reflexiva de las decisiones, y a retroceder hacia etapas de precaria organización social, de un mundo sin normas, en donde la suerte de los juicios se define subjetivamente, sin respeto de marco legal, siendo ello propicio para la imposición irracional.

Sólo quien sufre el conflicto, quien ejerce la profesión y "aboga" por la defensa de los derechos puede comprender las penurias que se generan frente a la incertidumbre generalizada en la vigencia estable de un ordenamiento, ante la imposibilidad de contar con reglas claras y previsibles de juego con las que brindar asesoramiento, tomar decisiones y adoptar comportamientos, frente a lo errático y fragmentario de un casuismo judicial inagotable, que esparce el sentido de lo jurídico en una multiplicidad de criterios, haciendo de todo tema un arcano, cuya averiguación obliga a realizar en cada asunto una "peregrinación judicial" para conocer qué piensa cada juez en el tema, entendiéndose allí –sin lugar a dudas- las ventajas que ofrece la certeza de una solución legal, como forma de poner una magnitud fija a las vacilaciones jurisprudenciales, y de calcular una respuesta para el ejercicio de nuestros derechos.

Es imposible la convivencia social ordenada, así como la solución racional de los pleitos, si no se cuenta con un marco normativo estable en base al cual poder ajustar comportamientos. Como se dijo desde antiguo, sería muy difícil discernir con justicia quien tiene la razón en los pleitos, si no se contara de antemano con un

marco de referencia -ordenado, previsible y predispuesto- que sirviera de guía para poder resolverlos[146], achicando discrecionalidades, preanunciando criterios de distribución en justicia, disciplinando objetivamente las decisiones judiciales en función de esos criterios, y permitiendo el contralor posterior entre lo normado y lo resuelto[147].

Como ya dijimos, la regla que sella la suerte de un caso concreto no puede aparecer (de la nada) al final del proceso, al momento de la sentencia, por inspiración (aun bienintencionada) del juzgador que decida crearla a ese momento, porque las partes debieron conocerla de antemano para saber a qué atenerse, sin emboscadas, ni sorpresas, no pudiendo condenarse a nadie por incumplir una obligación que no sabía que tenía; pues de lo contrario -amén de socavarse el imperio de la ley y la división de poderes- se violarían las garantías constitucionales vinculadas con la buena fe, la legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio[148].

b- Urge entonces poner un freno a la fuga principiológica para evitar la disipación de lo jurídico, para reivindicar la importancia de lo legal y para controlar un activismo judicial excesivamente discrecional y eventualmente desmedido.

Creemos que la fuga de referencia se contiene recuperando la importancia del *"apego 'criterioso' a lo normativo"*, reinstalando la idea de que los jueces deben como primera ratio respetar la solución normativa que viene anticipada en el marco legal: i- porque ello es lo que juraron hacer; ii- porque es lo que les viene exigido por la propia constitución nacional; iii- porque ello es lo que garantiza la mayor imparcialidad en su desempeño; iv- porque es lo que exige el sistema democrático de gobierno en deferencia a la voluntad de las mayorías; v- porque ello es lo que confiere objetividad y racionalidad a la decisión permitiendo su controlabilidad; vi- porque ese marco normativo es el que tuvieron en miras las partes al momento de litigar, no siendo justa su alteración sorpresiva durante

146 Cfr. ARISTOTELES, "Ética Eudemia", Losada, 2005, p. 155.
147 Cfr. SAFI, "Límites…", ob. cit.
148 Ídem, ob. cit.

la marcha del proceso; vii- porque su violación revela una manipulación del juicio, generando mayor litigiosidad; etc.

Estas pautas debieran ser especialmente respetadas en los casos sencillos, típicamente repetitivos, que encuentran una solución tarifada en las normas del ordenamiento, cuya respuesta no debiera merecer mayor devaneo argumental.

Ahora bien, aludimos a lo "criterioso" del apego normativo, porque parece evidente que la solución de un conflicto no debiera implicar un mero automatismo ni un seguimiento ciego al texto legal, siendo admisible una "controlada reflexividad".

La falta de esta actitud criteriosa respecto del seguimiento normativo, que pretendiera imponer el texto ciego de la ley con indolencia sobre cualquier situación excepcional, lejos de servir para ahuyentar la fuga terminaría alentándola, porque llevaría la situación a un extremo de presión tal que desataría la reacción pendular.

En consecuencia, y tal como lo fuimos señalando a lo largo del trabajo, consideramos que el seguimiento normativo debe ser puntilloso, pero también respetuoso de la posibilidad de tener que considerar alguna situación excepcional, que se presente ante casos difíciles que escapan a lo reglado, ora por ser atípicos y no encontrar previsión legal, ora por ser ariscos y no dejarse encuadrar por las normas existentes, ora por ser dramáticos y revelar la intolerable injusticia de la previsión legal.

Esta clasificación tripartita de los supuestos excepcionales que merecen un tratamiento especial, coincide con el ámbito de aplicación que suele preservarse para los principios generales en auxilio de la legislación positiva y la decisión judicial, pudiendo éstos ser utilizados para cubrir un vacío legal (*praeter legem*), para desempatar una interpretación dudosa (*secundum legem*) o para corregir la intolerable injusticia de la solución legal (*contra legem*), con la finalidad de adoptar una solución equitativa, evitando el excesivo formalismo ritual que pudiera aparejar la solución legal.

Creemos que la clasificación señalada pone un primer coto formal a la práctica de la fuga, evitando la evasiva inicial de la nor-

mativa, siendo de utilidad como límite teniendo en cuenta que algunos vivenciarían el planteo como ius-positivista[149].

De alguna manera esta primer precisión funcionaría como barrera de contención (aun imprecisa) de modo similar a la ya referida fórmula Radbruch, en virtud de la cual, ante el conflicto entre la seguridad jurídica y el sentimiento de justicia debe prevalecer el derecho positivo asegurado por la ley, debiendo el juez inclinar su decisión por la solución legislativa, incluso cuando su contenido le parezca injusto o inadecuado respecto de las circunstancias del caso, *"…a no ser que la contradicción entre la ley y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida"*[150].

c- Ahora bien, siendo que la fórmula alude a la "intolerable injusticia", y para que a través de este estándar no se abra la posibilidad de una "segunda fuga", lo que correspondería precisar metodológicamente, reflexivamente, con parámetros controlables y no subjetivizados, es: ¿cuándo se da la situación de gravedad referida?

Así se dijo: *"El problema…no consiste en efectuar proclamas vacías sobre la justicia sino en idear algún tipo de método -o por lo menos, algún elemento de control- que permita discutir racionalmente acerca de las cuestiones de justicia"* [151].

Este es el desafío de un desfiladero delicado, que supone obrar con sumo cuidado en la definición de estos temas porque, de abrirse demasiado la válvula podría caerse en la fuga, de cerrársela demasiado podría caerse en positivismo ciego.

Una primera opción, de apertura mínima y controlada, sería considerar exclusivamente como de intolerable injusticia las situaciones de notorio enfrentamiento semántico entre la letra de la ley y el texto expreso de la constitución. Siendo que los derechos humanos ya están positivizados en dichas cartas, no habría necesidad

---

[149] Ver posición de ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 117.

[150] Cfr. RADBRUCH, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962; ALEXY, Robert, "Una defensa de la fórmula Radbruch", Traducción J. A. Seoane; ver voto Dr. Lorenzetti en CSJN, Fallos 340:258; Dr. Zaffaroni, en CSJN, Fallos 328:2056.

[151] Cfr. ATIENZA, Manuel, "Las razones del derecho", citado por GRAJALES y NEGRI, ob. cit., p. 118.

de realizar ningun otro procedimiento metodológico para analizar la situación[152].

Una segunda opción, de apertura un tanto mayor, sería considerar que además de esa situación existiría la posibilidad de plantear un mínimo contacto entre el derecho y la moral, a partir de un mínimo de objetivismo moral (controlable), en virtud del cual pudiera abrirse un espacio para la discusión racional sobre los valores, sin ingresar a un discurso puramente irracional, persuasivo o meramente retórico[153].

Evidentemente hay algunos parámetros formales que pueden servir de ayuda para seguir esquematizando estos temas. Entre ellos: i- los que dicen que frente a la presencia de derechos humanos debe tenerse cuidado especial por las soluciones que se adopten; ii- los que surgen de la descalificación de fallos que hacen un seguimiento ciego de los textos de la ley, sin la más mínima consideración a las finalidades del legislador, las particularidades del caso concreto y las consecuencias de la decisión; iii- los que se aplican con ayuda de la doctrina del abuso del derecho y del excesivo ritual manifiesto, que proscriben la posibilidad de hacer un uso formalista de las leyes, contrariando el sentido más primario de las finalidades establecidas.

En cualquiera de los casos, el avance sobre estos temas debiera siempre guardar el reaseguro de objetividad (verificación intersubjetiva) que se exige en todo debate racional para no caer en singularismos que respondan al gusto personal.

d- A estas alturas, el punto en común que parece desprenderse de los esfuerzos de referencia, es la intención de erradicar la fuga principiológica como forma facilitadora de encarar la solución de todos los pleitos, siendo que en cualquiera de las hipótesis señaladas se impone siempre el paso previo de los jueces por sobre el nivel primario de las leyes, ora para seguirlas por regla, ora para explicar porqué se justifica un tratamiento excepcional a su respecto, detallando -con razonamiento serio, intersubjetivamente verificable y concreto- cuál es la situación de laguna, ambigüedad o into-

[152] Podrían ser éstas las posiciones de FERRAJOLI, ob. cit., y GARCÍA AMADO, ob. cit.
[153] Cfr. ATIENZA, Manuel, ob. cit., p. 137 y ss.

lerable injusticia acreditada en el caso para justificar una solución de equidad.

9. Conclusiones

Llegados a esta altura podemos concluir que la fuga facilitadora hacia los principios generales del ordenamiento resulta una técnica descalificable desde varios puntos de vista, provocando un desarreglo del orden de seguimiento normativo, que no sólo impacta en el caso en el que se comete, sino que afecta la credibilidad del respeto a las leyes y el prestigio en la prestación del Servicio de Justicia.

Hay que retornar la idea del apego "criterioso" a lo normativo, recordando que aún en la actualidad los jueces deben resolver los casos aplicando la "solución legal" anticipada en las normas del ordenamiento, en cuya vigencia no sólo va en juego la seguridad jurídica, sino también el sentimiento de justicia, y hasta el verdadero progreso social, salvedad hecha de que existan lagunas, ambigüedades y/o de que la solución provoque una "intolerable injusticia", en especial frente a derechos sensibles de protección privilegiada, en cuyo caso se justifique una "solución de equidad" para evitar un exceso de rigor formal manifiesto (Fórmula Radbruch).

En consecuencia, "la regla" general para fundar las decisiones debiera seguir siendo la del respeto reflexivo de los jueces a las normas legales del ordenamiento jurídico, siendo descalificable las decisiones que resulten del puro voluntarismo subjetivo, ello así, sin perjuicio de que en "caso excepcionales" de silencio u oscuridad de leyes, o incluso en supuestos de intolerable injusticia, especialmente vinculados a derechos sensibles de personas vulnerables, se pueda recurrir a la función integradora, complementaria y/o correctiva de los principios generales y a la equidad, para evitar una solución de excesivo rigor formalista (cfr. arts. 1, 2 y 3 CCCN).

En definitiva, se trata de comprender que es tan injusta la decisión formalista que realiza un "seguimiento ciego" de las leyes positivas con exceso de rigor formal, sin atender la iniquidad manifiesta que con ello se comete, como la decisión voluntarista que

incurre en un "apartamiento inequívoco" de la solución normativa. De lo dicho surge claro que hay un descontento social con la prestación del servicio de justicia que se vincula con la actitud de desapego a las reglas claras de juego.

Por lo demás, no debiera suponerse que es progresista la actitud del menosprecio por lo normativo y/o pensarse ingenuamente que todos los problemas sociales pueden arreglarse "a golpe de sentencias" [154], porque tal actitud puede llegar a agravar las cosas y a traer efectos contraproducentes, al romper las condiciones generales que son necesarias para un desarrollo social sustentable, generando externalidades negativas que habitualmente terminan perjudicando a los más débiles.

[154] Ver LAPORTA, ob. cit., p. 14; cfr. SCBA, Ac. 98.266, "L.R.H.", s. 12/07/06.

3. REGLAS Y DISCRIMINACIÓN. A PROPÓSITO DEL CASO DE CASTER SEMENYA

Ricardo Garzón Cárdenas[1]

SUMARIO: 1. EL CASO. 1.1. El inicio de los cuestionamientos. 1.2. La nueva reglamentación. 1.3. La impugnación de la normativa. 2. LAS PREGUNTAS QUE SURGEN. 2.1. ¿Son diferentes hombres y mujeres? 2.2. ¿Se pueden o deben regular las ventajas naturales? 2.3. ¿Hay discriminaciones legítimas? 3. BIBLIOGRAFÍA

1. EL CASO[2]

Caster Semenya es una atleta de élite sudafricana con impresionantes logros deportivos: doble campeona olímpica (2012, 2016) y tetracampeona mundial (2009, 2011, 2017, 2019), con su prueba reina de los 800 metros lisos. También son impresionantes sus niveles de testosterona, que inciden, naturalmente, tanto en su desempeño como en su apariencia física. Resultado de lo uno y de lo otro, Semenya ha alcanzado una gran relevancia pública, pues su caso sería el epítome de una discusión con múltiples ramificaciones respecto a las diferencias entre hombres y mujeres, la intersexualidad y el transgenerismo. Una muestra de lo anterior es la entrada, escrita por el ex atleta olímpico Edwin Moses, para la revista *Time*, que la escogió como una de las 100 personas más influyentes del 2019: "Caster Semenya nos ha enseñado que el sexo no siempre es binario, y nos hace cuestionar la justicia de la distribución de beneficios sociales de acuerdo a la clasificación "masculino" y "femenino".

[1] Investigador Universidad de León, candidato a Doctor por la Universidad de Buenos Aires.

[2] Como la fuente principal de este trabajo lo constituyen notas de prensa, crónicas y entrevistas, y muchas de ellas se traslapan, no utilizaré referencias en notas a pie de página, mas todo el material se verá reflejado en la bibliografía.

1.1. El inicio de los cuestionamientos

La historia de Semenya tiene dos momentos importantes. El primero es el Mundial de Atletismo de Berlín en 2009, cuando en la prueba de 800 metros lisos consiguió la medalla de oro en 1 minuto, 55 segundos y 45 centésimas. A los 18 años esto era una notable hazaña deportiva, pues le sacó de ventaja algo más de dos segundos a sus contendoras, en un deporte en el cual de ordinario se logran las victorias por centésimas de segundo. Fruto del tiempo obtenido y su apariencia física, una atleta italiana, Elisa Cusma, afirmó "esta gente no debería correr con nosotras. Para mí, ella no es una mujer. Ella es un hombre". En el mismo sentido se refirió la rusa Mariya Savinova, otra derrotada en dicha carrera, con un lacónico "Sólo mírala". Las críticas llevaron a la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo IAAF (por sus siglas en inglés) a ordenar pruebas de verificación de sexo. Estas pruebas nunca se conocieron de manera oficial, pero, según el periódico *The Daily Telegraph*, el dictamen arrojaba que ella "presentaba una anomalía cromosómica, no tenía útero ni ovarios y tenía testículos internos". En el 2010 la IAAF aceptó que Semenya podía competir como mujer, se entiende que esta conclusión se dio tras recibir dicho dictamen médico.

En estos últimos diez años, Semenya ha estado en el centro de un huracán mediático. Quienes critican su participación en eventos deportivos consideran que tiene una ventaja injusta respecto al resto de mujeres contra las que compite; para sus defensores, las polémicas sobre la participación de Semenya traslucen prejuicios y discriminaciones, sea por ser negra, africana, lesbiana o no caber en el estándar de lo que se considera culturalmente como una mujer. En Sudáfrica es, sin duda, un asunto político. El ministro de deporte de dicho país, Makhenski Stofile afirmó que se podría dar una tercera guerra mundial si le quitaban las medallas a Semenya, Winnie Madikizela-Mandela (en calidad de parlamentaria) afirmó en un periódico británico que "no hay nada malo con ser hermafrodita. Es una creación de Dios. Ella es una hija de Dios". Por último, es representativa la afirmación de Leonard Chuene, ex presidente de

Athletics South Africa, miembro igualmente de la dirección de la IAAF, quien, en una entrevista, en el marco del campeonato mundial de Berlín, afirmó: "no vamos a permitir que los europeos definan o describan a nuestros niños".

1.2. La nueva reglamentación

El segundo momento importante en esta historia es el 26 de abril de 2018, cuando la IAAF cambió los criterios sobre la elegibilidad para la competición de las atletas mujeres con niveles altos de testosterona. En particular, se trata de la prohibición de participación en la categoría de mujeres, en las carreras de 400, 800, 1500 metros, una milla y carreras de vallas a aquellas mujeres con niveles de testosterona por encima de lo normal, esto es 5 nmol/L (nanomoles por cada litro de sangre). Como consecuencia de esta regulación, las mujeres con Desarrollo Sexual Diferente DSD deben reducir sus niveles de testosterona, si quieren competir en estas categorías. Estos niveles se deben mantener en los seis meses previos a la competición. La normativa entraría en vigor el 8 de mayo de 2019.

La justificación general de la nueva regulación es mantener la competitividad de las mujeres con niveles de testosterona normales. Los hombres sanos oscilan sus niveles de testosterona entre 7,7 y 29,4 nmol/L, mientras que las mujeres sanas tienen esos niveles entre 0 y 1,7 nmol/L. La testosterona incide en la formación de masa muscular y aprovechamiento del oxígeno, por lo que se considera que ella constituye una ventaja de los hombres sobre las mujeres y, como consecuencia, justifica la diferenciación de las categorías, desde el punto de vista deportivo. Si no se distinguieran, las mujeres nunca se acercarían a un podio. El hiperandrogenismo de una atleta en competencias femeninas se limita así a determinada cantidad de testosterona. El equipo médico de la IAAF ha mencionado que algunas atletas (intuimos de quién habla) tienen niveles de más del 20 o 25 nmol/L, es decir, que están en el rango masculino.

La argumentación sobre la racionalidad de esta reglamentación se ve contaminada por un problema contextual: que parece

hecha a la medida de Semenya, pues la regulación afecta las pruebas deportivas en las que ella se ha destacado. Cuando esta fue expedida, la sudafricana ya contaba con tres oros olímpicos, una campaña perfecta en los mundiales de atletismo y una polémica bastante notable con la IAAF. Para Semenya se trata de una persecución; mientras que la IAAF ha hecho dos declaraciones que no ayudan a disipar la idea de que todo se trata de Semenya. En primera medida, afirmó que Semenya podía participar bien en carreras de velocidad y, sobre todo, en pruebas más largas como 5000 y 10000 metros, recordando que para su equipo médico (el que utilizó para establecer la nueva regulación) en este tipo de pruebas no se puede afirmar que la testosterona elevada sea una gran ventaja. Y, en segundo lugar, Stéphane Bermon, jefe del departamento de salud y ciencia de la IAAF, afirmó que tenía la "sensación" de que algún día, probablemente en cinco o diez años, se crearía una tercera categoría para intersexuales, pero también tiene la sensación que el público aún no está listo para esto, deben darse cambios en la opinión pública. Semenya ha reforzado la idea de la persecución, alegando que la IAAF ha querido experimentar con su cuerpo, como si ella fuera un conejillo de indias. Que, de manera irresponsable, a dicha organización no le ha importado el daño que puede causar a su salud la imposición de tomar una medicación hormonal.

1.3. La impugnación de la normativa

Semenya apeló la regulación de la IAAF ante el Tribunal Arbitral del Deporte, TAS (por sus siglas en francés: *Tribunal Arbitral du Sport*), con sede en Lausana (Suiza). Este retrasó la decisión en varias oportunidades, por la complejidad de las pruebas de carácter científico que presentaron las partes y reconoció que era una decisión difícil de tomar. Además, había dicho que era consciente de que "este caso puede ser considerado como uno de los más cruciales que el TAS haya conocido". Su decisión, en uno u otro sentido, equivalía a definir el futuro del deporte femenino, pues el atletismo es solo el primero de los deportes en los que se abordan estas limitaciones.

Finalmente, el 1 de mayo de 2019, el TAS no le dio la razón a Semenya. Afirmó dicho tribunal que "la regulación de DSD es discriminatoria, pero, con base en la evidencia presentada por las partes, esta discriminación es necesaria, razonable y proporcional para alcanzar el objetivo de asegurar la justa competición de las mujeres en ciertos eventos". Como la reglamentación en cuestión entraría en vigor a partir del 8 de mayo, Semenya llegó a la competición de la Liga de Diamante en Doha (Qatar) y batió su propio record el 3 de mayo. Desde allí dijo: "No sé qué va a venir ahora… ¿Tomar medicamentos? ¡Ni hablar!... Se trata de inspirar al mundo… Es más que un deporte. Se trata de la dignidad humana, del orgullo humano".

Semenya recurrió la decisión del TAS ante el Tribunal Federal Suizo. Dorothee Schramm, miembro del grupo jurídico de la atleta, afirmó que "la normativa de la IAAF viola los principios más fundamentales de la política pública suiza. En defensa de la justicia, los derechos humanos deben imponerse sobre los intereses deportivos". La competencia de este tribunal se activa en virtud de la Ley Federal Suiza del Derecho Internacional Privado (art. 190, 2.e), que establece los supuestos en que se puede recurrir un laudo del TAS, entre ellos la defensa del orden público suizo. Se entiende que este se ha trasgredido cuando quiera que se violen los derechos humanos.

El 31 de mayo de 2019, el Tribunal Federal Suizo emitió una orden "súper provisional" que suspendió los efectos del fallo del TAS y, como consecuencia, la regulación en cuestión. Esto último, para evitar perjudicar a Semenya, lo que, para muchos, especialmente para su equipo jurídico, indicaba una orientación inicial a darle la razón. No obstante, tras escuchar a la IAAF, esa decisión fue revocada, mediante una orden interlocutoria de 29 de julio. Allí dicho órgano hizo un énfasis en que su competencia sobre cuestiones deportivas se ejerce en virtud de la preservación del orden público suizo; se trata del Supremo Tribunal Federal de Suiza, no de la "Suprema Corte para Deportes", por ello, no pueden examinar la materia deportiva de manera libre.

El día que escribo estas líneas (11 de enero de 2020) no hay fallo definitivo sobre la cuestión, mas pareciera que, tras la orden interlocutoria anterior, si nada cambia, no se le dará la razón a Semenya. Pues las razones que adujo para revocar su medida inicial serían las mismas para el fallo definitivo: "que no está acreditada una violación al orden público o la dignidad humana de Semenya". Es importante marcar que, en caso de que este Tribunal no le dé la razón, ella podrá llevar el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras se decide el asunto, Semenya ha hecho público que se dedicará al fútbol.

2. LAS PREGUNTAS QUE SURGEN

Sin ánimo de exhaustividad, creo que en este caso se plantean tres grandes interrogantes. El primero, y más evidente, es si existen diferencias reales entre hombres y mujeres, que justifiquen la separación de categorías. El segundo es si existe justificación plausible a la regulación de las ventajas naturales endógenas, como lo es el nivel de testosterona en Semenya. El tercero es si pueden existir discriminaciones por motivos legítimos, o si ello es imposible. Los dos primeros quedan en el plano quizás de los vínculos entre la biología y los problemas morales; mientras que el último alude a una cuestión analítica con implicaciones normativas. Veámoslos sucintamente.

2.1. ¿Son diferentes hombres y mujeres?

Ante cualquier pregunta sobre diferencias entre entidades, siempre tenemos que acudir a un punto de comparación, una propiedad común entre las entidades que las haga iguales o diferentes. Por ello, la pregunta de la diferencia entre hombres y mujeres se tiene que responder con un depende: desde ciertos puntos de vista somos iguales y desde otros somos diferentes. La pregunta en este caso no se hace en el vacío, se orienta hacia una cuestión práctica, de justificación. ¿Hay diferencias entre los hombres y las mujeres que justifiquen la separación de ellos en categorías deportivas distintas?

Las diferencias biológicas entre hombres y mujeres son realmente evidentes, basta acudir a la observación de la fisonomía. No obstante, ¿la mera diferencia fisonómica es relevante para la separación de categorías? De la misma manera que hay deportes sobre los cuales tenemos dudas de la razón por la que son considerados efectivamente deportes, como el ajedrez (pues la actividad es mental), la equitación (donde buena parte del deporte lo ejecuta el caballo) o el automovilismo (donde es la máquina quien hace el trabajo duro), nos preguntamos si en la deportividad pueden sugerir diferencias "justificables" entre hombres y mujeres.

Si le preguntamos a un entrenador de los deportes convencionales como ciclismo, atletismo, levantamiento de pesas, natación, etc., nos dirá que sí hay evidentes diferencias. Lo que para el ojo inexperto es una diferencia fenotípica, para el ojo técnico es una diferencia de desempeño. Es obvio que esta comparación es válida cuando se realiza entre deportistas de élite, es decir, que se dedican profesionalmente a la competición, no entre personas apenas o nada entrenadas. Entonces, si comparamos los resultados en tiempo de deportes de velocidad o resistencia, podemos ver que para la misma prueba los hombres tienen en promedio entre 10 y 12 por ciento de mayor desempeño que las mujeres. Esta observación ha sido verificada en estudios sistemáticos, como el que hicieran de manera conjunta Coleman y Shreve.

No falta quien, desde una perspectiva feminista, considere que las diferencias de desempeño se deben a los procesos diversos de socialización de niñas y niños o a los privilegios que detentan los hombres en todos los ámbitos, incluido el deportivo. Algo de verdad hay en la tesis de la existencia de procesos diferenciados de socialización, pero considero que esto aquí no opera. Sin duda, en nuestra cultura los hombres históricamente hemos detentado un sinnúmero de ventajas, producto de la exclusión a la mujer, pero esto no explica una ventaja física, que es relativa a la existencia de un estado de cosas en el mundo, no a nuestras valoraciones. A lo que he dicho, se me podría contestar de vuelta que la ventaja física es evidentemente un asunto observacional, pero la discriminación

estructural hacia las mujeres es lo que lleva a que no se patrocine su entrenamiento con el mismo entusiasmo que se hace con los hombres.

A pesar de la apariencia consistente de este argumento, este no tiene sentido tratándose de deportistas de élite. Los deportistas olímpicos de hoy, sin excepciones a la vista, han sido criados para competir. Podrán haber sido socializados en prácticas fuerte, modera o débilmente machistas, pero su principal socialización ha sido en la preparación y la competencia. Casi siempre las características físicas de quien puede ser campeón olímpico en alguna disciplina se conocen en los primeros años de crianza (cuando no son hijos de atletas de élite, que eso hace más prematuro aún el reconocimiento de sus capacidades físicas). En últimas, los campeones (se entiende que en este plural se incluye a las campeonas) explotarán mediante el entrenamiento sus dotes naturales, observables por cualquiera y explicados por la biología.

Si bien se puede discutir extensamente sobre el valor exacto de la diferencia de fuerza entre hombres y mujeres, no admite mayor discusión que esta diferencia existe como regla general y que la hipótesis científica más segura para explicar esta disparidad de fuerza es la desigualdad en los niveles de testosterona. Un hombre promedio puede tener de siete a treinta veces más testosterona que una mujer promedio, y esta hormona no solo es la que desarrolla los órganos sexuales, sino, que es responsable de la creación de masa muscular y el aprovechamiento del oxígeno que llega a dicha musculación. En conclusión, hay diferencias en la fuerza (que se puede traducir en potencia, velocidad o resistencia), producto de pertenecer a un sexo u otro. Tiene, entonces, total sentido diferenciar entre categorías sexuales, allí donde la fuerza importe. Lo anterior, dejaría sin justificación, al menos desde esta perspectiva, la diferenciación sexual en deportes como el ajedrez o el automovilismo.

2.2. ¿Se pueden o deben regular las ventajas naturales?

La discusión sobre la testosterona, como ventaja, tiene dos intuiciones contrapuestas, igual de potentes. Según la primera intuición, la ventaja que da la testosterona no es la única que de manera endógena es legítima y de manera exógena es ilegal. Por lo tanto, un don natural no se puede censurar en términos competitivos. El deporte excluye trampas, no personas.

Para seguir en el plano de las hormonas, podemos ver el ejemplo de la eritropoyetina, conocida como EPO, que es la responsable de mantener la concentración de los glóbulos rojos en sangre o hematocrito. Al igual que en la testosterona, hay rangos normales (42 a 45 por ciento de la sangre la componen glóbulos rojos) y otros anormales; también los anormalmente altos son ventajas competitivas, pues a mayor hematocrito (conteo de glóbulos rojos), potencialmente mayor cantidad de hemoglobina y, por lo tanto, mayor disponibilidad de oxígeno para que los músculos funcionen mejor. Cuando la producción no es endógena, al igual que con la testosterona, se considera deportivamente como una conducta ilegal de dopaje. En el mundo del ciclismo, el deporte arquetípico de resistencia, son famosos los ciclistas colombianos por sus altos niveles naturales de hematocrito, esto tanto por su crianza en zonas altas, donde el menor oxígeno promueve un aumento natural y sostenido del hematocrito, como factores genéticos de las mejoras adaptativas a dicho ambiente por parte de sus ascendientes. ¿Qué diferencia hay entre la ventaja natural de estos ciclistas y la mayor testosterona de alguien como Semenya?

Es posible argumentar con Semenya que una ventaja natural no se puede censurar, pues eso nos conduciría a una pendiente resbaladiza y finalmente al absurdo. Ahora la testosterona de las mujeres, luego la de los hombres, la talla en el baloncesto, la envergadura de los brazos en la natación, etc. Se podría desnaturalizar a todos los deportes, en los cuales se ha considerado que lo único legal son los talentos con los que se llega al mundo y el entrenamiento con el que se han potenciado esos talentos naturales. Excluir a los mejores, porque tengan alguna capacidad extraordinaria respecto a la

media de los seres humanos, condenaría todos los deportes a la mediocridad.

La segunda intuición, que no objeta la naturalidad de la ventaja, sí cuestiona la justicia de tenerla en términos competitivos. A diferencia de la concentración de glóbulos rojos en sangre, la testosterona divide hombres de mujeres. Se trata de una especie de raciocinio analógico: si se diferencia entre hombres y mujeres, por encontrarse ellos en extremos del espectro de niveles de testosterona, una mujer con niveles masculinos de dicha hormona plantea la necesidad de exclusión en la categoría de mujeres. Para decirlo de manera más simple: es una mujer que tiene la ventaja de un hombre, por lo tanto, tiene una ventaja injusta.

Para estos efectos, no importan las preferencias con las que cada quien se identifique, si como hombre o como mujer. Cuando existe una distinción entre el reparto de oportunidades conforme al sexo, en este caso mediante el criterio del nivel de la testosterona, un deporte sí puede (y debe) definir qué características son relevantes para la competición, según sus categorías. En el caso de Semenya, para los críticos, esta intuición se reforzó en los juegos olímpicos de Rio 2016, donde el podio de los 800 metros lisos fue obtenido, además de Semenya, por otras dos mujeres con hiperandrogenismo: la burundesa Francine Niyonsaba y la keniata Margaret Wambui. De esta manera, el argumento de la diferencia entre hombres y mujeres para efectos deportivos se hace extensivo hacia mujeres intersexuales, que tienen los niveles de testosterona en el rango masculino.

Las dos intuiciones anteriores tienen, cada una, una ramificación respecto a la solución farmacológica de la reducción de la testosterona. Para los que consideran que es una ventaja natural legítima, obligar a la reducción médica de esta es un *dopaje inverso*, es castigar la ventaja natural. Además, se ve como inmoral medicar a alguien sano, por los efectos adversos que pueda tener dicha medicación en su salud.

Para la contraparte, la reducción de la testosterona no es una condición que fatalmente excluya a alguien del deporte, solo le im-

pone unas condiciones de competición, como lo podría ser el peso corporal en otros deportes. También se suele mostrar de ejemplo la reglamentación para la competición femenina de mujeres trans. Alguien que nace hombre y se convierte en mujer, mediante procedimientos farmacológicos y quirúrgicos, puede competir en la liga femenina, bajo la condición de disminuir su nivel de testosterona.

2.3. ¿Hay discriminaciones legítimas?

Es usual que en el mundo jurídico se distinga entre diferenciar y discriminar. La idea es separar las distinciones que son legítimas de las que no lo son. Es claro que cualquier regulación hace distinciones para establecer sus destinatarios, como la diferencia entre nacional y extranjero, trabajador y empleador, arrendador y arrendatario, etc. Por ello, es un imposible lógico la regulación sin diferenciación. Por otro lado, se asume que la discriminación es una distinción ilegítima, basada en prejuicios o en el intento de dañar a una persona o a un grupo.

La distinción terminológica anterior es clara, pero está lejos de ser clara la implicación conceptual de lo uno y de lo otro. El problema radica, básicamente, en cuál precede a la otra, esto es, si: *a)* una distinción es ilegítima, *porque es discriminatoria* o *b)* es discriminatoria, *porque es ilegítima*. Parece un mero juego de palabras, pero según nos ubiquemos en una esquina u otra, las implicaciones jurídicas y morales son radicalmente distintas. Para los partidarios del primer enfoque, lo que se constata al inicio es la existencia de la discriminación; si estamos ante una discriminación, la conclusión necesaria es que se trata de una distinción ilegítima (moral o jurídicamente). Para los partidarios del segundo, es imposible afirmar la existencia de una discriminación sin un marco normativo (moral o jurídico) de referencia.

En el plano jurídico, las implicaciones conceptuales son opuestas. Usando el término acuñado por García Amado, la primera sería una formulación "iusmoralista"; mientras que la segunda sería una formulación iuspositivista. En la versión iusmoralista de la discriminación, la carga argumental reside en la comprobación de la

existencia de una discriminación; si se llegare a la conclusión de que esta existe, se debe entender, necesariamente, que está prohibida por el derecho. En la versión positivista, no hay algo así como un "concepto de discriminación", por lo que no tiene un sentido independiente de las normas que se deban aplicar al caso. En la última visión, no se podría hablar de discriminación (en el plano jurídico) si no es por el trato arbitrario realizado a determinados sujetos, mediante la aplicación antijurídica de normas que establecen desventajas a sujetos protegidos en su expectativa por parte del derecho.

La anterior, es una cuestión analítica, no sustancial. Es decir, son alternativas para entender la cuestión problemática que sea de resolver, mas no establece cuál es la decisión que se debe tomar. En el caso de Semenya, le podríamos dar la razón por ambas vías. Podríamos decir que, conforme a nuestro entendimiento jurídico-moral, el trato que ella recibe es discriminatorio y por ello es antijurídico; también podríamos decir que lo que constituye la discriminación es que el trato que se le ha dado es contrario a los tratados internacionales sobre derechos humanos que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad sexual, la elección de profesión u oficio, etc. En el primer caso, la razón de la discriminación es opaca; mientras que, en el segundo, se hace patente lo que torna dicho trato en discriminatorio.

De la misma manera, y en sentido contrario, si quisiéramos no darle la razón, podríamos decir que: *a)* el trato no es discriminatorio y por ello no se puede acusar de antijurídico el tratamiento que se le da: no se discrimina a las mujeres cuando se le compara con los hombres, cuando se trata de fuerza física. Se trata de una ventaja (o privilegio, como se suele decir en el argot feminista) natural que motiva un tratamiento distinto. A esto se podría agregar que, en virtud del principio de igualdad, los iguales deben ser tratados como iguales, pero hombres y mujeres no son iguales. Semenya tampoco es igual al resto de mujeres, entonces no puede alegar ser discriminada.

Desde la otra óptica *b)*, se podría decir que si una normativa establece requisitos generales para la competición, que especialmente perjudiquen a determinada persona, ello no necesariamente equivale a un acto de discriminación. El órgano regulador (IAAF) puede considerar conveniente introducir nuevas condiciones para la realización del deporte en determinadas pruebas. En principio, se deben tener dichas regulaciones por legítimas, en la medida que fueron expedidas por el legislador legítimo de dicho deporte. La juridicidad de esta normativa, pese a la potestad del legislador, se pondría en duda si esta fuera violatoria de los derechos humanos. Y aquí es donde aparece la relevancia de la justificación de la normativa, pues permite poner de presente si esta se expide con el ánimo de ofender a alguien en particular. La motivación de esa conveniencia es públicamente conocida: evitar que los podios solo sean ocupados por atletas intersexuales, con la exclusión de las mujeres que no sufren de hiperandrogenismo. Si juntamos la legitimidad del legislador, la ausencia de normas de orden público contrarias a la normativa y una justificación razonable de esta, no queda mucho espacio para sostener que se discrimina a Semenya, cuando una norma general frustra sus expectativas de competición.

En mi opinión, es analíticamente más consistente la opción iuspositivista. Con los ejemplos y contraejemplos, se puede ver que desde el punto de vista argumental es más claro y racional expresar que la discriminación es el resultado de un juicio normativo y no un supuesto de dicho juicio normativo. No obstante, si bien la opción *a*) tiene sus problemas de opacidad basada en la afirmación (muchas veces no sustentada) de la ocurrencia de una discriminación, hay una tercera vía *c*) que consiste en reconocer la discriminación de alguien, pero justificar dicha discriminación por una razón importante. En esta, la discriminación ya no es opaca como en *a*), sino absolutamente confusa. Esta fue la que eligió el TAS para considerar que era legítima la nueva reglamentación de la IAAF: que sí discrimina a Semenya, pero dicha discriminación es necesaria, razonable y proporcional.

El problema de esta argumentación es que parece esencialmente contradictoria. Si Semenya fue discriminada, ¿no quiere decir ello que tiene razón en su pedido de que no se le discrimine mediante la regulación? Si una discriminación puede legitimarse, ¿bajo qué condiciones podemos separar diferenciaciones de discriminaciones?

Especulo, pero con algo de convicción, que en este caso ha calado la afirmación de que Semenya es una especial perjudicada en el asunto y este perjuicio se debe a un ánimo persecutorio de la IAAF hacia ella, por su condición de negra, africana, lesbiana, y mujer alejada del estándar de la feminidad. Si a esto agregamos el precedente de pruebas ignominiosas de comprobación de sexo en las competiciones deportivas, en buena hora desechadas, podemos adivinar a qué se refiere el tribunal con que la regulación "la discrimina". Pero claro, aquí hay un error evidente de juicio: que alguien posea algunos rasgos que le haga susceptible de ser discriminado, no quiere decir que cada vez que resulte perjudicado por una medida general se le esté discriminando. Pongamos un ejemplo ligeramente prosaico, pero que espero ilustre el punto.

Hay culturas que le dan mayor importancia a la puntualidad y otras que no tanto. Estereotípicamente los primeros son los de las culturas europeas del norte; y los segundos los del sur, a donde pertenezco. Merced a nuestras múltiples virtudes, los colombianos no somos famosos por la puntualidad, entonces es muy posible que alguien de mi círculo actúe prejuiciosamente contra mí en ese sentido y, de hecho, me lo haga saber. Pongamos por caso que, en el norte español, he aceptado una invitación a compartir un pequeño banquete en honor a un amigo que está cumpliendo años. Supongamos que llego una hora después de lo convenido, sin haberme excusado con alguna anticipación por la posible tardanza, no encuentro nada de comida (son puntuales, pero glotones) y uno de ellos me dice "es que mira la hora a la que has llegado, ¡tenías que ser colombiano!". Pregunto al lector: ¿me están discriminando o no?

La respuesta tiene una trampa en la que no hay que caer. El comentario puede ser odioso, y lo podríamos calificar como discriminatorio (dependiendo del tono y la confianza, desde luego) quizás en el sentido que no se debe hacer sentir a un invitado como un extraño, pero que no haya alcanzado comida no tiene nada que ver con que fuera colombiano. Más bien, dependió de algo que yo hice: llegar tarde a un banquete en el que se come a tiempo y sin pausa, en una sociedad en la que se entiende que quien no llega a tiempo, y tampoco se excusa, sencillamente no va a llegar. En últimas, no me comporté conforme a las reglas sociales de dicho lugar y obtuve como sanción, además del comentario de mi amigo, el quedarme con hambre lo que queda de velada.

En una confusión similar es en la que creo incurrió el TAS, y con ello dejó bastante combustible para alimentar la inquietud de que la decisión, si bien definitiva, es injusta. El TAS, cuando argumentó sobre la razonabilidad de dicha discriminación, no fue efectivo disipando la idea de la discriminación, porque, para empezar ¡utilizó él mismo el término discriminación! Cualquier argumento posterior, por inteligente y audaz que fuera, remitiría a que la reglamentación se mantenía, como puro acto de autoridad. Si se discrimina a negros, lesbianas y mujeres intersexuales, es por el bien del deporte. Una argumentación incorrecta en lo jurídico y, además, políticamente siniestra.

3. BIBLIOGRAFÍA

BBC. "Semenya dismissive of gender row", 21 de agosto de 2009. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/sport2/hi/athletics/8212078.stm

Bondolfi, Sibilla. "¿Por qué la justicia suiza decide en el caso de Caster Semenya?", en *Swissinfo.ch*, 7 de junio de 2019, disponible en: https://www.swissinfo.ch/spa/sociedad/derecho-internacional-del-deporte_-por-qu%C3%A9-la-justicia-suiza-decide-en-el-caso-caster-semenya-/45017070.

Boykoff, Jules. "#HandsOffCaster: Why the Policing of Female Athlets' Testosterone Levels Needs to Stop", en *Bitchmedia*,

20 de febrero de 2019, disponible en: https://www.bitchmedia.org/article/science-testosterone-female-athletes-olympics-problems-caster-semenya-dutee-chand-feminist?fbclid=IwAR2f6eW3GQKLmcBvaoS2xgpdzQVEFWNCfKB29bIhzKjN-2xWY-DyorrysJs

Coleman, Doriane Lambelet y Shreve, Wickliffe. "Comparing Athletic Performances. The best Elite Women to Boys and Men" en *Duke Law*. Disponible en: https://web.law.duke.edu/sports/sex-sport/comparative-athletic-performance/?fbclid=IwAR03XGLzrm4vN_HBHEjnFUTrLXu4h7k83_wtOgCd8kS3BrHv6MDKB2eQ-4E

Coleman, Doriane Lambelet. "A Victory for Female Athletes Everywhere", en *Quillete*, 3 de mayo de 2019. Disponible en: https://quillette.com/2019/05/03/a-victory-for-female-athletes-everywhere/?fbclid=IwAR0fthPQmVKMu5fd51ktFLR30cjzg48uvJNoE0uESbJXUttAhbV3uZE-T1w

Coleman, Doriane Lambelet. "Sex, Sport, and Why Track and Field's New Rules on Intersex Athletes Are Essential", en *The New York Times*, 30 de abril de 2018. Disponible en: https://www.nytimes.com/2018/04/30/sports/track-gender-rules.html

Court of Arbitration for Sport. *Executive Sumary 5794*, 30 de abril de 2019. Disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Executive_Summary__5794_.pdf

El País, "Caster Semenya ficha por un equipo de futbol femenino", 6 de septiembre de 2019, disponible en: https://elpais.com/deportes/2019/09/06/actualidad/1567772599_567189.html

Fleitas, Begoña. "Semenya apela al Tribunal Federal Suizo el fallo del TAS sobre la normativa de la IAAF", en *Marca*, 29 de mayo de 2019, disponible en:

https://www.marca.com/atletismo/2019/05/29/5ceecfa3e2704e961d8b457e.html

García Amado, Juan Antonio. "El iusmoralismo y la quimera de los derechos", en *Almacén de Derecho*, 26 de marzo de 2016, disponible en: https://almacendederecho.org/el-iusmoralismo-y-la-quimera-de-los-derechos/

Gladwell, Malcolm y Thompson, Nicholas. "Caster Semenya and the Logic of Competition" en *The New Yorker*, 12 de agosto de 2016. Disponible en: https://www.newyorker.com/sports/sporting-scene/caster-semenya-and-the-logic-of-olympic-competition

Guerra, Verónica. "'Naturalmente superior': un breve análisis del caso Semenya", en *Hay Derecho*, 29 de junio de 2019. Disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2019/06/29/naturalmente-superior-un-breve-analisis-del-caso-semenya/

Jackson, Victoria. "La década de humillación a Caster Semenya", en *Letras Libres*, 14 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.letraslibres.com/mexico/ciencia-y-tecnologia/la-decada-humillacion-caster-semenya

Levy, Ariel. "Either/or. Sports, sex, and the case of Caster Semenya" en *The New Yorker*, noviembre 19 de 2019. Disponible en https://www.newyorker.com/magazine/2009/11/30/eitheror

Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987. Traducción oficial al español disponible en: https://www.arbitration-ch.org/asset/81d5f59f19b63ace3ead768e9b189d55/iprg-versi%C3%B3n-espa%C3%B1ola.pdf.

Lora, Pablo De. *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid, Alianza, 2019.

Mellado, Enrique. "Las ventajas naturales de Semenya son como las de Indurain", en *Marca*, 19 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.marca.com/atletismo/opinion/2019/02/19/5c6c57ac468aebb94e8b45ab.html

Moreno, Hortensia. "¿Quién le teme Caster Semenya?", en *Debate Feminista*, vol. 47. Núm. C., enero 2013, pp. 108 a 121, UNAM. Disponible en: https://www.elsevier.es/es-revista-debate-feminista-378-articulo-quien-le-teme-caster-semenya-S0188947816300706

O'Sullivan, Sonia. "Intersex athletes and the problem of testosterone", en *The Irish Times*, 9 de junio de 2016. Disponible en: https://www.irishtimes.com/sport/sonia-o-sullivan-intersex-athletes-and-the-problem-of-testosterone-1.2677419?mode=amp&fbclid=IwAR34oZPXBmoTaI44fuJKtMOUE-QGHZfCjr89tAralOBKSIXrhR6tuiDcp1Q#.V1k4jVmbQbk.twitter

Pérez Triviño, José Luis. "El caso Semenya: de la injusticia a la liberalización del dopaje" en *El País*, 3 de mayo de 2019. Disponible en: https://elpais.com/deportes/2019/05/02/actualidad/1556816561_218331.html

Strashin, Jamie. "What´s the real problem with Caster Semenya?" en *CBC*, 14 de mayo de 2018. Disponible en: https://www.cbc.ca/sports/olympics/trackandfield/caster-semenya-cultural-bias-1.4661929?fbclid=IwAR0MaaCrmSCUv2JDyJ0QUiWJRPIM769raZgo7Y4XsJJtzyPNvBGZVChg-w4

Swiss Federal Supreme Court. *Interlocutory order of 29 July 2019 (4A_248/2019).* Disponible en: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/en/4A_248_2019_yyyy_mm_dd_J_e_09_54_23.pdf

The Guardian. "Caster Semenya accuses IAAF of using her as a 'guinea pig experiment'", 18 de junio de 2019, XXX", 26 de abril de 2018. Disponible en: https://www.theguardian.com/sport/2019/jun/18/caster-semenya-iaaf-athletics-guinea-pig

The Guardian. "IAAF doctor predicts intersex category in athletics within five to 10 years", 26 de abril de 2018. Disponible

en: https://www.theguardian.com/sport/2018/apr/26/iaaf-doctor-calls-for-intersex-category-athletics-caster-semenya.

The New York Times. "Who Gets to Race as a Woman?", 19 de agosto de 2016 (editorial del día). Disponible en: https://www.nytimes.com/2016/08/20/opinion/who-gets-to-race-as-a-woman.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FSemenya%2C%20Caster&action=click&contentCollection=timestopics&region=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=5&pgtype=collection&fbclid=IwAR14E_wQCkd4gqqpEBgkTZBFCmVguw3zYTNG03Q_SqyzmUMlyHE579iwncw.

Time. "The most influential people 2019". Diponible en: https://time.com/collection/100-most-influential-people-2019/5567679/caster-semenya/?fbclid=IwAR0-Osju7R2qOi3CXT3qbh6dR_QDxbmYAkl9deWrApByPRxY7N3L0U1Vgv4

Viñas, Sergio R. "La 'ventaja insalvable' de Semenya que determina el futuro del deporte" en *El Mundo*, 25 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.elmundo.es/deportes/masdeporte/2019/02/25/5c72fb37fdddffb7388b4577.html

Westen, Peter. *Speaking of Equality*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1990.

4. EL JUEZ Y EL RAZONAMIENTO PROBATORIO: BREVES REFLEXIONES BAJO EL PRISMA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

María Paula Mamberti[1]

Sumario: 1. Introducción. 2. La decisión razonablemente fundada: la valoración y la calificación de la prueba "esencial y decisiva". 3. El contexto de descubrimiento y de justificación en la toma de decisiones. 4. La construcción del relato y el control del razonamiento probatorio. 5. Propuesta para la garantía de la "no arbitrariedad". 6. Reflexiones finales

1. Introducción

El análisis del razonamiento probatorio por parte de los jueces resulta una temática harto interesante, en particular si se observa que, frecuentemente, los códigos de rito otorgan a los magistrados la facultad de seleccionar el material probatorio que estimen "esencial y decisivo" para el fallo de la causa y los releva del deber de pronunciarse respecto a la totalidad de las pruebas obtenidas[2]. Ahora bien, de la mera lectura de las previsiones normativas se advierte una curiosa contradicción en tanto se utiliza una calificación para los medios probatorios seleccionados sin la exigencia del escrutinio íntegro de estos, por lo que cabría preguntar cómo se ha llegado a la conclusión de que se está en presencia de las pruebas

[1] Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, candidata a Magister en Derecho Procesal por la UNLP, Diplomada en Argumentación Jurídica por el Colegio de Abogados de San Isidro y la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO) del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Adscripta a la Cátedra III de Derecho Procesal Civil y Comercial de la FCJyS de la UNLP y Pasante en la Clínica Jurídica de Acceso a la Información Pública de la FCJyS de la UNLP.

[2] Véase como ejemplo lo normado en el artículo 384º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y 386º del Código nacional.

"esenciales y decisivas" para sentenciar sin depurar previamente a aquellas que no lo son.

En virtud de ello, el presente trabajo abordará sucintamente la cuestión relativa a la valoración de la prueba en la Provincia de Buenos Aires a la luz de los postulados de la argumentación jurídica, a fin de dilucidar determinadas aristas que pueden presentarse tanto en la construcción del relato probatorio como en su control. En particular, se analizará si la obligación de emitir decisiones razonablemente fundadas se satisface en los supuestos en los que no se explicitan los motivos que conducen a desplazar las pruebas que no resulta ser indispensables para la resolución del caso. Finalmente, se esbozará como propuesta la necesidad de plasmar la justificación de la categorización del material probatorio como garantía frente a posibles arbitrariedades.

2. *La decisión razonablemente fundada: la valoración y la calificación de la prueba "esencial y decisiva"*

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales deben estar racionalmente fundadas, y esto constituye una garantía para aquel que se somete a la voluntad pública para la resolución de controversias jurídicamente relevantes. Esta manda incorporada positivamente a través del artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación requiere acudir a parámetros o criterios que presten algún tipo de objetividad a la práctica decisoria, puesto que el Estado de Derecho exige que el derecho aparezca esencialmente bajo la forma del razonamiento práctico justificativo[3].

Así, se impone al magistrado la necesidad de efectuar como base de su decisión judicial un razonamiento que parta de la definición de los hechos para poder aplicar en consecuencia las correspondientes normas que los encuadran y alcanzar con ello la más ajustada resolución al caso planteado.

[3] BUSTOS, Carlos, *Hechos, confirmación procesal, verdad y argumentación jurídica*, en Colección Ensayos Procesales –Tema el Juez y la Prueba-, Director ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Ed. AVI SRL, Santa Fé, Argentina, 2009.

En tal sentido, siendo la prueba judicial una explicación descriptiva de hechos y un discurso sobre lo acontecido (más no el acontecimiento *per se*) el pronunciamiento respecto a su posible existencia siempre importa adoptar una postura gnoseológica y comunicacional. Por esta razón, es necesario justificar suficientemente la exposición de los sucesos, toda vez que la aceptabilidad de la premisa fáctica es condición necesaria para alcanzar una correcta subsunción legal.

Sentado ello, cabe señalar que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el artículo 384º del código de rito[4] establece que "*los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrá el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa*".

En lo que respecta al tema de estudio, la norma precisa que el magistrado sólo deberá hacer mérito en su sentencia de las pruebas "esenciales y decisivas" y podrá desechar aquella que no lo sea. Ahora bien, ¿cómo puede el juez determinar la calidad de los elementos reunidos sin realizar un escrutinio acabado de los mismos? Lo que es más, ¿la pauta argumentativa impuesta por el citado artículo 3º del CCyC incide en la motivación probatoria debiendo integrar lo previsto en el artículo 384º del CPCC?

Por su parte, si la valoración es aquel juicio de aceptabilidad de los datos aportados al proceso a través de los medios probatorios instaurados para ello, entonces valorar será evaluar si las afirmaciones presentadas como hipótesis al juez pueden aceptarse como verdaderas o no. Los mecanismos habilitados para llegar a tales conclusiones pueden variar de acuerdo a los distintos sistemas procesales diseñados, más no debe olvidarse que en materia de prueba y hechos pasados, el resultado al que se arribe sólo puede garantizarnos un mayor o menor grado de probabilidad, más nunca la certeza absoluta.

[4] En concordancia con lo normado en el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En vistas de ello, si la probabilidad de una hipótesis equivale a su grado de confirmación por los conocimientos disponibles, cuanto mayor sea el número de confirmaciones mayor será su grado de probabilidad; la cual incrementará cuanto más diversos sean los elementos que la confirman, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos y como éstas nunca serán suficientes, cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida[5].

Asimismo, la valoración constituye un procedimiento intelectivo que se manifiesta mediante la construcción de un discurso que, como tal, se encuentra siempre dirigido a un auditorio.

Al respecto, nos enseña Chaïm Perelmanm, para quien la argumentación cubre todo el campo del discurso que busca persuadir o convencer, que el auditorio es "el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir", para lo cual existen diversas técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión (que se caracteriza por la variabilidad de su intensidad) de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento[6].

Sobre el particular, cabe señalar que el juez, como orador, debe construir adecuadamente el auditorio al cual se quiere dirigir, ya que de ello dependerá la utilización de los argumentos para conquistar a sus diversos miembros.

Piénsese que el juzgador se dirige, como punto de partida, a dos partes con intereses contrapuestos, y el fin máximo que pretenderá alcanzar será brindar razones fuertes que induzcan a los requirentes a prestar conformidad con lo decidido. En esta línea, abordar el plexo probatorio en su totalidad coarta la posibilidad de alegar que existe otra hipótesis a la formulada que sí contemple los elementos no previstos.

Pero no siempre acaba allí el universo para el cual el juez encauza su argumentación, la cual incluso podrá estar direccionada

---

[5] GASCON ABELLAN, Marina, *La prueba judicial: valoración racional y motivación*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, España, disponible en https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf

[6] PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, Tratado de la argumentación. La nueva retórica, 4ª edición, Ed. Gredos SA, España, 2018.

a los órganos superiores que eventualmente revisarán la decisión, o bien a la comunidad jurídica en su conjunto, conformando con ello un auditorio universal.

Y si el fin de un argumento consiste precisamente en lograr la aceptación del auditorio a la tesis propuesta, no resultaría ocioso que el juez al momento de componer el relato de los hechos que estima probados incorpore la justificación, aún sucintamente, de por qué ciertos elementos no han logrado formar su convicción y explicite así su preferencia de unos por sobre otros. Además, justamente el proceso argumentativo tiende a justificar las opciones, considerando que no puede ofrecerse una fundamentación que muestre que no hay elección posible (lo que no cabría en un ámbito de amplia discrecionalidad como el de valoración probatoria)[7].

De así entenderlo, podemos hallar en el razonamiento probatorio los objetivos perseguidos con la argumentación, en tanto se intentaría persuadir al auditorio particular (las partes procesales) de no recurrir el fallo y se buscaría convencer al auditorio universal (sujetos no individualizados) para que adhieran bajo el convencimiento del carácter racional del discurso empleado a las conclusiones allí postuladas.

Por otra parte, podría señalarse que adoptando una visión consecuencialista, el relevo de la expresión concreta sobre el mérito de todos los medios probatorios reunidos puede provocar que tal facultad sea interpretada ampliamente de manera tal que se entienda que la dispensa se concede directamente en la misma instancia de valoración, como estadio previo a su manifestación[8], lo que im-

[7] PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado…,* ob, cit., pág, 116.

[8] Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la causa "Barrientos", en donde la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Plata entendió dispuso que *es principio reconocido que el Juez sólo está obligado a considerar la prueba que estima adecuada para la solución del caso y no todas las que se hayan producido. No tiene el deber de ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias probatorias arrimadas por las partes; resulta suficiente la valoración de las que estima conducentes o decisivas para fallar; de tal manera hace bien al preferir algunas sobre otras, y omitir inclusive toda referencia a las que estimó inconducentes o no esenciales. Tampoco deben analizarse aisladamente, deben ponderarse en su conjunto unas con otras a fin de formar la convicción acerca de la existencia y alcance de los hechos controvertidos en el proceso* (voto del juez López Muro, causa nº 118000 sent. del 25-III-2015).

plicaría un contrasentido lógico que podría patentizar la toma de una decisión arbitraria.

Al respecto, cabe considerar que del análisis sistemático de las normas procesales se observa que el código de rito prevé un primigenio filtro para dilucidar la calidad de las pruebas ofrecidas, determinando que sólo se producirán aquellas que superen el umbral de pertinencia y admisibilidad[9]. De acuerdo a esto, el material probatorio que se recolecta para el conocimiento del juez ya se encuentra tamizado, restando juzgar la fuerza de convicción de los resultados obtenidos; entonces, si se ha previsto una instancia destinada a delimitar los elementos demostrativos de los hechos alegados, existe una justa expectativa en cabeza de los sujetos intervinientes en el litigio de que el material aceptado sea evaluado por conducente.

En definitiva, la motivación, inserta dentro de las decisiones razonablemente fundadas, cumple el rol de depurar la actividad cognoscitiva y coopera a que el juez reconsidere las iniciales convicciones que puede tener (sin perjuicio de su dote de imparcialidad, el magistrado acude al proceso condicionado por elementos previos sociales, culturales, educativos, etc.) a la luz de argumentos racionales. Teniendo en cuenta esto último, el fallo, cuyo respaldo se halla en la constatación del presupuesto fáctico que lleva a la aplicación de determinada consecuencia jurídica, tendría que explicitar adecuadamente las razones por las cuales las pruebas pertinentes y admisibles para el caso no alcanzaron las categorías de "esenciales y decisivas".

3. El contexto de descubrimiento y de justificación en la toma de decisiones

Ahora bien, si asumimos que el razonamiento probatorio es el procedimiento intelectivo por el cual se tienen por demostrados enunciados asertivos sobre hechos relevantes para una decisión judicial, lo normado en torno a las facultades valorativas puede ser examinado acudiendo a los llamados "contextos de descubrimiento

[9] Véase el artículo 362 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el artículo 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

y de justificación", que escinde el fuero interno y externo en la toma de resoluciones y en donde el juzgador utiliza dos lógicas diferenciadas en virtud del momento en el cual se encuentre[10].

La distinción entre descubrir y justificar (que proviene del campo científico) proyectada en el ámbito de la prueba judicial cobra una particular significancia, y esto porque aquí se afirma que una hipótesis es verdadera o plausible, aseveración que puede ser tanto el resultado de formular una propia hipótesis a partir de la información disponible o bien verificar aquella que ha sido formulada por una de las partes en el proceso.

Así, en el descubrimiento se hablará de cómo se ha llegado a esa afirmación y en la justificación de cuáles son las razones que la sostienen[11]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se trata de contextos independientes, sino antes bien existe una interrelación entre ambos en tanto la exploración que se efectúe en el primer término se encuentra guiada por sus expectativas de verificación. Por esto, quien realiza una afirmación sabiendo que deberá motivarla (como ocurre en el caso del juez) se encontrará frente a un campo de posibilidades reducida a aquellas que aparecen como racionalmente justificables, toda vez que se esperará que la hipótesis que se sostenga posea un anclaje en ciertos estándares de fundamentación que la alejen de resultar una voluntad caprichosa.

Incluso, el magistrado puede formular su sentencia en dos tiempos, primero inspirando sus conclusiones en lo que le parece más adecuado con su sentido de equidad y luego, por añadidura, emplear la motivación técnica[12]; sin embargo, esto no implica que no exista deliberación previa a la toma de dicha decisión.

En definitiva, es en la propia lógica del descubrimiento en donde se encuentra el cumplimiento de los primeros estándares de aceptabilidad de afirmaciones planteadas y esto permite arribar y justificar la hipótesis más probable en términos de verdad, por lo que debe aceptarse que ambos contextos interactúan dinámicamen-

[10] TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil,* Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
[11] GASCON ABELLAN, *La prueba…,* ob. cit., pág. 10.
[12] PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado…,* ob, cit., pág, 89.

te. La exigencia de la demostración del íter llevado a cabo por los jueces coadyuva a aceptar los niveles de certeza relativa contenidos en las sentencias respecto a las reconstrucciones practicadas.

4. La construcción del relato y el control del razonamiento probatorio

Como se ha mencionado, la manifestación de la valoración probatoria constituye en sí un discurso mediante el cual se narra la sucesión de hechos que se estiman perpetrados en base a las pruebas obtenidas en el proceso, postulando una realidad que se condice con las constancias de la causa y por tanto resulta ser verosímil o probable.

En la práctica judicial suele utilizarse para esta faena la técnica del relato, mediante la cual la "historia" de los hechos se presenta como la declaración apodíctica de los mismos como probados y con ello se presupone la verdad de los enunciados que lo componen [13]. Dicho esto, podría objetarse que, si se une este método narrativo a la dispensa del pronunciamiento expreso respecto de ciertos elementos probatorios considerados no esenciales o decisivos, la resolución judicial que en principio parecería fundada, podría amparar una decisión insuficientemente justificada.

Es que la motivación, que se inscribe en el contexto de justificación referido *ut supra*, debería orientarse bajo la manda establecida en el actual artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación en la exposición y valoración individual de todo el material probatorio practicado y los resultados alcanzados, evitando exposiciones confusas en donde la prueba, la realidad y la verdad aparezcan como hechos irrefutables y no como lo que realmente son, la versión por parte del juez de lo que estima que representa un suceso pasado.

En virtud de ello, el grado de aceptabilidad por parte del auditorio de la hipótesis propuesta por el magistrado como aquella que mejor se ajusta a los acontecimientos suscitados y llevados a su conocimiento, aumentaría si éste dejara sentado tanto los actos probatorios rendidos, los criterios de valoración usados y las con-

[13] GASCON ABELLA, *La prueba…,* ob. cit., pág. 20.

clusiones extraídas. El argumento construido bajo tales pautas permite controlar el razonamiento probatorio llevado a cabo, y así dilucidar la calidad de los elementos introducidos y las inferencias que componen la cadena de justificación de la sentencia.

Recordemos que si bien la facultad de selección y la valoración probatoria son cuestiones que quedan en principio libradas a la discrecionalidad judicial, esto no importa (ni podría importar) que la actividad desplegada en esta instancia no pueda y deba ser revisada tanto por los particulares como por órganos jurisdiccionales de instancias superiores.

Michele Taruffo explica que existen condiciones mínimas a las que puede reconducirse la racionalidad de la valoración conjunta de diversos elementos de prueba, con la premisa obvia de que éstos pueden ser distintos entre sí y de que cada uno de ellos puede ser la base sobre la que se formulen inferencias distintas acerca del hecho a probar. Una de esas condiciones es que la valoración tome en consideración todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la determinación positiva o negativa del hecho; resultaría, en efecto, irracional no tener en cuenta algunos elementos, especialmente, cuando éstos sean contrarios a la conclusión que el juez «quiere» conseguir[14]. Siguiendo el criterio propuesto, será racional la valoración que resuelva las contradicciones entre los diversos elementos de prueba aportados, identificando la hipótesis más aceptable de manera unívoca y será irracional aquella que no lo haga.

En suma, la ausencia deliberada de la alusión a determinadas premisas podría frustrar el correcto control del razonamiento llevado a cabo por el juzgador, debido a que imposibilita conocer las causas del desplazamiento y por lo tanto, echa por tierra la apertura de un debate respecto a la conveniencia o no de su consideración, con el consecuente impacto que ello podría acarrear en la cimentación del relato y la decisión final. Ya señalaba Couture que "una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental

[14] TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos,* 2º Ed., Trotta, Madrid, 2005.

de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado"[15].

Sin perjuicio de lo expuesto, no se desconoce que la argumentación puede calificarse de selectiva, pues elige los elementos y la forma de presentarlos[16], lo que la expone al reproche de parcialidad, el cual debe ser tenido en cuenta cuando se espera que la misma sea convincente. Ahora bien, el juez cuenta con una facilidad para sortear esta circunstancia y es que el universo de posibilidades (hipótesis propuestas) respecto de las cuales puede expedirse se halla limitado por el material aportado por las partes.

5. Propuesta para la garantía de la "no arbitrariedad"

Tras esbozar unas breves consideraciones en torno al razonamiento judicial en relación a la valoración de la prueba, corresponde en esta instancia destacar la relevancia primordial que la fijación de los hechos tiene en el proceso y, teniendo en cuenta esto último, es que se propone la incorporación en la motivación de las razones que condujeron al juez a considerar que el resultado de determinada prueba (material con el cual cuenta al resolver) no aportaba de forma concluyente a la decisión del caso para no incurrir en posibles arbitrariedades.

En esta línea, la justificación de por qué hay pruebas que, luego de haberlas decretado admisibles y permitentes, no resultan relevantes en la etapa final opera como una garantía para la no arbitrariedad en la reconstrucción de los hechos. La incorporación de elementos que no avalan el camino fáctico seguido y escogido por el magistrado no debilita su decisión, por el contrario, si logra revelar los fundamentos que ocasionaron su no contemplación adunaría argumentos a su decisión y, en efecto, ésta podría presentarse objetivamente como la derivación razonada de las constancias obrantes en la causa al contener una conclusión que hace mérito cabalmente de todo lo actuado.

---

[15] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma Editor, Bs. As., 1958

[16] PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado…,* ob, cit., pág, 197.

No puede soslayarse que junto con las facultades otorgadas a los jueces por los códigos de rito, se hallan derechos y garantías fundamentales en cabeza de los justiciables, por los cuales hay que velar. En este sentido, el debido proceso comprende la obtención de una decisión suficientemente motivada y la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa pende en gran medida del conocimiento de las razones que conllevaron a que su pretensión fuera o no acogida. Caso contrario, se exigiría una labor intelectiva del receptor de una resolución parcialmente integrada de cuasi imposible cumplimiento, toda vez que se vería obligado a conjeturar los motivos que provocaron el desistimiento de algunas pruebas o bien, a aceptar la justificación genérica y aparente de que las mismas no eran "esenciales y decisivas" y que esto bastaba para no valorarlas.

Por último, tampoco puede desconocerse que ha quedado atrás la idea de la fuerza vinculante por la autoridad misma de las sentencias judiciales, y que la sociedad democrática exige que medien razones que justifiquen la toma de decisiones y que, además, las mismas se den a conocer para someterlas a su posible crítica. De esta manera, se busca alcanzar un mayor consenso, creado no ya por la autoridad, sino por la real convicción y esto, brinda un verdadero cauce de legitimación.

A mayor abundamiento, la mención expresa sobre los elementos probatorios relegados no agrega un costo adicional a la labor judicial efectuada, toda vez que se presume que el proceso intelectivo por medio del cual el juez concluye la calidad de una prueba determinada, ha sido desplegado con anterioridad a la misma afirmación de tal resultado, por lo que sólo implicaría explicitar y dejar sentado razones ya formuladas.

Lo propuesto se condice con el objetivo de toda argumentación, que es provocar o acrecentar la adhesión a la tesis presentada para su asentimiento. Conforme ello, será eficaz la argumentación que consigue aumentar la intensidad de la adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (positiva

o de abstención), o, al menos, que cree en ellos cierta predisposición, que se manifestará en el momento oportuno[17].

Además, importa una técnica argumental que puede emplearse al presentar la hipótesis escogida en cuanto a la reconstrucción de hechos conforme la valoración de la prueba efectuada y otorga un mayor grado de imparcialidad (y aceptabilidad) a la decisión judicial. La idea es lograr una presentación eficaz, que impacte en los oyentes, haciendo prevalecer ciertos esquemas interpretativos, insertando elementos significativos, vislumbrando los que no lo son y confiriendo el lugar que corresponda a cada uno dentro del conjunto.

6. Reflexiones finales

En las sociedades democráticas modernas y a la luz de la constitucionalización del derecho privado, la incorporación de una norma expresa que conmina a los jueces a fundar razonablemente sus decisiones permite encontrar en la motivación de las sentencias un mayor cauce de legitimidad.

En materia probatoria dicha exigencia debe observarse aún con mayor rigor puesto que es un ámbito en donde prima la discrecionalidad. Esto implica que el magistrado tendrá un campo de actuación más amplio, en donde podrá desplegarse con cierta libertad, pero a la vez implica un grado de responsabilidad superior, en tanto debe justificar por qué ha optado dentro de las posibilidades que tenía a su alcance por una en particular; y aquí no basta con la mera alegación de que la hipótesis sostenida resulta ser la que alcanza un grado más alto de certeza o probabilidad, sino que se impone el deber de explicitar el pensamiento y los motivos que lo condujeron a dicha conclusión.

Debe tenerse presente que la discrecionalidad que caracteriza la valoración de la prueba reconoce ciertos límites por el empleo de criterios racionales de control, con el objeto de impedir que este ámbito se convierta en una instancia de mera arbitrariedad subjetiva del juez, en donde éste utilice las pruebas antojadizamente.

[17] PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado…,* ob, cit., pág, 91.

Por ello, la integración en la motivación de la sentencia del aspecto valorativo supone la necesidad de ponderar los distintos medios producidos y sus resultados, dando cuenta de las razones que han formado el ánimo o convicción del juez al evaluar con una visión crítica el plexo probatorio y, asimismo, vertiendo los fundamentos que lo guiaron a desplazar de su decisión a aquella prueba que estima que no ha aportado datos relevantes para los fines pretendidos.

La decisión que logre incorporar y hacer mérito tanto de los elementos que apoyan la hipótesis sostenida por el juez como los que irían en contraposición con ella, brinda una mayor completitud a la resolución en cuestión, permite un mejor control respecto del raciocinio desarrollado y enriquece los argumentos vertidos en tal sentido alcanzando con mayor intensidad la adhesión del auditorio al cual se encuentra dirigido el discurso.

5. EL CONTROL DE CONVECIONALIDAD: ASPECTOS EVOLUTIVOS Y PROBLEMÁTICOS

Danielle Anne Pamplona[1]
Tiago Gagliano Pinto Alberto[2]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APERTURA DE LOS ESTADOS Y EL SURGIMIENTO DE UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE. 3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU ORIGEN EN LA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS ORDENAMIENTOS DOMÉSTICOS. 3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos 3.2. La convencionalidad en los ordenamientos internos 3.3 Control de convencionalidad en Brasil. 4. ALGUNAS DIFICULTADES PRESENTADAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad es, actualmente, una técnica decisoria de acentuada importancia en el contexto judicial y administrativo de los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. No parece que de esa afirmación quepa cualquier duda relevante. Pero, ¿este tipo de actuación preponderantemente judicial es capaz de reflejar la creación de un *Ius Constitutiona-*

[1]Profesora Titular en el Programa de Posgrado en Derecho en la Pontifícia Universidad Católica do Parana – PUCPR, Brasil; Visiting Scholar en American University, Washington-DC (2015-2016); Doctora por la Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Coordinadora de la Clínica de Derechos Humanos del PPGD/PUCPR; Directora de Global Business and Human Rights Scholars Association, email: dapamplona@pamplonabrusamolin.adv.br

[2]Posdoctorado en Derecho por la Universidad de León/ES. Posdoctorado en Derecho por la Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doctor en Derecho por la Universidad Federal del Paraná – UFPR, Curitiba, Brasil. Maestro en Derecho por la Pontificia Universidad Católica do Paraná – PUC/PR, Curitiba, Brasil. Juez de Derecho en Curitiba, en la Provincia de Paraná, Brasil, Profesor email: tiagogagliano@hotmail.com

le Commune en Latinoamérica? Y, por otro lado, ¿la técnica en si ya se encuentra lo suficiente desarrollada de modo que aparta excesivas subjetividades o comparaciones entre atribuciones y competencias?

En cuanto al primer cuestionamiento, el control de convencionalidad, como se va a plantear en ese artículo, es capaz de afirmar la existencia de un *Ius Constitutionale Commune* en latinoamerica. Esa es la primera hipótesis con lo que se trabajará en este artículo. En lo referente al segundo tema, lo que se presentará son algunos problemas que revelan la necesidad de evolucionar la comprensión del instituto del control de convencionalidad, por lo que la hipótesis, en este caso, será la que, aunque importante técnica de resolución de conflictos, el control tendrá que ser detallado aún más, cuando comparemos con otros institutos, en aras a potencializar su legitimidad democrático-constitucional.

Una de las más intrincadas cuestiones en cuanto a la legitimidad del control de convencionalidad no es, de hecho, novedosa (y las demás de ella se derivan, directa o indirectamente). Al contrario, está involucrada con la dificultad de definir de manera racional la forma de ejercicio del control, lo que remite a una cuestión con la cual autores positivistas y jusnaturalistas y sus ramificaciones desde hace mucho debaten.

Gustav Radbruch, en su conocida formula, dijo que el derecho injusto no es derecho en absoluto[3]. Su planteamiento, que bien se convirtió en una especie de mantra del postpositivismo, sugiere a los decisores que fallen basados en valores en situaciones en las que, desde su óptica, el derecho, previsto o no en la ley, se presente en paralelo a lo que los principios suelen plantear.

El problema, como puesto a la luz por los teóricos de la decisión judicial actual, es que quien falla basado sólo en principios, en realidad decide con su modo de ver las cosas, el derecho y la justicia, de manera que el subjetivismo convierte el derecho en una ciencia imprevisible, cuya estabilidad que se podría esperar del poder judicial no se le presenta. Al revés, la regla general es precisa-

[3] Radbruch, Gustav (1999), p. 35.

mente que no hay reglas a seguir; que el juez sabrá lo que es mejor para las partes y la sociedad y, por lo tanto, la legitimidad, obtenida directamente de la Carta de derechos constitucional, le otorga al juez la posibilidad de, en la defensa del Estado de derecho, alejar toda y cualquier disposición normativa que no se ubique en el paraguas principiológico que, desde su comprensión y lectura, sea lo que la Carta dispone[4].

Así que, lo que en primer momento parecía interesante y capaz de proteger a la democracia frente a los desafíos de la sociedad contemporánea y las ideologías que pudiesen traer caos al mundo, como la que generó en régimen nazi, en realidad parece poner más subjetividad aún en un ambiente cuya incertidumbre ya es característica: el de la definición de lo que es correcto y bueno.

Esto es lo que actualmente está pasando con el control de convencionalidad. En aras a sostener la prevalencia de la Convención Americana de Derechos Humanos y los elevados derechos en ella previstos, la Corte creada para garantizar el pacto internacional está poniendo de relieve algunos valores de su preferencia frente a lo que parece ser la preferencia democrática de los países que integran la Convención. Y, lo que es peor, la misma técnica decisoria está implementando modificaciones en el campo probatorio, en la consideración de lo que tendría que ser lo correcto a hacer y mucho más. La ideología de la Corte simplemente ha sustituido la subjetividad de las decisiones domésticas, sin más[5].

Por ende, la falta de objetividad genera problemas jurídicos entre el parámetro de referencia, o sea, las decisiones de la Corte Interamericana y las decisiones de las Cortes de los países que integran el pacto, como será presentado a lo largo del texto.

Lo que el presente artículo intenta describir y presentar, así, es que, aunque el planteamiento del control de convencionalidad represente una gran evolución en cuanto técnica decisoria capaz de poner en tela de juicio la existencia, efectivación y aplicación de un

[4] Critica semejante fue lanzada por Juan Antonio García Amado en: Garcia Amado, Juan (2010).
[5] Y en el terreno adonde la ideología gana fuerza y el derecho se aleja, en general los resultados están lejos de buenos. Para un examen de esta idea: Rüthers, Bernd (2016).

Ius Constitucionale Commune, todavía necesita algunos parámetros más tajantes en el seno judicial, de manera a no añadir más subjetividad e imprecisión aún en la ya poco estable jurisprudencia latinoamericana. En ese sentido, también serán presentadas algunas perplejidades e imprecisiones técnicas, todavía no resueltas por la Corte o la doctrina que se puso a examinar la temática.

En orden a alcanzar este reto, lo que se pretende es, en la primera parte del artículo, exponer, de forma descriptiva, el estado del arte actual del control de convencionalidad, comparándolo con su forma de aplicación en algunas Cortes Supremas latinoamericanas y planteando la existencia del *Ius Constitutionale Commune*; y, luego, en la segunda parte, presentar algunas imprecisiones y conflictos específicos, teóricos o prácticos, del control por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño.

Como metodología, este artículo utiliza el método deductivo con presentación exploratoria y prevalencia monográfica. Las fuentes de investigación fueron, sobre todo, los libros, artículos relacionados con la temática y el material disponible en la internet.

2. *LA APERTURA DE LOS ESTADOS Y EL SURGIMIENTO DE UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Es común el análisis que apunta a la necesidad de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en el post Segunda Guerra, como respuesta a las barbaries allí practicadas. Esta génesis de la preocupación por asegurar que los diferentes Estados pudieran aplicar y respetar estándares mínimos en lo que se refiere a la garantía de derechos humanos refleja, de hecho, una realidad.

Sin embargo, pasados más de cincuenta años, lo que se ve, en especial en América Latina, es la absorción de algunos estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, pero no por su simple incorporación normativa a los diferentes Estados, sino porque los textos constitucionales se abren a la interpretación que pueda hacerse en órganos y Cortes internacionales sobre el significado de algunos derechos. Es lo que se denomina

la apertura del Estado para normas e instituciones internacionales. Así ocurrió con la Constitución Argentina, en la reforma efectuada en 1994, que cambió el artículo 75, inciso 22, que pasó a dictar:

> Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Constitución todavía indica el rol de instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional, cuáles sean la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de 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 Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes; la Convención sobre los Derechos de los niños. Además, cualquier otro tratado que se vea sobre el tema de derechos humanos puede tener *status* constitucional si se aprueba por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso[6].

Lo mismo ocurre con la Constitución de Bolivia, promulgada en 2009, que en su artículo 13, IV, establece la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

[6] Texto disponible en https://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional. Acceso el 13 mar. de 2019.

Y va más allá, al afirmar, en el artículo 256 que, en la protección de derechos humanos, si dispositivos constitucionales son inferiores a los dispuestos en tratados internacionales, éstos deben ser aplicados:

> I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicará de manera preferente sobre esta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables[7].

De la misma forma, con la reforma de la Constitución Mexicana, en 2011, el texto pasó a prever que los tratados de derechos humanos tienen *status* constitucional[8]. En Brasil, a partir de 2004, los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos pueden pasar por la aprobación del quórum de tres quintos de los miembros de cada una de las casas del poder legislativo, en dos turnos, en lugar de la aprobación por mayoría simple. Si así ocurre, por expresa previsión constitucional, tendrán *status* de norma constitucional. El texto original de la Constitución preveía expresamente, en su artículo 5, §2°, que los derechos y garantías expresados en la Constitución, en el capítulo de derechos y garantías fundamentales, no excluían otros derechos derivados de tratados internacionales. Ante esta redacción original, la doctrina constitucionalista e internacionalista pasó a afirmar que el *status* de las normas de derechos humanos en Brasil había cambiado y a partir de 1988 gozaba de *status* constitucional, o sea superior a las normas ordinarias, estado hasta entonces ocupado por todos los tratados internacionales al ser ratificados por Brasil. Con ello, la doctrina vislumbraba la implementación de un sistema mixto, con admisión de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y el manteni-

[7] Texto disponible en https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/. Acceso el 13 mar. de 2019.
[8] Fix-Zamudio, Héctor (2011), p. 232-255.

miento del *status* de ley ordinaria para los otros tratados[9]. En 1992, sin embargo, Brasil ratificó e incorporó la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica[10], que prohíbe el arresto civil por deudas, a excepción del no pago injustificado a alimentar. El texto de la Constitución brasileña contiene un dispositivo que permite la detención por la deuda del depositario infiel y, ante la redacción del tratado internalizado, varias demandas forzaron al Supremo Tribunal a manifestarse sobre la aplicabilidad o en el dispositivo de la Constitución brasileña o sobre su constitucionalidad cara al tratado de derechos humanos recientemente incorporado por Brasil.

El Supremo Tribunal Federal, a finales de 2008, concedió el Habeas Corpus en beneficio de individuos presos en razón de deuda civil no alimenticia, con base en la prohibición de prisión por deuda civil prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello, adoptó la tesis de la supra legalidad de todos los tratados de derechos humanos, excepto de aquellos aprobados con quórum calificado, cuyo estatus sería de paridad las normas constitucionales.

Estos ejemplos son una clara indicación de que los países en América Latina están abiertos a la inclusión de la voluntad normativa expresada en documentos internacionales. En la medida en que los diferentes Estados incorporan lo definido y decidido por el sistema interamericano de derechos humanos, es natural que los diferentes países pasen a tener regulaciones aproximadas, en especial por la utilización de la incorporación que el sistema interamericano va dando a los diferentes tratados. La posibilidad de que los diferentes países en América Latina estén compartiendo el mismo entendimiento sobre el significado de derechos humanos es el núcleo de la construcción teórica que indica que se está gestando un *Ius Constitutionale Commune* en la región. Compartir este contenido de conceptos es beneficioso en la medida en que absorbe del sistema interamericano lo que son los derechos y cómo deben ser aplica-

[9] Piovesan, Flavia (2010), p. 94.
[10] Brasil, Decreto 678 de 6 de novembro de 1992.

dos. Ahora bien, el sistema interamericano fue creado para promover la protección y el respeto a los derechos humanos, así, sus interpretaciones son siempre respetando el principio *pro homine*. En ese sentido, no hay movimiento más eficiente para fomentar la garantía de concreción de derechos humanos que buscar en la Comisión y Corte específicas para estos debates la solución a problemas de interpretación o de posibles conflictos. En la medida en que el derecho internacional de los derechos humanos va siendo nacionalizado, es decir, incorporado a los ordenamientos domésticos, surge ese nuevo derecho, compartido. Este compartir puede ser fomentado por la utilización de mecanismos como el diálogo entre Cortes, o el control de convencionalidad. El presente texto se enfrenta, tan sólo, a la construcción del *Ius constitutionale commune* por medio de la utilización del control de convencionalidad.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU ORIGEN EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS ORDENAMIENTOS DOMESTICOS

En este tópico el texto tiene como reto enseñar cual fue la primera vez en la que habló acerca del control de convencionalidad y a partir de cual contexto esa posibilidad surgió en el escenario jurídico. Para eso, en un primer momento, serán examinadas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – la CIDH y luego la comprensión de la teoría en los ambientes domésticos.

3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mucho ya se ha escrito acerca del origen del control de convencionalidad, que, incluso, obtuvo este nombre después de algunas otras tentativas de exposición del tema desde una perspectiva comunitaria o internacional.

El control de convencionalidad es el análisis vertical que se hace entre una legislación o acto normativo nacional con otro, internacional. Por "control" se quiere significar, fiscalización. Así, se fiscaliza el instrumento doméstico para evaluar si entra o no en

conflicto con lo que se dice en el ámbito internacional. Aunque, en las palabras de André de Carvalho Ramos cuando de la defensa de su tesis de doctorado, "el control de convencionalidad analiza, sí, sólo si la norma internacional fue violada por medio de la propia aplicación de la norma constitucional", se pretende que hoy, el control de convencionalidad puede ser realizado a partir de cualesquiera normas domésticas, aunque sean infraconstitucionales.

El control de convencionalidad es un proceso que permite que las cortes domésticas se ajusten a los estándares definidos por las Cortes internacionales. Se trata de un proceso que ayuda a la construcción de un *ius constitutionale commune*. En las palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto en la Supervisión del Cumplimiento de Sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay:

> En definitiva, transitamos hacia un "Sistema Interamericano Integrado" – con un "control de convencionalidad" dinámico y complementario –, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.[11]

Si fuera posible apuntar una fecha para el comienzo del control, sería la del voto concurrente del Magistrado Sergio García Ramírez en el caso "Myrna Mack Chang Vs. Guatemala", precisamente en el párrafo 27 del voto. En esta decisión, todavía no seguido por los demás pares de la Corte, el magistrado Sergio García Ramírez señaló que "no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos" y, por ende, el control de convencionalidad sería una forma, es decir, la forma de que todos los órganos del Estado, bajo el examen del poder judicial, observasen lo que la Convención Americana de Derechos Humanos obliga[12].

El juez sacó a la luz su preocupación:

> Esto acontece, por ejemplo, cuando la autoridad ejecutiva manifiesta que el Estado en cuya representación actúa reconoce hechos, que entrañan,

[11] (par.100)

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 10,636, 25 de noviembre de 2003.

por ejemplo, consecuencias penales, o se allana a pretensiones aducidas en la demanda, que igualmente traen consigo efectos internos, pero al mismo tiempo - o en oportunidad posterior - reconsidera el alcance de su expresión, aunque esta sea enfática y terminante, y deja a salvo el pronunciamiento que pudiera emitir un órgano judicial interno. (pár. 28)

Alertaba, ya en aquella época, que si el Estado, ante la Corte, hace el reconocimiento de la ocurrencia de determinados hechos a los que, posteriormente, en el ámbito interno, no les da la solución exigida por la aplicación de la Convención, hay un debilitamiento del sistema internacional. En sus palabras:

Si el Estado condiciona o subordina a actos posteriores la existencia de ciertos hechos - que no es lo mismo que la emisión de condenas individuales por ellos -, cualquier reconocimiento de hechos o admisión de pretensiones expuestos por la autoridad competente para conducir las relaciones internacionales y representar al Estado en asuntos de esta naturaleza, incluso los formulados por el propio Jefe del Estado, tendrían carácter precario, se hallarían expuestas a convalidación o rectificación por parte de otra autoridad interna, a través de un acto de Derecho nacional que podría contradecirlas, modificarlas o revocarlas. (pár.31).

El mismo Magistrado, en el voto en "Tibi Vs. Ecuador", el 7 de septiembre de 2004, reafirmó la aplicación del control de convencionalidad[13]. Su comprensión acerca del tema, empero, solo fue adoptada por la Corte por oportunidad del fallo del caso "Almonacid Arellano Vs. Chile", el 26 de septiembre de 2006[14], cuando dejó claro que comprende la obligación de obediencia de los jueces al ordenamiento interno, sin embargo, establece que es también su obligación establecer la compatibilidad de la norma interna con el texto de la Convención Americana y con la interpretación que la CorteIDH haya efectuado:

La Corte es consciente de que los jueces y los tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por lo tanto, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ratifica

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.124, 7 de septiembre de 2004.
[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.057, 26 de septiembre de 2006.

> un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sujetos a ella, lo que les obliga a garantizar que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean perjudicados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y propósito, que desde el principio carecen de efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas nacionales aplicables a los casos concretos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación dada por la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[15]

En el caso "Aguado Alfaro Vs. Perú" (Trabajadores cesados del congreso), la Corte decidió en el sentido del carácter oficioso del control de convencionalidad y, una vez que el instituto ya se encontraba creado y fuera aplicado en los casos sometidos a la Corte, esta trató de desarrollarlo en cuanto a los legitimados y la esfera de aplicación[16].

Así que en el caso "Almonacid Arellano Vs. Chile" dijo que la responsabilidad para hacer el control de convencionalidad en el Estado es del poder Judicial[17], lo que pronto amplió por ocasión de la decisión del caso "Trabajadores cesados del congreso", en el que esta misión se puso de manifiesto a los órganos del poder estatal como un todo, lo que comprendía también la Administración del Poder[18]. Así, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores" se decidió que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles tienen en su rol de actividades la obligación de ejercer el control sugerido por la Corte[19]; y, finalmente, la posición que hasta los días actuales es vigente en la jurisprudencia de la Corte, en el caso "Gelman Vs. Uruguay", es decir, sí que cualquier autoridad pública y no solamente el poder judicial

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.057, 26 de septiembre de 2006.
[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 11.830 y 12.038, 24 de noviembre de 2006.
[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.057, 26 de septiembre de 2006.
[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 11.830 y 12.038, 24 de novembro 2006.
[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.449, 2 de julio de 2010.

debe actuar en el sentido de ejercer el control de convencionalidad, glosando los actos de otras autoridades que no han observado los parámetros definidos por la Corte[20].

En otras Cortes Latinoamericanas, tras algún momento de indecisión, el control de convencionalidad siguió rumbo parecido, en general imbricado a la concepción de bloque de constitucionalidad. El control de convencionalidad promueve la armonización de la interpretación del ordenamiento doméstico con la interpretación dada a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Se clasificará como concentrado cuando se coloca en las manos de la Corte Constitucional del Estado, es decir, cuando la corte suprema del Estado se manifiesta sobre la armonía de la norma interna con la norma internacional en los ordenamientos que admiten que la norma internacional de derechos humanos sea internalizada con *status* suficiente para ser parámetro de control de constitucionalidad. Así, el control de constitucionalidad se hace comparando la legislación interna con norma idéntica a la del sistema internacional.

Sin embargo de esa posibilidad, la jurisprudencia de la CorteIDH se desarrolló para admitir, aún, el control difuso de convencionalidad cuando, a cualquier juez doméstico, se da la competencia para aplicar la técnica. Hay así, características esenciales de este control difuso:

> …el carácter "difuso" debido a que todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es "de oficio", sea invocado o no por las partes; el alcance o parámetro del control lo define el "Bloque de Convencionalidad", incluyente de la jurisprudencia interpretativa de la Corte IDH es la interpretación del "corpus juris interamericano" con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad, y, por último, sus efectos

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.607, 10 de setembro de 2010.

son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.[21]

En su voto en la Supervisión del Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, el juez Eduardo Ferrer MacGregor firmó el entendimiento de que todos los órganos del Estado estarán vinculados a la decisión de la Corte Interamericana. En sus palabras:

> Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido - legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles -, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce. (par.83)

En el mismo sentido, André de Carvalho Ramos dijo que "o Supremo Tribunal Federal e os juízos locais devem também zelar pelo cumprimento dos dispositivos convencionais e expurgar as normas internas que conflitem com as normas internacionais de direitos humanos"[22].

De la misma manera, Antonio Cançado Trindade, en varias ocasiones, defendió que.

> ... los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en cons-

[21] Ferrer MacGregor, Eduardo (2011), p. 928.
[22] Carvalho Ramos, André (2012), p. 286-287.

tante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.[23]

Varias son las voces a argumentar que no hay exclusión de ningún órgano interno de la obligación de respetar el texto de la Convención Americana. Considerada como una verdadera "Constitución supranacional", todas las esferas del poder público (federal, estatal, municipal) están obligadas a adecuarse a ella. Admitir tal posicionamiento, sin embargo, implica algunas dificultades prácticas. Después de todo, la exigencia de que todas las autoridades domésticas cumplan lo que queda definido en una decisión de la Corte Interamericana puede llevar a conflictos entre estas autoridades. De hecho, no es difícil imaginar situaciones en que el Ejecutivo puede actuar de un modo y el Judicial, sobre la base de un fundamento extraído de las mismas palabras de la Corte, actúe de modo diverso.

Estas dificultades, o al menos algunas de ellas, se enfrentan en el presente texto. De esta manera, es preciso que reste claro que el control de convencionalidad, como instrumento para la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*, es de extrema importancia para el avance de la protección de derechos humanos en la región. Sin embargo, su utilización debe ser hecha con las previas reflexiones necesarias para que no traiga conflictos que, en último caso, lleven al descarte ya la incredulidad en tan importante instrumento, en virtud de las dificultades presentadas en el tópico II.

Antes, sin embargo, veamos cómo los ordenamientos internos enfrentan la existencia del control de convencionalidad, en el tópico siguiente.

3.2. La convencionalidad en los ordenamientos internos

El país argentino ingresó en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos por la Ley n.º 23.054, de 27 de marzo de 1984. La Corte Suprema de Justicia de la Nación comprendió que el control de convencionalidad se integra a su sistema

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 11.830 y 12.038, 24 de noviembre de 2006.

desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad.[24]Así lo expresó sobre todo en los casos Ekmekdjian c/ Sofovich y, tras un período de retroceso en la comprensión de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH por ocasión de la decisión en el caso "Acosta"[25], la CSJN prosiguió el desarrollo interno del control de convencionalidad (casos "Esposito", "Mazzeo", "Rodríguez Pereyra c. Ejército argentino", "Giroldi, Horácio y otro"), de manera que actualmente comparte la tesis del control planteada por la CIDH[26], aunque, en un fallo muy reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina comprendió que la Corte Interamericana no puede revocar[27], con sus decisiones, las sentencias de la Corte argentina, lo que mereció críticas de diversos sectores doctrinarios[28].

Bolivia comprende que el control interno de convencionalidad (diferente del control externo, ejercido por la CIDH), se ubica en la existencia de un bloque de constitucionalidad, que comprende no solamente la Constitución, sino también tratados, convenciones, declaraciones o cualquier instrumento internacional en materia de derechos humanos[29]. Así fue reconocido en la Sentencia nº. 110/2010-R, de 10 de mayo, opinión también reforzada en la Declaración Constitucional Plurinacional nº. 0003/2013, de 25 de abril[30].

En Chile, tras un período en el que la Corte Suprema Chilena solo discutió el carácter formal de la incorporación de los tratados en el derecho interno, la situación cambió en 2013-2014, cuando el Tribunal, discutiendo expresamente el asunto del control de convencionalidad, dijo, por la Sentencia de 19 de noviembre de 2013 (Rol nº. 9031-13), después seguida por la Sentencia de 17 de diciembre de 2013 (Rol nº. 12418-13, disidente Ministro Sérgio Muñoz) que los jueces tienen que aplicarlo. Antes, empero, por

---

[24] Corte Suprema de la Nacion, Caso n° Villamil, Amelia Ana *c/* Estado Nacional *s/* daños y perjuicios, disponible en *http://sj.csjn.gov.ar/sj/verdoc.do?Method=erocumnto &id=102768*.
[25]Bazán, Víctor (2012).
[26] Trucco, Marcelo, (2016).
[27] Comision Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 11.618, 13 de abril de 2011.
[28] Gargarella, Roberto (2017),
[29] Vargas Lima, Alan (2013).
[30] Riveira S, Jose Antonio,

ocasión de la decisión en el caso del "Episodio Juan Soto Cerda" (Sentencia Rol 3841-2012), la Corte ya había puesto de relieve que tanto en las relaciones entre particulares, como entre particulares y el Estado en las que los derechos humanos estén en boga, la legislación nacional debe ceder a la aplicación de las convenciones internacionales de derechos humanos, que "forman parte del acervo de la comunidad"[31].

Así como en otras Cortes, la Colombiana suele aplicar el control de convencionalidad como forma integrante del bloque de constitucionalidad (Sentencias C-225, de 1995 y C-488, de 2009)[32].

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, por ocasión de la decisión del Expediente Varios nº. 912/2010 (originario de una consulta hecha por el Presidente a los demás integrantes de la Corte a propósito de la ejecución de la sentencia de la CIDH en el caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. México), entre las principales tesis, que: i) las sentencias de la CIDH son obligatorias en sus términos, es decir, tienen que ser ejecutadas sin margen a interpretaciones que lleven a una solución diversa de la que llegó la CIDH; ii) deben ser observados grados de intensidad del control de convencionalidad, habiendo la Suprema Corte presentado algunos pasos a seguir, como la interpretación conforme en sentido amplio, con observancia del principio *pro persona*, la interpretación conforme en sentido estricto, es decir, la elección por la interpretación que mejor proteja a los derechos humanos y la inaplicación de la ley que no se conforme a los dos criterios anteriores. En cuanto a los grados, la Corte presenta tres en el Expediente varios 912/2010: el grado bajo, el medio y el alto, variando desde la interpretación conforme del acto cuestionado a la decisión de la CIDH, hasta la expulsión del acto del ordenamiento jurídico mexicano, con efectos *erga omnes*[33].

Estos fueron solo algunos ejemplos de aplicaciones del control de convencionalidad en Cortes Supremas latinoamericanas.

[31] Núñez Donald, Constanza (2015).
[32] Pérez Nino, Walter et al. (2016), p. 161-177.
[33]Carbonell, Miguel (2011).

Algo como que un panorama general del tema en algunos poderes judiciales supremos de los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es evidente que el control de convencionalidad se presenta como una increíble forma de consagrar los dos principios que, entre muchos otros, son los más importantes en el cuadro de defensa de los derechos humanos actuales en el mundo: el principio *pro persona* y el principio *effet utile*. Estos dos tienen como reto la protección de la persona en los casos en los que haya alguna posibilidad de violación de los derechos humanos, sea protegiendo la persona en cuanto tal (*pro persona*), sea garantizando que los países signatarios de la Convención propicien medios efectivos para eso (*effet utile*).

3.3. Control de convencionalidad en Brasil

La doctrina en Brasil defiende la existencia de un control de constitucionalidad 'verdadero', hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y un control preliminar, hecho por el Supremo Tribunal Federal. En este sentido, André de Carvalho Ramos (2014, p.294):

> O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direitos, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado de controle da convencionalidade autêntico ou definitivo; e (ii) o controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar.

Esto se deriva de la especificidad de la Constitución brasileña que hoy alberga reglas controvertidas sobre el *status* de las normas derivadas de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La redacción original del texto constitucional parecía apuntar a la conclusión de que cualquier otro derecho fundamental derivado de tratados internacionales de los cuales el país formara parte, serían considerados insertos en el rol de constitucional de derechos fun-

damentales, así, serían normas con *status* constitucional. Cuando esta interpretación llegó al Supremo Tribunal Federal, lo fue para definir acerca de la aplicación del artículo 7. de la Convención Americana, en cuanto veda la prisión por ilícitos civiles, comando que confronta con la norma constitucional brasileña, que impide la prisión civil por deuda, pero excepciona la posibilidad de prisión del depositario infiel. Ahora bien, a prevalecer el texto constitucional, el depositario infiel podría ser preso, en desobediencia al texto de la Convención. Pues bien, el texto constitucional posibilitaba la interpretación de que la Convención Americana debería prevalecer por el simple hecho de estar insertando nueva protección en el rol de los derechos ya concedidos por la Constitución. Con la modificación del texto constitucional, para inclusión de párrafo en el artículo 5 - que prevé que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales - el Supremo Tribunal Federal dio a estas reglas nueva interpretación. Afirmó que los tratados de derechos humanos internalizados en la forma de la nueva redacción, serían equivalentes a las normas constitucionales; los tratados que versaran sobre otros temas, que no derechos humanos, serían internalizados como ley ordinaria, y los tratados de derechos humanos que no fueran internalizados por el rito especial, no podrían tener status constitucional, tampoco podrían ser legislación ordinaria. Así, se les reconoció el status de supralegalidad, debiendo sujetarse al texto constitucional y pautar la legislación infraconstitucional jerárquicamente inferior a él.

Aunque esta no fue la mejor solución, sirvió para apartar otros entendimientos, como lo expuesto en el juicio del Recurso en Habeas Corpus 79785 / RJ, juzgado en 2002, donde el entonces Min. Sepúlveda Pertence, afirmaba la "prevalencia de la Constitución, Derecho brasileño, sobre cualesquiera convenciones internacionales, incluidas las de protección a los derechos humanos, que impide .... "la pretendida aplicación de la norma del Pacto de San

José ..." Era la conclusión ya alcanzada por la corte suprema de Brasil incluso antes de la edición de la Constitución de 1988. El texto constitucional, como ya mencionado, permitía una solución diferente para casos en que tratados internacionales de los derechos humanos regulan un tema de modo diferente que la ley infraconstitucional. Pero fue con el cambio impuesto por enmienda, en 2004, que el tema volvió a mencionarse en la doctrina que, a la pretensión de aclarar las dudas planteadas por lecturas conservadoras del texto del 88, posibilitó una interpretación menos protectora. En este sentido, las lecturas conservadoras no admitían que los textos de tratados internacionales pudieran tener *status* de norma constitucional, por lo que la cultura jurídica llevaba a la internalización de tratados con status de norma ordinaria. La modificación del texto constitucional puso fin a la cuestión, pero sólo en relación con los tratados internalizados por el proceso de aprobación de enmiendas a la Constitución, posteriores a la enmienda constitucional.

Se admite, por lo tanto, el control de convencionalidad efectuado por todos los órganos en Brasil y hay que reconocer la existencia del control concentrado y el del control difuso. El control difuso, como ya se ha mencionado anteriormente, es ejercido por todos los órganos del Estado que deban decidir sobre la aplicación de alguna norma. La utilización del control de convencionalidad concentrado, sin embargo, requiere cierta aclaración. Retomando la idea de que el control de convencionalidad se expresa por la fiscalización de la adecuación de un acto del ordenamiento interno con las disposiciones de tratados internacionales es necesario averiguar las condiciones para usos de los mecanismos de control concentrado en el derecho brasileño.

La Constitución Federal da al Supremo Tribunal Federal la tarea preponderante de velar por la Constitución y en control concentrado, lo hace por Acción Directa de Inconstitucionalidad (Adi), Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) y Argüción de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF). Los dos primeros instrumentos sirven para la discusión acerca del cumplimiento o no de una norma material y formalmente constitucional. La

ADPF, sin embargo, como su propio nombre indica, sirve para discutir el incumplimiento a un precepto fundamental derivado de la Constitución. Así, un tratado de derechos humanos que haya sido internalizado por el procedimiento previsto en el artículo 5, párrafo 3. de la Constitución, podrá servir de paradigma para la fiscalización del acto interno por cualquiera de los mecanismos presentados. Sin embargo, cuando se trata de un tratado de derechos humanos con *status* supra legal, de acuerdo con la posición adoptada por el STF; o, cuando se trata de un tratado de derechos humanos que no ha sido internalizado con la aplicación de la regla del artículo 5. párrafo 3, y, por lo tanto, un tratado de derechos humanos sólo materialmente constitucional, el control de convencionalidad concentrado no podrá ser efectuado. En este caso, no hay un paradigma constitucional a ser utilizado, lo que no impide, sin embargo, que se efectúe el control de convencionalidad difusa.

4. ALGUNAS DIFICULTADES PRESENTADAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La actual interpretación del control de convencionalidad deja márgenes a muchas dudas, cuyas soluciones pasarán necesariamente por la interpretación escéptica del derecho, basada, como se sabe, en una metodología más convencionalista y, por eso, de matriz parcial o radicalmente indeterminada, poco ofreciendo en términos de objetividad[34].

Algunas cuestiones podrían, así, ser desde este momento planteadas.

Si el control de convencionalidad debe ser ejercido por todas las autoridades públicas, ¿cómo sostener que la autoridad no ejerza el control de los actos de la autoridad, ¿qué, por su vez, ejercería el control del control y así por delante, en un sinfín, sin ningún tipo de limitación aparente? Es decir, ¿no habría que plantear un límite para el control desde la perspectiva de la autoridad que lo ejerce?

[34] Martinez Zorrilla, David (2010), p. 52.

Este cuestionamiento es pertinente en la medida en que en el Caso Gelman Vs. Uruguay, la Corte afirmó que el control de convencionalidad debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales - incluidas las instancias democráticas - en las que también debe primar un control de convencionalidad , que es tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.[35] No hay duda de que este es el caso, ante la afirmación del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto en la Supervisión del cumplimiento de Sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay, cuando afirma que:

> Las autoridades y especialmente los jueces uruguayos que estén investigando las violaciones graves a los derechos humanos durante el periodo de dictadura militar (1973-1985), tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan. (par.86)
>
> Eso implica que derivado del Caso Gelman, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional (…) (par.90)

Si es para desarrollar el razonamiento expresado por la Corte, y buscar sus consecuencias, es correcto concluir que, de hecho, puede haber conflicto entre decisiones internas, y que es el derecho interno el que deberá resolverlos. Así, es probable que haya una responsabilidad de una autoridad por la negativa de cumplimiento de lo definido por otra. Se refleja, por ejemplo, en el caso de que un administrador deje de cumplir una orden judicial, cuando tanto el administrador como el poder judicial interno fundamentan sus acciones en interpretaciones que prestan a lo que definió la Corte Interamericana. En el caso brasileño, es posible argumentar que el administrador público debe cumplir la decisión del poder judicial, bajo pena de aplicación de sanción que haya sido definida. O, si decide por el mantenimiento de su decisión y es penalizado, siem-

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman VS. Urugay, 24 de febrero de 2011.

pre podrá lanzar él mismo mano del sistema interamericano para que reste definido si estaba en su legítimo derecho de actuar. Adjunto a la creación del instituto del control de convencionalidad, la CIDH puso de relieve que él debe ser ejercido desde los límites de competencias procesales y criterios de límites de la actuación de la autoridad pública (*inter plures*, caso Cabrera y Montiel Vs. México, apartado nº. 225)[36].

Esto, aunque suene muy bien, poco define.

Efectivamente, seguro que está entre los límites de competencia de cualquier autoridad pública aplicar la ley y, con ella, la percepción que comprenda acerca de la ley. Así que, si, por ejemplo, la Corte Suprema de un país signatario de la Convención simplemente se niega a reconocer, digamos, la inconvencionalidad del crimen de desacato y le ordena a un policía que meta en la cárcel un condenado por ese crimen, el policía, que también es autoridad pública y está actuando en los límites de su competencia, podría simplemente dejar de aplicar la decisión de la Suprema Corte, comprendiéndola, y con razón, inconvencional. En sus límites de competencia, *de facto* y solo para aclarar, está la necesidad de observar la ley cuando trate de meter en la cárcel a alguien y de esto no hay duda. Así que estaría observando los límites de su competencia, pero generando una situación paradoxal.

La comprensión de la Corte no resuelve esta cuestión. Pero, de nuevo, corresponde al derecho interno la decisión. La autoridad judicial podrá aplicar, a este policía, una sanción, siempre que esté prevista en la ley. El policía, si no obtiene de la misma decisión judicial que revoca o anule la sanción aplicada, podrá valerse del propio sistema interamericano que, en última instancia, deberá manifestarse sobre este conflicto.

Otra posibilidad de conflicto ocurre cuando los países signatarios simplemente comprenden que hay una especie de margen de apreciación en cuanto al control de convencionalidad. La teoría del margen de apreciación, como es conocida, fue aplicada por primera vez en el Consejo de Estado francés y en conflictos en los que la

[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.449, 2 de julio de 2010.

discrecionalidad administrativa y sus límites estaban involucrados[37]. En el escenario internacional, fue con el Tribunal Europeo de derechos humanos (TEDH) el ambiente en el que encontró su desarrollo más preponderante, después que la Comisión Europea de derechos humanos también la aplicó, desde la perspectiva normativa de la incidencia del artículo 15 del Convenio que rige su actuación. Así, por ejemplo, en los asuntos: ***a)*** Grecia c. Reino Unido, de 26 de septiembre de 1958 (Vol. I y Vol. II)[38]; ***b)*** Lawless c. Irlanda, de 19 de diciembre de 1959[39]; Comisión; ***c)*** asunto Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, de 5 de noviembre de 1969[40]; la Comisión hizo consignar que los países signatarios tienen algún margen de apreciación en cuanto a la posible violación de los derechos humanos y la decisión particular de cada país a respecto[41].

Luego el TEDH hizo lo mismo, fallando en los casos Lawless c. Irlanda, de 7 de abril y 1 de julio de 1961[42], Lingüístico Belga c. Bélgica, de 23 de julio de 1968[43], De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971[44], Engel y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976[45], Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976[46], o Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978[47].

Al que se puede constatar, el TEDH ya aplica la teoría del margen de apreciación hace mucho, manifestando, así, como que

---

[37] Diaz Crego, Maria e *Margem de Apreciación*, (2009).

[38] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso Grecia c. Reino Unido, 26 de septiembre de 1958.

[39] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° Lawless c. Irlanda, 19 de diciembre de 1959.

[40] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia, 5 de noviembre de 1969.

[41] No es desconocida la crítica que se hace, de manera bien tajante, acerca de la aplicación de la teoría de la margen de apreciación y el universalismo de los derechos humanos, que, por su observancia, quedaría alejado. Esta oportunidad, empero, no es la mejor, por razones de falta de espacio y de direccionamiento del reto del texto, para abordar el tema, por lo que en otra ocasión se lo hará.

[42] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° 332/57, 7 de abril y 1 de julio de 1961.

[43] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° 1677/62, 23 de julio de 1968.

[44] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° 1971/2 18 de junio de 1971.

[45] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° 5493/72, 8 de junio de 1976.

[46] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° 1979/1, 7 de diciembre de 1976.

[47] Tribunal Europeu de Derechos Humanos, Caso n° *5310/71, 18 de enero de 1978*.

un "self restraint" en lo que dice respecto a las cuestiones internacionales de apreciación de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ya falló al respecto. Ejemplificativamente, en los casos CIDH, Opinión consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984[48], Herrera Ulloa c. Costa Rica, de 2 de julio de 2004[49] y caso Barreto Leiva c. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009[50], decidió al respecto, poniendo en tela de juicio alguna discrecionalidad de los países signatarios de la Convención Americana con respecto al reconocimiento de violación a los derechos humanos.

Ocurre que mientras la teoría del margen de apreciación ya es más antigua y, por eso, desarrollada en sus límites, el control de convencionalidad, su primo rico, no tiene todavía límites tajantes, pudiendo incluso chocarse con su propio familiar teórico.

Imagínese, por ejemplo, que un país signatario plantee que su respuesta final al caso ahora llevado a tela de juicio de la CIDH está basada por la teoría del margen de apreciación, al paso que la CIDH comprenda, en ejercicio de control de convencionalidad, que no lo está. Teniendo en cuenta que esta es una cuestión de choque teórico, no hay una respuesta que se pueda decir correcta en el sentido cognoscitivo, por lo que la CIDH hará simplemente elegir su comprensión subjetiva a respecto del tema: el control de convencionalidad, que está de moda.

A esta cuestión todavía no hay respuesta admisible y sólida en el aspecto teórico. Tampoco tenemos respuesta para situaciones en las que el control de convencionalidad esté sometido a alguna proporcionalidad en su comprensión desde la perspectiva de casos fallados por las Cortes de los países signatarios de la Convención. Es decir, ¿el control de convencionalidad está sometido a la proporcionalidad?

Uno de los conocidos límites del control de convencionalidad es la proporcionalidad. Este criterio, con todas sus dificultades

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.*

[49] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 12.367, 6 de abril de 2001.

[50] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso n° 11.663, 17 de noviembre de 2009.

semánticas y sintácticas[51], viene siendo utilizado por la CIDH tanto en lo que tiene que ver con el margen de apreciación probatoria, como en cuanto al control de convencionalidad en sí de los actos estatales objeto de este control.

Ocurre, y eso es una cuestión todavía abierta, que los fallos de la CIDH no trataron de la posibilidad de, en virtud del control de convencionalidad, una Suprema Corte que integra el sistema de protección de los derechos humanos realizar un control del control otrora realizado por la CIDH, es decir, controlar, desde la perspectiva de la proporcionalidad, el control llevado a cabo por la CIDH.

Si, por un lado, es cierto y ya está definido que el control de convencionalidad suele ser ejercido bajo los límites de competencia de las Cortes internas o Cortes Nacionales y sus potestades procesales, por otro lado, no se puede alejar la posibilidad de que incluso las decisiones de la CIDH, en cuanto actos públicos internacionales, sean objetos de control de proporcionalidad por parte de las Cortes de los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y así haciendo, las Cortes podrán argumentar que lo hacen precisamente en aras de proteger a los derechos humanos e incluso haciendo uso de los mismos principios utilizados por la CIDH: el principio *pro persona* y el principio *effet utile*, por ejemplo.

De esta manera, si bien la decisión de las Cortes internas o Cortes Nacionales suele ser, de hecho, capaz de ejercer más protección en su decisión que controla, desde la proporcionalidad, la decisión de la CIDH, caeremos en una situación paradoxal: o se admite el control del control, desde la proporcionalidad, o no se lo admite, por dificultades de competencia, pero, prevaleciendo la decisión de la CIDH, también prevalecerá la comprensión de que la decisión que menos protege a los derechos humanos tendrá que prevalecer.

Esto, además de la dificultad de un pacto semántico en relación con la proporcionalidad en sí, añade inaceptable subjetividad al control de convencionalidad.

[51] Bernal Pulido, Carlos (2007).

Otro caso en el que todavía no hay respuesta adecuada es la imprecisión lingüística de la definición de lo que se llama "cosa interpretada"[52] Es decir, ¿Hasta qué límite se debe comprender vinculante la interpretación de la CIDH en el caso del control de convencionalidad?

Miguel Carbonell, en su texto "Introducción General al Control de Convencionalidad" sugiere, en cuanto a los límites de la obligatoriedad de observancia del control de convencionalidad, que de la misma forma en la que existe la comprensión de la cosa juzgada, deberíamos tener la "cosa interpretada" como hipótesis-marco para la observancia de los precedentes de la CIDH en materia de control de convencionalidad.

Por eso, dice, "es que el artículo 69 de la Convención Americana de los Derechos Humanos ordena notificar la sentencia no solamente al Estado que fue parte en el litigio, sino a todos los firmantes del propio pacto" (p. 81).

Su concepción es acertada, pero añade también imprecisión al límite de obligatoriedad de observancia al control de convencionalidad definido por la CIDH, una vez que, salvo en los casos en que la propia CIDH señale como interpretación obligatoria, será dificultoso y controvertible entre los interpretes saber si la "cosa interpretada" es o no obligatoria en cuanto ejercicio de control de convencionalidad. Tampoco existe respuesta satisfactoria para los casos en los que el control de convencionalidad traiga con su aplicación – e incluso recomiende – algún direccionamiento probatorio diverso al que en general se aplica en el ambiente judicial interno.

En el caso "Velasquez Rodriguez Vs. Honduras", sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. par. 132, seguido de los casos de los 19 comerciantes Vs. Colombia, Sentencia del 12 de junio de 2002, caso Gangaram Panday Vs. Surinam, Sentencia del 4 de diciembre de 1991, caso Gonzalez y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009 y el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia del 25 de no-

[52] Carbonell, Miguel (2011).

viembre de 2006, la CIDH desarrolló la comprensión de que el contexto tiene valor probatorio y, desde la perspectiva de la teoría de las "pruebas para mejor resolver" y de la "sana crítica", comprendió que puede reexaminar el acervo probatorio definido y utilizado en el caso llevado a su análisis.

Aparte de las críticas a las teorías mencionadas, lo que es cierto es que la CIDH añade a los casos, con su apreciación de las pruebas, una idea subjetiva acerca del material probatorio aceptable; y eso desde la perspectiva de su interpretación de las reglas de la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que no deja de ser un control de convencionalidad del fallo del Tribunal en el que la actividad probatoria se desarrolló.

Ahora bien, si la opinión de la CIDH respecto al material probatorio es, nada más que su interpretación acerca del contexto por la lente de la sana crítica o de las pruebas para mejor resolver y, con eso, desarrolla un control de convencionalidad, no sería del todo disparatado comprender, de otro lado, que su interpretación es solo una más acerca del material probatorio, tan válida como la que es llevada a cabo por la Corte que falló anteriormente.

De esta manera, lo que pasa, al menos en el caso de la apreciación de las pruebas, no es propiamente un control – de convencionalidad o no – sino más bien una cuestión de opinión subjetiva de la Corte, que puede ser la misma o no que la llevada en tela de juicio por la Corte del país signatario de la Convención.

Y, como se sabe, lo que se dice respecto a opiniones, no hay control, sino, más bien, concordancia o no.

Estas son algunas cuestiones que se pueden plantear en lo que se dice respecto a las dificultades de la aplicación del control de convencionalidad como ha realizado la CIDH.

5. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad es el instrumento que surge de los debates de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Admitir que todos los órganos de un Estado puedan decidir si la obediencia a la legislación interna ofende o no al con-

junto de reglas de protección de derechos humanos es un avance. Esta posibilidad permite que un número mayor de personas se manifieste y provoque la discusión en el ordenamiento interno. Pero eso no es todo. Las Constituciones latinoamericanas han pasado por proceso de apertura de sus textos al sistema internacional de protección de derechos humanos. La inclusión, en los textos constitucionales, de artículos que permiten la absorción de tales normas y la admisión del control de convencionalidad, han operado en conjunto para la creación de un verdadero derecho constitucional común a toda la región. Es lo que se ha convenido llamar de *Ius Constitutionale Commune*, que representará verdadero avance si es instrumento para diseminar interpretaciones que respeten el principio *pro homine*.

Aunque el instrumento de fortalecimiento de la creación del *Ius Constitutionale Commune* se adopte en varios ordenamientos, hay algunas cuestiones que todavía carecen de reflexión. El texto intentó demostrar que hay situaciones en que aún no hay una solución adecuada en virtud de las particularidades del funcionamiento del control de constitucionalidad y del modo de internalización de normas contenidas en tratados internacionales. Es necesario que el control de convencionalidad se consolide como práctica para concreción de derechos humanos para que algunas de las dificultades presentadas puedan ser enfrentadas y las soluciones evaluadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Bazán, Victor (2012): *control de convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas* [data da consulta: 30 junio, 2018]. [Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcelo /r16775.pdf].

Bernal Pulido, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Brasil (1992): *Decreto 678 de 6 de noviembre de 1992* [data da consulta: 12 de junio de 2015]. [Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm].

Carbonell, Miguel (2015): *Introducción General al Control de Convencionalidad* [data da consulta: 30 junio, 2018]. [Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf].

Carvalho Ramos, André (2014). *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional* (São Paulo, Editorial Saraiva).

Díaz Crego, María (2009): *Margen de Apreciación* [data da consulta: 30 junio, 2018]. [Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/94].

Ferrer MacGregor, Eduardo (2011): *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [data da consulta: 30 de mayo de 2018]. [Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a20.pdf].

Fix-Zamudio, Héctor. Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, San José, Asociación de Derecho Público y Administrativo/Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo "Prof. Jesús González Pérez", núm. 11, año 11, 2011, pp. 232-255.

García Amado, Juan (2010): *El derecho y sus circunstancias, Nuevos ensayos de filosofía jurídica* (Santa Fé de Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia).

Gargarella, Roberto (2017): *La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana* [data da consulta: 30 julio, 2018]. [Disponible en: http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html].

Martínez Zorrilla, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

Núñez Donald, Constanza (2015): *Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile, Tribunal Constitucional Chile* [data da consulta: 30 agosto, 2018]. [Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_documento.php?id=3072].

Pérez Nino, Walter Fernando. Salazar, Laura Sofía Zambrano. Rodríguez, Emerson Harvey Cepeda. *El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos*. Colombia, Revista en Cultura de La Legalidad, 2016, pp. 161-177.

Piovesan, Flávia (2010): *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (São Paulo, Editorial Saraiva).

Radbruch, Gustav (1999): *Relativismo y derecho* (Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis).

Ramos, André de Carvalho. A interpretação internacional dos direitos humanos: choque ou diálogo com o Supremo Tribunal Federal? *In*: *Novos Caminhos do Direito no Século XXI: Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais: Homenagem a Celso Lafer*. Coordenação Luiz Olavo Baptista e Tercio Sampaio Ferraz Junior. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

Riveira S, Jose Antonio. *La Aplicación Del Control de Convencionalidad en Bolivia*. Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia, disponible en http://www.ddhhyjusticia.org/images/PDF/AnalisisDeProfundidad/Reflexiones /Reflexiones--Anlisis-2016-003---RIVERA-Jos-A.---La-aplicacin-del-control-de-onvencionalidad-en-Bolivia.pdf

Ruthers, Bernd (2016): *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* (Traducción de Juan Antonio García Amado, Madrid, Editorial Marcial Pons).

Trucco, Marcelo (2016): *El Control Primario de Convencionalidad a Cargo de Los Jueces Nacionales* (Argentina, Editorial Microjuris).

Vargas Lima, Alan (2013): *Apuntes sobre el Control Interno de Convencionalidad en Bolivia* [data da consulta: 30 junio, 2018]. [Disponible en: http://www.la-

razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/Apuntes-Control-Interno-Convencionalidad-Boliv ia_0_1945605513.html].

Jurisprudencia citada

Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo (2006): 26 de septiembre de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia) en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudência 2/ficha_ tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=335.

Barreto Leiva vs. Venezuela (2009): 17 de novembro de 2009 Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/seriec206 _esp1.pdf.

Caso Irlanda c. Reino Unido (1978): 18 de janeiro de 1978 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: https://www.unodc.org/tldb/es/case-law-of-the-european-court-of-human-rights-related-to-terrorism.html.

Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010): 2 de julio de 2010 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en: http://www.Ortedh.r.cr/ F/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343.

Corte Suprema de La Nación. Caso Villamil, Amelia Ana cl Estado Nacional s/ daños y perjuicios, disponible en http://sj.csjn.gov.ar/sj/verdoc.do?Method=erocumnto &id=102768.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones /seriea_04_esp.pdf.

Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos Vs. Grecia (1969): 5 de noviembre de 1969 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display":[0],"dmdocnumber":["793814"]}.

Dismissed Congressional Employees (Aguado - Alfaro et al.) Vs. Peru, Preliminary Objections, Merits (2006): 24 de noviembre de 2006

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Reparaciones y Costas) en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha=192.

Engel y otros Vs. Países Bajos (1976): 8 de junio de 1976 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber" :["695356"],"itemid":["001-57479"]}.

Gelman Vs. Uruguay (2011): 24 de fevereiro de 2011 Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Grecia Vs. Reino Unido (1958): 26 de septiembre de 1958 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber ":["803701"],"itemid":["001-73860"]}.

Handyside c. Reino Unido (1976): 7 de dezembro de 1976 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://webpersonal.uma.es/~ANRODRIGUEZ/ STEDH%20Handyside%2007%20DIC%2076.pdf.

Herrera Ulloa respecto Costa Rica, Medidas Provisionales (2001): 6 de abril de 2001 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es.

Lawless Vs. Irlanda (1959): 19 de desembro de 1959 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":["803281"]}.

Lawless Vs. Irlanda (1961): 7 de abril y 1 de julio de 1961 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber ":["695395"],"itemid":["001-57518"]}.

Lingüístico Belga Vs. Bélgica (1968): 23 de julio de 1968 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en:

http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":["695402"],"itemid":["001-57525"]}.

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala Fundo (2003): 25 de noviembre de 2003 Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia) en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287.

Oscar Alberto Mohamed Vs. Argentina (2011): 13 de abril de 2011 Corte Interamericana de Derechos Humanos (procesamiento y condena penal) en: http://www.Corteidh .or.cr/docs/casos/mohamed/sometim.pdf.

Tibi Vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo (2004): 7 de septiembre de 2004 Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia) en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha =239.

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo (2006): 24 de noviembre de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Reparaciones y Costas) en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=192.

Wilde, Ooms y Versyp Vs. Bélgica (1971): 18 de junio de 1971 Tribunal Europeu de Derechos Humanos (sentencia) en: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":["695483"],"itemid":["001-57606"]}.

6. 'NUDGE' A FAVOR DA MAIOR ASSETIVIDADE NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Luiza Adena Engers[1]
Tiago Gagliano Pinto Alberto[2]

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE NUDGE E POLÊMICAS SUSCITADAS. 3. NUDGE NO SISTEMA JURÍDICO. 4. IMPORTÂNCIA DO NUDGE EM NÍVEL POLÍTICO-INSTITUCIONAL. 5. NUDGE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Na década de 80, em uma das ilhas da região conhecida como Micronésia, localizada entre as Filipinas a oeste, a Indonésia a sudoeste, a Nova Guiné e Melanésia a sul e a Polinésia a sudeste e leste, ocorreu uma situação muito inusitada. Um jovem de dezessete anos chamado Sima teve uma discussão muito acalorada com o seu pai. O motivo: em uma manhã, o seu pai, um homem severo e exigente, ordenou que Sima saísse da cama para buscar uma faca de pau de bambu para, com ela, coletar frutas. Sima passou horas buscando a faca, mas não a encontrou, voltando para casa de mãos vazias, o que gerou a ira do seu pai que, aparentemente sem controle, disse-lhe que a sua família iria passar fome por causa dele, mandando que buscasse outro lugar para viver.

[1] Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Email: luizaadenaengers3@gmail.com
[2] Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e pela Universidad de León/ES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor de pós-graduação e graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Juiz de Direito. Membro do TRE-PR. Email: tiagogagliano@hotmail.com

Sima saiu do local e, após pedir uma caneta emprestada ao seu irmão que casualmente encontrou pelo caminho, redigiu uma nota dizendo: "Hoje a minha vida chega ao seu fim. É um dia triste para mim, um dia em que sofro. Mas, para o meu pai, é um dia para celebrar." e seguia dizendo adeus à mãe e graças ao pai por amá-lo tão pouco. A nota foi encontrada por seu irmão, ao lado do corpo inerte de Sima, pendurado pelo pescoço em uma corda[3].

Malcolm Gladwell relata que à época, na Micronésia, suicídios não eram comuns, mas depois do evento ocorrido com Sima a região passou a ostentar um incremento tão alto na taxa de mortes por esse meio que aos finais da década de oitenta despontava como o lugar do mundo com mais suicídios per capita. Os jovens estavam tirando as suas vidas por quaisquer motivos, desde verem as suas namoradas com outros meninos, até porque seus pais negavam dar-lhes dinheiro para comprar cerveja, ou comprar uma roupa nova. Houve até mesmo um menino de onze anos que, retirado da corda em que estava pendurado e já com o rosto roxo, foi perguntado acerca do motivo pelo qual estaria assim agindo, ao que incrivelmente respondeu que apenas queria tentar se enforcar e não propriamente se matar.

Esta conduta por parte dos adolescentes estaria sendo fruto de um estímulo com o qual não sabiam lidar? Estariam eles agindo impulsionados por algo que não conseguiam perceber, sendo levados a conduzir as suas ações de maneira que nem eles mesmo compreendiam?

Estas dúvidas foram trabalhadas por inúmeros profissionais a respeito do caso dos suicídios na Micronésia e, como era de se esperar, encontraram algum tipo de motivação para a prática das condutas por parte dos adolescentes que não se situava propriamente na linha de pensamento direta deles. Então, em assim sendo, a que força se poderia atribuir essa prática? E qual a sua esfera de atuação no comportamento humano?

---

[3]Toda a descrição do evento, assim como os seus antecedentes e consequentes para os demais jovens da Micronésia podem ser lidos em: GLADWELL, Malcolm. El punto clave. Traducción de Inés Belaustegui. Mexico: Ed. DEBOLSILLO, 2017, p. 236-239.

O presente artigo gira em torno deste eixo; ou seja, pretende-se, a partir da compreensão da ideia de nudge esquadrinhada por Richard Thaler e Cass Sustein, pesquisar do que trata esta ideia que impulsiona movimentos, como e se pode ser aplicada no ambiente jurídico, institucional e até mesmo orgânico da atuação do tomador de decisão.

A hipótese de trabalho com a qual se lidará ao decorrer do texto será, portanto, a seguinte: o nudge, da maneira como mencionado por Thaler e Sustein, é inevitável, de modo que deve ser compreendido, esmiuçado e trabalhado enquanto componente do contexto da descoberta para fins de providenciar argumentação racional em nível de tomada de decisão e, em ambiente institucional, funcionamento mais adequado dos aparelhos públicos, nacionais e internacionais.

A fim de explorar essa hipótese de trabalho, confirmando-a ou refutando-a, será utilizado o método exploratório, com ênfase em bibliografia não necessariamente jurídica e apoio em material de pesquisa inserido no contexto da rede mundial de computadores, a internet.

2. CONCEITO DE NUDGE E POLÊMICAS SUSCITADAS

Inicialmente, revela-se de enorme importância fazer uma pseudo-retratação com o fim de evitar má interpretação no estudo do polêmico instituto *nudge* e sua utilização no sistema judiciário. Parafraseando o dito por Wilkinson, não se deve ter pressa em julgar se o *nudge* é manipulador ou não, nem mesmo se colocar a favor ou contra seu uso[4].

Tomar decisões melhores para a saúde, prosperidade e felicidade sem fazer um esforço consciente para isso é o que Richard H. Thaler e Cass R. Sustein chamaram de *nudge*. Segundo os autores, pequenas mudanças no contexto podem influenciar as pessoas

[4]WILKINSON, T. Martin. Nudging and manipulation. Amsterdam: Political Studies, 2013. v. 61, n. 2. p.342: "(...) one should not rush to judgement when trying to decide whether nudging manipulates. More conclusively, the remaining sections claim that nudges at least do not manipulate when they are based on the right intentions or when they are consented to. As we shall see, some nudges would manipulate, some would not, and some are hard to assess."

a tomarem decisões premeditadas. Analisou-se, na primeira exemplificação contida no livro, a hipótese de organizar os alimentos disponíveis em uma escola de modo a influenciar as crianças a consumirem produtos mais saudáveis em contraposição às opções que somente visavam lucro, ou que deixariam os produtos organizados aleatoriamente não exercendo influência sobre as crianças. Mudanças no contexto são feitas por arquitetos de escolhas (choice architects), de acordo com a obra, e defendem que não há design neutro; então, melhor que a ação seja levada a cabo com o objetivo de influenciar as pessoas a tomarem decisões mais benéficas.

Um outro exemplo trazido no texto sobre a sutilidade do *nudge* foi colocado em prática no aeroporto de Schiphol em Amsterdã, onde nos mictórios foi colocado um adesivo de uma pequena mosca, gerando uma diminuição significativa nos custos de limpeza. Aad Kieboom, o economista que direcionou a expansão do estabelecimento explicou que a mosca influencia os homens a mirarem nela, gerando o resultado esperado, menos sujeira. Isso é um *nudge*. Em suma, deste modo, o *nudge* é a intervenção na organização da arquitetura de maneira a influenciar o comportamento das pessoas de maneira premeditada, sem eliminar opções, ou incentivos.

Outro elemento essencial do *nudge* é que usa mecanismos psicológicos, vieses cognitivos e heurística que usualmente levam as pessoas a tomarem decisões contrárias aos seus próprios interesses, mas de modo a influenciá-las para o bem. Os autores explicam, com aporte nos ensinamentos de Daniel Kahneman, que a tomada de decisões opera por dois sistemas. O sistema 1 se revela automático, inconsciente, rápido e impulsivo. O sistema 2, de modo contrário, mostra-se reflexivo, consciente e controlado. Críticas contra o *nudge* apontam seu caráter manipulador e paternalista. Thomas Nys e Bart Engelen, no entanto, defendem que não há manipulação pelo simples fato das técnicas sutis do nudge fazerem uso dos mecanismos irracionais de tomada de decisão impulsivas, utilizando-se, portanto, do sistema 1.

Vale mencionar que os criadores do termo se consideram libertários paternalistas, conquanto essa expressão possa soar algo contraditório. Explicam que possuem consciência da incongruência, *prima facie,* na junção dos termos. Posicionam-se a favor da preservação da liberdade das pessoas, livres para fazerem o que querem, enquanto a parte paternalista reside em ver como legítimas as ações de arquitetos de escolhas que tentam influenciar o comportamento das pessoas, com o único objetivo de melhorarem suas escolhas. Eles defendem esforços conscientes do setor privado e do governo a mover as escolhas das pessoas em direções que melhorem suas vidas. Ressaltam, novamente, suas posições contra um governo intervencionista, nem de esquerda nem de direita, mas apenas seus apoios face uma melhor governança, mais consciente, que não reduza as opções, mas sim as organize de modo que as pessoas recebam um leve empurrão na direção da decisão mais benéfica.

Wilkinson, por sua vez, discorda do caráter altruísta do *nudge*. Considera-o, pelo contrário, manipulante e violador da autonomia individual. Ele se mostra a favor da persuasão natural, em oposição ao *nudging*. A inconsciência de quem foi manipulado somente comprova a sutileza e força da manipulação, segundo o autor, não demonstrando que sua utilização seja ética.

John Stuart Mill, desde o século XIX, conquista seguidores na teoria exposta no artigo denominado "On Liberty", em que expõe que o Estado não deve coagir o indivíduo para o proteger de si mesmo, nem mesmo indireta ou sutilmente:

> In the part which merely concerns himself his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign[5].

A inofensibilidade do *nudge* parece residir no fato de que não busca mudar intenções preconcebidas; em outras palavras, atua nas decisões ainda não tomadas, de uma maneira a encaminhá-las para

[5] MILL, John Stuart. On liberty. London: 1859. p. 7. Tradução livre: "Na parte que somente concerne a ele mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre ele mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano".

o melhor lado. Supõe-se que se uma pessoa está decidida a fazer algo, não seria um *nudge*, uma pequena alteração na disposição dos bens oferecidos ou da arquitetura do lugar, que a faria mudar de ideia. Vale mencionar novamente, o *nudge* não interfere na quantidade de opções e é de fácil resistência; de modo contrário, deixaria de ser libertário, como sugerem Nys e Engelen.

A diferença entre manipulação ou qualquer tipo de má influência e o *nudge* é tênue, porém, existente. E na tenuidade da linha separatória que reside a possibilidade de *nudge* e a impossibilidade, pela razão de ser antiético, de se manipular. Importante ressaltar, inclusive, que a ideia de que o *nudge* seria legítimo quando usado deliberadamente pelo Estado sob a justificativa de que este sabe o que é melhor para o indivíduo não condiz com o que se argumenta no presente artigo. O *nudge* no sistema jurídico se revela mais sutil e específico do que mudanças na arquitetura de ambientes para o bem da saúde pública. Em outras palavras, o *nudge* no sistema jurídico deve ser bem estudado, analisado por uma gama multidisciplinar de profissionais, dependente de ciências sociais modernas sobre o pensamento e comportamento humano, de modo a fazer do processo jurídico e suas decisões mais justos.

A transparência e a publicidade dos meios de *nudge* são características necessárias para esta prática não cruzar acidentalmente a linha que o divide de práticas manipulatórias. Pelo exposto, análise mais minuciosa deve ser realizada com relação à hipótese de utilização de *nudges* no âmbito do Poder Judiciário e do Direito, mais amplamente considerado. Seria possível sua conciliação com os valores expressos na Constituição Federal brasileira e condizente com os direitos humanos e princípios do Direito Internacional? Caberia controle de convencionalidade para avaliar práticas de *nudge* incorporadas no sistema jurídico?

3. NUDGE NO SISTEMA JURÍDICO

Dan Simon, em seu livro "In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process", afirma:

> uma das características óbvias do processo da justiça criminal é a maior parte da operacionalização ser majoritariamente através de pessoas: testemunhas, detetives, suspeitos, advogados, juízes, jurados… Veredictos criminais são o resultado da combinação de operações mentais das pessoas envolvidas no processo.[6]

O impacto das operações mentais destes influenciadores no sistema legal deve ser levado em consideração pela estrutura jurídica. Inviável a determinação de processos sem avaliar a influência que os meios cognitivos dos participantes geram no resultado.

No processo penal existem alguns métodos questionáveis de obtenção de evidências. A dúvida com relação à imparcialidade da prova não reside em má-fé, mas sim na formação cognitivo-biológica do ser humano. Malatesta afirma que todo o crime provoca perturbação no ofendido que, tornando-lhe difícil a percepção exata das coisas, torna possíveis os erros. A percepção exata dos detalhes é afetada e na dúvida, *pro reu*. Segundo ele:

> O grande desejo, natural em quem foi vítima de um crime, de alcançar a descoberta do réu, preocupando o seu espírito já perturbado pela ofensa sofrida, torna-o propenso para as suposições, fazendo aceitar como probabilidades simples dúvidas, e como certeza as probabilidades.[7]

O princípio da presunção de inocência deve ser mais concreto do que a fragilidade de provas incriminadoras baseadas em testemunhas oculares. Utiliza-se aqui a situação específica das testemunhas oculares, visto que neste exemplo a visualização da sua instabilidade fica facilitada e a explicação do motivo disto reside no fato de que esta espécie probatória deposita demasiada confiança no corpo humano, influenciado por todos os seus hormônios, químicas, emoções, experiências prévias, preconcepções, dentre incontáveis outros fatores subjetivos.

---

[6] SIMON, Dan. In doubt: The psychology of the criminal justice process. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p.2. Original: "[o]ne of the obvious features of the criminal justice process is that it is operationalized mostly through people: witnesses, detectives, suspects, lawyers, judges, and jurors… Criminal verdicts can be no better than the combined result of the mental operations of the people involved in the process."

[7] MALATESTA, Nicola Framarino dei. La logica delle prove in materie criminale. v. 1. Torino: Unione Tipográfico-Editrice, 1895. p. 430.

No caso State v. Henderson, a Suprema Corte de Nova Jersey expôs o seguinte:

> Estudo seguido de estudo revelou uma preocupante falta de credibilidade na identificação por testemunhas oculares. Desde pesquisas de ciências sociais à revisões de desfile de identidade e experimentos laboratoriais à exoneração de DNA, o registro mostra que que a possibilidade de equívocos na identificação é real. De fato, não há discussão de que equívocos na identificação ocular é a maior causa de vereditos injustos no país.[8]

Ainda no mesmo caso, a Corte concluiu:

> Nós estamos convencidos pelas provas científicas registradas que a memória é maleável e que uma variedade de variáveis pode afetar e dissolver a memória, levando para identificações equivocadas.[9]

Concluiu-se, ainda, no mencionado julgado, que o padrão atual para avaliar provas decorrentes de testemunhas oculares não oferece medidas adequadas de confiança ou que desencorajam suficientemente a má conduta policial.

Ao levar essa realidade ao júri, o impacto causado pelos depoimentos de testemunhas oculares é mais preocupante, visto que os jurados não possuem conhecimento dos diversos fatores que a influenciam, nem mesmo que o fato de o indivíduo jurar que algo aconteceu não torna aquilo verdade.

Devine exemplifica, com base em estudos em diferentes ambientes, algumas variáveis que alteram o resultado. De maneira mais clara, ele cita alguns exemplos em que o sistema irracional do cérebro humano age de modo a alterar o fim. Ele cita que detetives depositam confiança na confirmação de preconcepções nas investi-

---

[8]State v. Henderson, 27 A.3d 872, 912–14 (2011). Original: "Study after study revealed a troubling lack of reliability in eyewitness identifications. From social science research to the review of actual police lineups, from laboratory experiments to DNA exonerations, the record proves that the possibility of mistaken identification is real. Indeed, it is now widely known that eyewitness misidentification is the leading cause of wrongful convictions across the country." Acesso em: 12 de março de 2019. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1578475.html>

[9] Ibid. Original: "We are convinced from the scientific evidence in the record that memory is malleable, and that an array of variables can affect and dilute memory and lead to misidentifications."

gações criminais; jurados criminais confiam em excesso no depoimento de testemunhas oculares; jurados civis relacionam suas concepções do valor da moeda com o prejuízo sugerido pelo advogado e que juízes possuem dificuldade em desconsiderar provas inadmissíveis[10].

Estes desvios são, além de irracionais, pois realizados pelo sistema 1, previsíveis. Tendo isso em consideração, Greene e Bornstein sugerem que as normas processuais sejam desenhadas de modo a reduzir o impacto destes desvios irracionais e prevenir, assim, que eles venham a afetar o desenvolver do julgamento. Visando viabilizar a solução, propõe duas perguntas: 1 - quais decisões jurídicas podem ser afetadas por um viés cognitivo? 2 - quão dramática podem e devem ser as alterações dos procedimentos no referente a essas irracionalidades previsíveis?[11]

Parece que soluções estariam relacionadas à necessidade de revisão das conclusões, para fazer um contrapeso no momento em que houve comportamento previsível. Simon[12] oferece duas possibilidades: forçar as autoridades a desenvolver hipóteses alternativas e a explicar o motivo de não refletirem a realidade; e alguns membros designados a criarem teorias divergentes, para fomentar debate e levantar pontos negativos e positivos em cada hipótese[13].

Devine sugere, por sua vez, que não seja feita a união das acusações criminais sobre o mesmo indivíduo em um mesmo julgamento, pelo fato de causar uma parcialidade na razão dos julgadores. Especificamente em tribunais do júri, percebe-se que se projetam no acusado características do estereótipo de infratores da lei, inclusive, gerando confusão entre a relevância das provas para ações distintas. Em suas palavras:

---

[10]DEVINE, Dennis J. *et al.* Jury decision making: 45 years of empirical research on deliberating groups. Washington, DC: Psychology, public policy, and law, v. 7, n. 3, 2001. p. 622.

[11]GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. Nudging the justice system toward better decisions. Chicago: Northwestern University Pritzker School of Law, 2013. p. 1162.

[12]SIMON, Dan. In doubt: The psychology of the criminal justice process. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p.2.

[13]GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. 2013. *op. cit.* p. 1163.

> (...) mistaken assumption of the legal system is that jurors can compartmentalize their thought processes. This is most apparent in the instructions that juries receive, which presume that jurors can parse the evidence as it comes in and use some for this purpose and some for that.[14]

Interessante mencionar que Devine ressalta o pouco impacto de instruções limitantes[15], exemplificadas em notificar os jurados a não misturarem os objetivos das provas.

Ambos, Simon e Devine, reconhecem que a certeza do depoimento de uma vítima ocular afeta drasticamente a opinião dos jurados. E, como mencionado anteriormente, a formação químico-biológica do cérebro humano pode errar em suas percepções. Ademais, testemunhas que tomam conhecimento que outra testemunha identificou o acusado como o autor do crime[16], ou até mesmo se o administrador do processo de reconhecimento pessoal (*lineup*) confirma a indicação da testemunha como o autor do crime[17], aumentam a confiança das testemunhas em suas suspeitas, mesmo se os indicativos não forem verídicos.

Operadores do Direito e economistas vêm defendendo sutis reestruturações legais de modo a permitir que processos mentais diferentes predominem e previnam distorções provenientes de erros cognitivos[18]. Outra questão que surge é sobre quem recairia a responsabilidade de reestruturar partes do processo de tomada de decisões legais para o tornar mais justo. A confiança depositada no processo, eivado de garantias legais como contraditório e ampla defesa, no entanto, não considera o efeito negativo e invisível de parcialidades e erros cognitivos. Deste modo, o *nudge* pode ser inserido no processo judicial e de tomada de decisões, com sua sutileza, sem alterar a estrutura burocrática dos procedimentos legais.

---

[14]DEVINE, Dennis J. Jury decision making: The state of the science. New York: NYU Press, 2012. p. 60.
[15]Ibid. DEVINE, Dennis J. 2012. p. 61.
[16]Ibid. GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. 2013. p. 1164.
[17]Ibid. GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. 2013. p.1165.
[18]Ibid. GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. 2013. p. 1166.

4. *IMPORTÂNCIA DO NUDGE EM NÍVEL POLÍTICO-INSTITUCIONAL*

No contexto europeu, possibilidade de *nudge* vertical (hierarquicamente superior) pode ser percebido na relação entre as decisões dos casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante CrEDH, ou Corte de Estrasburgo) e as leis internas de Estados-membro do Conselho da Europa. David Kosař utiliza a expressão para descrever o que na sua opinião são atitudes vindas da Corte de obediência obrigatória por parte dos Estados, que devem moldar e estruturar seus sistemas judiciais conforme o melhor entendimento daquela[19]. No entanto, mesmo sendo membro do Conselho Europeu e da União Europeia, os países conservam sua soberania e não possuem a obrigação de alterar seus sistemas internos. De todo o modo, é nesta falta de obrigatoriedade de obedecer os entendimentos, mas que continuam sendo seguidos, que reside o *nudge*.

No caso *Borgers v. Bélgica*[20] a Corte de Estrasburgo considerou contra o art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos[21] a figura do *Advocate General* na Corte de Cassação Belga. Segundo Kosař, a Corte desde então vem questionando a presença de figuras semelhantes nas Cortes Portuguesa, Francesa, Alemã e também o *commissaires du gouvernment* do Conselho de Estado Francês.

O que se expõe como *nudge*, na opinião dos escritores do presente artigo, ao invés de demonstrar atos de *nudge*, assemelha-se ao cumprimento do dever dos Estados de harmonizar seus entendimentos, julgados e procedimentos segundo o interpretado pelas

---

[19] KOSAR, David. Nudging domestic judicial reforms from Strasbourg: how the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design. Utrecht: Utrecht Law Review, 2017. v. 13, n. 1, p. 112-123.

[20] ECtHR, Borgers v. Belgium, 30 October 1991, no. 12005/86, para. 26

[21] ECHR: "6. Right to a fair trial: 1. any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."

Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Seja no sistema europeu, no africano ou no americano. Existe a obrigação de *soft law* de todos os membros do governo, composto por órgãos e indivíduos, de adaptar os sistemas internos de acordo com os julgados. Seguimos o entendimento de Miguel Carbonell[22], de acordo com quem a interpretação da Convenção segundo a Corte deve ser seguida de maneira obrigatória. Tal obrigatoriedade não se projetaria apenas nos juízes, mas em todas as autoridades estatais.

Do mesmo modo que existe a "coisa julgada", devemos entender a existência de "coisa interpretada", sendo a decisão consultiva obrigatória para todos os Estados-parte da CADH (a parte resolutiva da sentença vinculando somente as partes no litígio), independente se partes no litígio ou não. Este pensamento deriva da lógica do artigo 69 da Convenção, pois exige que as sentenças da Corte sejam notificadas não somente aos Estados parte do litígio, mas a todos os Estados-parte[23].

No sistema interamericano, defende-se que os critérios interpretativos da jurisdição interamericana são obrigatórios e não apenas orientadores aos juízes nacionais e possuem, emprestando o termo utilizado pelo juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor no parágrafo 79 do seu voto na sentença do caso Cabrera García e Montiel Flores contra México, "eficácia direta" sobre todos os Estados nacionais que reconheceram a jurisdição da Corte[24].

No artigo de Kosař, ele confunde a sutileza do *nudge* em direção a melhores decisões, com a diplomacia e todas as relações políticas existentes nos meandros do sistema da União Europeia. Parece que a crítica dele é em direção ao desenvolvimento da Corte, que vem se mostrando mais intervencionista e estabelecendo deveres mais claros, com menos espaço para discricionariedade, o que não há problema, visto que o Direito reflete a sociedade e seus

[22] CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2013.

[23]NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Ciudad de México: boletín mexicano de derecho comparado, 2012. v. 45, n. 135, p. 1167-1220.

[24]RAMÍREZ, Sergio García. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007. p.658.

costumes, desenvolvendo-se e readaptando-se. Especialmente quando o tema é Direitos Humanos, defende-se que a interpretação deve ser a mais favorável possível aos indivíduos, e mais, possuem característica de instrumento vivo pela necessidade de constante evolução[25].

Kosař faz uma análise do impacto de revisões da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre decisões referentes aos processos disciplinares sobre juízes. Estas, por sua vez, podem ser consideradas *nudge*. As decisões da Corte Europeia possuem efeito *erga omnes*, mas sob natureza de *soft law*, ou seja, os países que não são parte no litígio tem o dever moral (e costumeiro) de seguir o entendimento da sentença. Ao se considerar os efeitos colaterais da jurisprudência daquela Corte, percebe-se que os juízes procuram se tornar mais conscientes ao analisar se um processo é justo ou não, segundo o art. 6 da Convenção.

Reconhece-se complicado permitir que Cortes internacionais elaborem sentenças e emitam pareceres de maneira a *nudge* as autoridades internas do país. Visto que não haveria poder superior ou de igual hierarquia para gerenciar a ausência de caráter manipulador dos *nudges* provenientes de Cortes internacionais. Nas palavras de Rui Barbosa: "A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer". Por isto, ressalta-se que não se defende aqui a hipótese de ditadura do Poder Judiciário através de *nudges*, mas que existe a possibilidade de gerenciar pensadas influências sobre a tomada de decisões no Direito. A fonte emissora destas influências não seria necessariamente poder hierarquicamente superior, mas decorrentes de diversas iniciativas variadas, racionalizadas e analisadas por uma rede de profissionais multidisciplinar.

[25] ECtHR. Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, p. 102, Series A no. 161; Vo v. France [GC], No. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII; and ECtHR. Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], Nos. 46827/99 and 46951/99, § 121).

5. *NUDGE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL*

As Escolas de Economia e de Direito de Toulouse, na França, guiado pelo pesquisador Daniel Chen, vêm analisando a ideia de utilizar inteligência artificial (AI) para corrigir vieses do sistema judiciário, visando ilustrar que fatores que geram imparcialidade não precisam, necessariamente, ser antiéticos, mas podem ser influências cognitivo-comportamentais sobre as quais nem sempre há consciência, como a falácia do jogador. Também conhecida como a falácia de Monte Carlo, é o viés comportamental que se origina de uma falha em compreender a noção de independência estatística e que nos faz "calcular" a probabilidade de um acontecimento com base na quantidade de vezes que ele já ocorreu. Em outras palavras, em um jogo de "cara ou coroa" que tenha ocorrido "cara" muitas vezes seguidas, esse viés pode levar uma pessoa a acreditar que a probabilidade de sair "coroa" no próximo lançamento é maior do que 50%, ignorando o fato de que cada jogada é um evento independente. Segundo Chen:

> If I'm an assigning judge and I assign asylum too many times in a row, I may worry that I'm becoming too lenient. Then I actively try to autocorrect. So the next time, I'll deny asylum. That's an extraneous influence because how I ruled on the previous case wrongly affects the ruling on the current case26.

No artigo "Early Predictability of Asylum Court Decisions", sobre previsibilidade de resultados em pedidos de asilo, utilizou-se de tecnologias de *machine learning* para tentar prever as decisões dos juízes sobre pedidos de asilo usando informações sobre a identidade do juiz e a nacionalidade do requerente27. Os resultados foram consideravelmente certeiros. A temperatura dos gabinetes

---

[26]CHEN, Angela. The Verge. How artificial intelligence can help us make judges less biased. Washington: Vox Media, 2017. Acesso em: 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/1/17/18186674/daniel-chen-machine-learning-rule-of-law-economics-psychology-judicial-system-policy>

[27]CHEN, Daniel L. *et al.* Early predictability of asylum court decisions. Toulouse: Toulouse School of Economics (TSE), 2017. p.5.

pode influenciar nas decisões28 e juízes tendem a ser menos rigorosos quando o dia do julgamento coincide com a data de aniversário do acusado/réu[29].

As novas tecnologias prometem otimização das tomadas de decisão no ambiente jurídico. O uso de Linguagem Natural de Processamento (NLP em inglês), Machine Learning e Inteligência Artificial, devem ser combinados à necessidade de educar a população, no caso, os membros do poder judiciário, incluindo todos os operadores do Direito, sobre a método e motivos de utilização destas tecnologias. Elas identificariam padrões, que ficariam públicos, visíveis e acessíveis para serem colocado na balança da tomada de decisões. A simples consciência de ter suas decisões analisadas estatisticamente por máquinas, levaria os operadores do Direito a pensarem duas vezes sobre suas conclusões.

6. CONCLUSÃO

Revela-se tarefa demasiada complicada a definição de um método de identificação de um *nudge* manipulatório, mas definitivamente o é se causar alterações na tomada de decisão do alvo[30]. O *nudge*, em si, enquanto mecanismo de tomada de decisão a partir de sugestão elaborada pelo arquiteto de decisões, pode encontrar resistências éticas, morais, econômicas, psicológicas e até mesmo jurídicas, nomeadamente, neste último caso, se materializado em direito positivo. Entretanto, não há como escapar à sua aplicação. Fatores intrínsecos e subjetivos da composição da realidade influ-

[28]CHANG, Bettina. Does A Cold Courtroom Result In Murder Convictions? Pacific Standard, 2014. Acesso em: 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://psmag.com/social-justice/cold-courtroom-result-murder-convictions-80554>

[29]CHEN, D. L.; PHILIPPE, A. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. Toulouse: Institute for Advanced Study in Toulouse/Toulouse School of Economics, 2017. p.11.

[30]Ibid. WILKINSON, T. Martin. 2013. p. 354: "A nudge would be manipulative only if the method perverted the target's decision.We do not have a good general account of such perversion but a piecemeal approach allows us to draw conclusions about specific nudges. A nudge would be manipulative only if the nudger had manipulative intentions. A nudge does not meet this necessary condition if it has a genuine escape clause, that is, if the nudger sincerely wants the targets not to act in the nudged way if the nudging is unsuitable for them. And a nudge may be manipulative but consistent with its target's autonomy if, but only if, the target consented to it."

enciarão desde os ambientes mais recônditos da individualidades do ser, até o nível institucional mais amplo de atuação de organismos nacionais e internacionais.

Tendo em linha de conta esta realidade, parece inevitável examinar a tomada de decisão a partir do *nudge*, ainda que para incrementar a consciência dos decisores quanto a fatores aparentemente invisíveis que lhes são direcionados ao momento da produção de uma prova, ou da interpretação de uma regra legal. Nessa linha, parece interessante repisar, neste momento conclusivo, que o contexto argumentativo de justificação está, diante desta nova realidade subjetiva que produz e acarreta decisões em níveis de maior ou menor consciência, carecendo de um aprofundamento no contexto da descoberta, relegado inicialmente ao desdém quando se trabalha com a ideia de argumentação racional.

Ao longo deste trabalho, em boa parte limitado ao desvelo do estado da arte da aplicação do *nudge* na tomada de decisão, pretendeu-se demonstrar que, inexistindo como escapar de uma realidade - ainda que houvesse motivos para tanto -, melhor será trabalhar com ela, esquadrinhando-a e a conhecendo de maneira tão aprofundada quanto possível. Assim agindo, estará o operador do direito atuando em conformidade com o que já se apregoa e pratica nos meandros econômico e psicológico, para citar poucos ramos do conhecimento que já trabalham com esta ideia. Por todo o exposto, revela-se plenamente possível a conciliação de *nudges* no Direito com os valores expressos na Constituição Federal brasileira e condizentes com os acordos ratificados de Direitos Humanos, bem como com os princípios de Direito Internacional. Ou seja, a prática pode ser ambos constitucional, convencional e, ademais, condizente com a busca pela mais justa justiça.

7. REFERÊNCIAS

BOVENS, Luc. The ethics of nudge. Dordrecht: Springer, 2009. p. 207-219.

CHANG, Bettina. Does A Cold Courtroom Result In Murder Convictions? Pacific Standard, 2014. Acesso em: 18 de abril de

2019. Disponível em: <https://psmag.com/social-justice/cold-courtroom-result-murder-convictions-80554>

CHEN, Angela. The Verge. How artificial intelligence can help us make judges less biased. Washington: Vox Media, 2017. Acesso em: 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/1/17/18186674/daniel-chen-machine-learning-rule-of-law-economics-psychology-judicial-system-policy>

CHEN, Daniel L. *et al.* Early predictability of asylum court decisions. Toulouse: Toulouse School of Economics (TSE), 2017. p.5.

CHEN, D. L.; PHILIPPE, A. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. Toulouse: Institute for Advanced Study in Toulouse/Toulouse School of Economics, 2017. p.11.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2013.

DEVINE, Dennis J. *et al.* Jury decision making: 45 years of empirical research on deliberating groups. Washington, DC: Psychology, public policy, and law, v. 7, n. 3, 2001.

DEVINE, Dennis J. Jury decision making: The state of the science. New York: NYU Press, 2012.

FERRER, E.; HERRERA, A. Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GLADWELL, Malcolm. El punto clave. Traducción de Inés Belaustegui. Mexico: Ed. Debolsillo, 2017, p. 236-239.

GREENE, E.; BORNSTEIN, B. H. Nudging the justice system toward better decisions. Chicago: Northwestern University Pritzker School of Law, 2013. p.1162 - 1165. Acesso em: 12 de março de 2019. Disponível em:

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7466&context=jclc>

GRILL, Kalle. Expanding the nudge: designing choice contexts and choice contents. Umea: Umeå University, 2014. Acesso em: 08 de março de 2019. Disponível em:

<https://philarchive.org/archive/GRIETN>

KOSAR, David. Nudging domestic judicial reforms from Strasbourg: how the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design. Utrecht: Utrecht Law Review, 2017. v. 13, n. 1, p. 112-123. Acesso em: 19 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/316004199_Nudging_Domestic_Judicial_Reforms_from_Strasbourg_How_the_European_Court_of_Human_Rights_shapes_domestic_judicial_design>

MALATESTA, Nicola Framarino dei. La logica delle prove in materie criminale. v. 1. Torino: Unione Tipográfico-Editrice, 1895. p. 430. Acesso em: 12 de março de 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Nicola%20Framarino%20dei%20Malatesta-1.pdf>

MILL, John Stuart. On liberty. London: 1859. Acesso em: 09 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.stephenhicks.org/wp-content/uploads/2013/03/milljs-on-liberty-1-and-2.pdf>

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Ciudad de México: boletín mexicano de derecho comparado, 2012. v. 45, n. 135, p. 1167-1220.

NYS, T. RV; ENGELEN, B. Judging nudging: Answering the manipulation objection. Amsterdam: Political Studies, 2017. v. 65, n. 1, p. 200.

RAMÍREZ, Sergio García. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007. p.658.

SIMON, Dan. In doubt: The psychology of the criminal justice process. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p.2.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Penguin books: 2008.

WILKINSON, T. Martin. Nudging and manipulation. Amsterdam: Political Studies, 2013. v. 61, n. 2. Acesso em: 11 de mar-

ço de 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2012.00974.x>

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ: EN RAZÓN DE LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS ACAECIDOS EN EL PODER JUDICIAL Y EN EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Esteban Carbonell O´Brien[1]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Control concentrado. 3. La actualidad del control concentrado. 4. Control difuso. 5. Control legislativo. 6. El control de la constitucionalidad en la Carta de 1979. 7. El control de la constitucionalidad en la Constitución de 1993. 8. Conclusión.

1. Introducción

Perú es un país que se ha caracterizado por la poca duración de sus textos constitucionales desde los inicios de vida republicana, lo cual se ve reflejado en la cantidad Constituciones a lo largo de su historia. Son el total once las Constituciones que han existido a lo largo del devenir político y jurídico en la historia peruana, siendo la de 1993 la que está vigente en la actualidad. Este número de Constituciones nos hace reflexionar acerca de nuestra propia cultura constitucional ya que sustituir una carta fundamental por otra supone inestabilidad e inseguridad. Ciertamente esto se debió, en parte, a que las constituciones políticas de años atrás sirvieron como marco político en lugar de uno jurídico, considerando más importante las leyes dadas por el poder legislativo y las normas con rango de ley del ejecutivo que lo contenido en el propio texto con-

[1] Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España y Master en Derecho Constitucional por la Universidad de Bologna, Italia

stitucional. Todo esto cambió a lo largo de los últimos años en donde la Constitución Política pasó de ser un simple referente "político" a ser una "norma jurídica" en sí misma, esto es, que su observancia, cumplimiento y respeto es vital para un Estado Constitucional de Derecho2 . Es así que lo dispuesto por la Constitución empezó a jugar un rol determinante en el control político y jurídico de la Nación.

El presente artículo tiene como objetivo brindar una aproximación a los diversos controles de constitucionalidad contenidos en el vigente texto constitucional peruano. En esta ocasión, nos centraremos en el control relativo a la defensa del principio de supremacía constitucional respecto de las demás normas que conforman el sistema jurídico peruano. A manera de sinopsis, abordaremos lo referido a los sistemas de control de constitucionalidad existentes. Luego, explicaremos los sistemas de control contenidos en la Constitución Política peruana. Por último, tocaremos un tipo de control no muy usado pero que constituye una herramienta de control más nos que ofrece el sistema jurídico peruano.

Podemos señalar que existen, a nivel mundial, dos grandes sistema de control constitucional, entre ellos: el europeo o de Justicia Constitucional concentrada, generalizado a partir de la constitución austríaca de 1920 y de la obra de Hans Kelsen, en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto, declaraciones generales ERGA OMNES de plenos efectos derogatorios. El segundo sistema es el americano o de control difuso (también denominado de la Judicial Review), permite que sea el mismo órgano jurisdiccional ordinario el que desarrolle la función de control de la constitucionalidad inaplicando una norma que con-

[2] GASCÓN ABELLÁN, MARINA. El papel del juez en el Estado de Derecho. En: La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra Editores. Lima-Perú. Páginas: 21-26

traviene la constitución para el caso en concreto, manteniendo la norma en cuestión en el ordenamiento.[3]

Podemos observar que el primer sistema nos ofrece un control más efectivo a efectos que la norma cuestionada puede ser retirada del ordenamiento jurídico previa pronunciación del órgano colegiado respectivo, teniendo efectos generales. En cambio, el segundo sistema nos ofrece una forma de control distinta ya que cabe la posibilidad de inaplicarse una norma de inferior nivel alegándose su inconstitucionalidad para el caso en concreto, es decir, en la causa vista por el juez y sólo para ella, siendo los efectos vinculantes sólo para las partes

Es así que el ordenamiento jurídico peruano en materia de control constitucional nos ofrece un sistema dual o mixto debido a que ambas formas han sido recogidas. En materia de control concentrado tenemos al Tribunal Constitucional que es un órgano colegiado reconocido constitucionalmente, encargado de analizar la constitucionalidad de las diversas normas legales. Por otro lado, tenemos también al control difuso el cual es ejercido tanto por los órganos judiciales como los administrativos.[4]

2. Control concentrado

El texto constitucional peruano establece en su artículo 201 que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de control de la constitución[5], siendo considerado -en la práctica- como el

[3] Cfr. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. Una aproximación a la justicia constitucional. En: Sobre la Jurisdicción Constitucional. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú. Páginas 151-187

[4] Nos referimos a los Tribunales Administrativos u órganos colegiados encargados de la solución de controversias entre los ciudadanos que siguen procedimiento administrativos contenciosos, en donde se cumple una función jurisdiccional dentro de sus facultades o competencias.

[5] Artículo 201 de la Constitución Política del Perú 1993: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.
Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos para ser Vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.
Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos

máximo intérprete de la misma debido a la intensa labor que viene desarrollando en la actualidad dirimiendo controversias en las cuales estén en juegos derechos fundamentales o pronunciándose sobre la constitucionalidad de normas legales de inferior rango como leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos, reglamentos, entre otros.[6]

Es así que su labor se ve precisada en el artículo siguiente donde se contempla que resuelve en instancia única la acción de inconstitucionalidad, función que nos importa en el presente caso[7]. Debido a que la acción de inconstitucionalidad implica cuestionar seriamente la constitucionalidad de una norma legal y su consecuente retiro del ordenamiento jurídico, la facultad para iniciar la mencionada acción está limitada por la propia Constitución, es decir, sólo podrán hacerlo los facultados por la Carta misma[8]. El Tribunal no actúa de oficio a manera de vigilante de la constitucionalidad, sólo actúa cuando los órganos y sujetos expresamente indicados en el artículo 203 de la Constitución inician un proceso ante este órgano colegiado.

El Tribunal Constitucional emite una sentencia, la cual no tiene efectos retroactivos, lo cual supone que los efectos generados por la norma son válidos en el período de tiempo que estuvo vi-

magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación"

[6] Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política del Perú de 1993: "La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo"

[7] Artículo 202 de la Constitución Política del Perú 1993: "Corresponde al Tribunal Constitucional: (1) conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; (2) conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; y (3) conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la constitución, conforme a ley.

[8] Artículo 203 de la Constitución Política del Perú 1993: "Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (1) el presidente de la República; (2) el Fiscal de la Nación; (3) el Defensor del Pueblo; (4) el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; (5) cinco mil ciudadanos con firmas legalizadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que éste porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; (6) Los presidentes de Región con acuerdo del consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia; y (7) Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad.

gente, desde su publicación hasta la sentencia que declara su inconstitucionalidad. Dicha sentencia es publicada en el Diario Oficial de la nación (en este caso el diario El Peruano), haciendo que la norma quede sin efecto al día siguiente de la publicación. La excepción a la irretroactividad de las sentencias del Tribunal Constitucional es lo referido a la materia tributaria. Según lo dispuesto por el artículo 74 de la Carta fundamental[9], no surten efectos las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece dicho artículo.

De esta manera, de acuerdo al artículo 81 del Código Procesal Constitucional: "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". Es así que en materia tributaria, de declararse la inconstitucionalidad de una norma, la retroactividad surge como una posibilidad.

De acuerdo a lo expresado, podemos concluir que el control concentrado está reconocido y regulado por la misma Constitución Política del Perú. Adicionalmente, en el año 2004 se dictó una ley que significó una codificación a las normas destinadas a iniciar procesos ante el Tribunal Constitucional. La Ley 28237 o Código Procesal Constitucional contiene todo lo referente al aspecto procesal (competencia, legitimidad, prescripción, etc.) de la justicia constitucional concentrada en materia de garantías constitucionales, tanto las referidas a la defensa de los derechos fundamentales como a la defensa del principio de supremacía constitucional.

3. La actualidad del control concentrado:

El Artículo 140 de la Constitución Austríaca establecía que "El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de

[9] El artículo 74 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece los principios que rigen en materia tributaria siendo estos: el de legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales. Estos principios constituyen límites al ejercicio de la potestad tributaria. De igual forma, el artículo precisa quienes gozan de potestad tributaria y la forma cómo esta se ejerce.

las leyes del Land a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional". Este modelo se extenderá rápidamente en Europa tras la primera pos guerra, por ejemplo, en la Constitución de la República Española aprobada en abril de 1931 se dispuso que el poder judicial estría a cargo del Tribunal Supremo y de una serie de cortes subordinadas a éste, adicionalmente se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales con la competencia de resolver principalmente la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa. El artículo 100 de dicha carta establecía que: "Cuando un Tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales". El órgano de control concentrado se introduce en el artículo 121 en los siguientes términos: "Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.

d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.

e) La responsabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros.

f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República".

Este modelo será recogido por la vigente Constitución española de 1978 cuyo artículo 161 establece que el Tribunal Con-

stitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

"a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas". Debe señalarse que el control concentrado no siempre será llevado a cabo por un Tribunal Constitucional, sino que existen ordenamientos en los que tal función es llevada a cabo por la Corte Suprema ya sea que conviva o no con funciones del poder judicial de control difuso16. El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay tiene previsto que si una persona estima que toda o parte de una ley lesiona "su interés directo, personal y legítimo" puede presentarse ante la Suprema Corte planteando que se declare su inconstitucionalidad. Según aclara dicho Código, el planteo "debe formularse por escrito", indicándose "con precisión y claridad, cuáles son los preceptos que se consideran inconstitucionales y todas las disposiciones o principios que se consideran violentados" (artículo 512). Si es el Juez o Tribunal ordinario ante quien tramita algún procedimiento judicial quien advierte que alguna ley que se podría aplicar al caso, es contraria a la Constitución solicitará, "de oficio" a la Suprema Corte, que se pronuncie sobre el tema17.

4. Control difuso

El texto constitucional peruano reconoce en su artículo 138 la segunda forma de control constitucional, donde se señala que: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma

constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

A diferencia del anterior sistema, este nos ofrece más acceso a la justicia constitucional debido a que un ciudadano no estaría limitado por el artículo 203 de la Constitución. En este sentido, si un particular inicia un proceso judicial y considera que una norma contraviene lo dispuesto en la constitución, podrá solicitar que se inaplique la norma. De igual forma, el juez puede optar por inaplicarla sin la solicitud de alguna de las partes, lo cual quiere decir que el control difuso en sede judicial es a pedido de parte o de oficio.

El control difuso en sede judicial tiene su propio procedimiento debido a que las sentencias expedidas por los jueces pueden ser elevadas en consulta para su respectiva observación ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para que se pronuncie sobre el tema. Todo esto se encuentra contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.[10]

Adicionalmente al control difuso en sede judicial, podría hablarse de control difuso en sede administrativa de acuerdo a lo que dispuso el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No 3741-2004-AA/TC, que constituye un precedente de observancia obligatoria. En esta sentencia, el Tribunal constitucional establece que si bien es cierto que la Administración Pública está sometida al principio de legalidad, ésta tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente. En este sentido, el ejercicio del control administrativo difuso se realiza a pedido de parte y de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el propio Tribunal Constitucional.[11]

[10] Artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano

[11] Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 13 de octubre de 2006 recaída en el proceso de amparo EXP. No 3741-2004-AA/TC. Fundamentos jurídicos 4, 5, 6 y 7.

El argumento ofrecido por el Tribunal Constitucional para sustentar la aplicación del control difuso en sede administrativa (Tribunales administrativos u órganos colegiados que dirimen controversias) se basa en la redacción del artículo 138 del texto constitucional. Dado que no existe una prohibición explícita ni otra norma que disponga lo contrario, es razonable reconocer esta facultad a la Administración Pública cuando ejerce función jurisdiccional dentro de su propio ámbito. Dicha interpretación contribuye también a que el Tribunal Constitucional pueda también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales (Hábeas Corpus, amparo, entre otros).[12]

Podemos concluir que el control difuso en el Perú, al igual que el control concentrado, está reconocido en la Constitución Política. Dado que su reconocimiento no establece prohibición alguna, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, estableció en el año 2006 que la Administración Pública tiene el deber de observar y cumplir lo dispuesto en la Carta Magna. De esta forma, se reconoce también la aplicación del control difuso en sede administrativa.

5. Control legislativo

Este tipo de control de la constitucionalidad es distinto a los comentados anteriormente. Ciertamente, este tipo constituye más un procedimiento o formalismo vinculado a la dación de normas legales que a un tipo diseñado específicamente para analizar la constitucionalidad de una norma.

Este procedimiento de control está recogido en los artículos 90 y 91 del Reglamento del Congreso de la República donde se contemplan procedimientos de control sobre la legislación delegada (cuando se trata de decretos legislativos) y sobre decretos de urgencia respectivamente.

[12] Blog del Christian Guzmán Napurí, Abogado y docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Artículo: "El Concepto de Constitución" publicado el 07 de noviembre de 2007. http://blog.pucp.edu.pe/category/2647/blogid/1033

Como bien sabemos, los decretos legislativos son una forma distinta de dictarse normas con rango de ley. Lo característico de esta forma es que el propio Congreso de la República dicta una ley autoritativa en donde establece un marco de delegación de facultades para el Poder Ejecutivo. Es con dichas facultades determinadas por ley, que el Ejecutivo puede dictar normas con fuerza de ley sobre materias que competen exclusivamente al Congreso de la República. De igual forma, la constitución reconoce en su artículo 118 inciso 19 que es facultad del Presidente de la República el dictar medidas extraordinarias, mediante Decretos de Urgencia (los cuales tienen fuerza de ley), en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional.

Ambas formas de dictar normas están subordinadas a que se dé cuenta al Congreso de la República para su evaluación. Una vez realizado el informe por parte del Ejecutivo, éste es evaluado por la Comisión de Constitución y Reglamento, la cual emitirá un dictamen o un informe al pleno sobre la constitucionalidad de los mencionados decretos, sugiriendo su derogación o modificación por el Congreso de la República.

Ciertamente, y a manera de comentario adicional, este tipo de control procedimental no es del todo efectivo debido -en gran parte- al sistema de gobierno peruano y al parlamento mismo. Como bien sabemos, son tres los sistemas de gobierno reconocidos en el Derecho Comparado: el régimen presidencial, el parlamentario y el semipresidencial. Cada uno de ellos tiene sus especiales características, encuentra su origen y funciona en determinadas realidades. En el Perú, si bien rige un régimen presidencialista, este está marcado de figuras propias del régimen parlamentarista, llegando a la conclusión que nuestro régimen es uno presidencial con rasgos de parlamentarismo. A esto debemos añadir que nuestra la historia peruana enseña que el caudillismo y el militarismo han marcado profundamente la cultura política peruana. En este sentido, si bien existen instituciones como los ministros, el voto de confianza, voto de censura, refrendo ministerial, etc., no es un control determinante al poder presidencial. Un ejemplo sencillo de esto es el refrendo

presidencial ya que la oposición de un ministro no significa que el presidente vea impedido su actuar pues puede destituir al ministro de turno y sustituirlo por uno que comparta su visión política.[13]

En resumen, el presidente de la República –en el Perú- tiene mucho poder, sumado a esto, está el hecho de ser líder político de su partido. Otro ejemplo sencillo que contribuye a esto es la propia Constitución Política vigente, debido a que en su capítulo IV donde regula lo respectivo al Poder Ejecutivo, desarrollado en su articulado lo referido "sólo" al Presidente de la República.

Otro hecho importante es que en tiempos de elecciones, los partidos políticos buscan ganar escaños a efectos de ser mayoría en el Congreso. Supongamos que el partido político del Presidente elegido gana una gran cantidad de escaños, esto significará que el Presidente tendrá un respaldo en el Congreso ya que sus colegas del partido apoyarán su visión política mediante la delegación de facultades. Cabe la posibilidad que el panorama sea contradictorio y que el partido no gane muchos escaños, de igual forma se buscará tener alianzas parlamentarias con el objetivo de apoyar al Presidente.

Estadísticamente, se sabe que el Poder Ejecutivo es el que más legisla en el Perú, curiosamente esto se da mediante Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia. El monopolio legislativo del Congreso ha dejado de ser tal, pasando a desempeñar una función de control en lugar de una legislativa. Empero, teniendo en cuenta todo lo mencionado, no es posible hablar de un control en todo el sentido de la palabra debido al enorme poder político que posee el Presidente de la República. Hablar de control parlamentario o legislativo es utópico puesto que si se cuenta con el apoyo de muchos congresistas, el mencionado control no prosperará. Sin embargo, jurídicamente hablando, esto constituye una herramienta de control

---

[13] DONAYRE MONTESINOS, CHRISTIAN. El control y la limitación del poder político en la experiencia peruana y mundial. Aproximación a los sistemas de gobierno en el Derecho Comparado y las dificultades que presente el presidencialismo peruano para un efectivo control del gobernante de turno

de la constitucionalidad más recogida en nuestro ordenamiento, es una salida más plasmada en nuestras normas. Determinar su efectividad, depende en el fondo, de la situación política que viva el país.

6. El control de la constitucionalidad en la Carta de 1979:

Una de las más novedosas instituciones consagradas por la importante Carta constitucional de 1979 es la del llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, institución cuya denominación es tributaria de la análoga contemplada por la Constitución española de 1931, cuya implantación, como bien apuntó García Belaunde[14] , obedeció a una clara motivación político-jurídica: la desconfianza que se tenía en el Poder Judicial, cuyo comportamiento institucional no había sido, en la inmediata experiencia anterior, ni audaz ni generosa en la labor protectora de los derechos fundamentales Quizá por ello los Constituyentes procedieron a crear este «órgano de control de la Constitución», en la definición muy poco afortunada que del mismo daba el Art. 2960 de la Constitución, conceptuación que debía ser entendida en el sentido de ver en este órgano la autoridad máxima, especializada y autónoma de la Constitución y, en especial, de sus atributos vitales, los derechos humanos[15]

El Tribunal fue reglamentado mediante la Ley N° 23.385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 13 de mayo de 1992 uno de cuyos capítulos normaba la acción de inconstitucionalidad.

Una de las críticas más generalizadas entre la doctrina[16] frente a este órgano vendría referida al muy limitado marco de

[14] Domingo García Belaunde: «El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales», en «Ius et Praxis», núm. 4, 1984, pp. 115 Y ss.; en concreto, p. 116.

[15] Mario Pelaes Bazán: El Tribunal de Garantías Constitucionales, Ed. Vicente Ramos Solsol, 2a . ed., Lima, 1980, p. 12.

[16] Este es el caso, entre otros, de Carlos Cárdenas Quirós: «El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución Política del Perú de 1979», en Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, julio-diciembre de 1981.

atribuciones otorgado al Tribunal. Espinosa-Saldaña[17] llegaría a apuntar que el estrecho margen de competencias previsto para el Tribunal junto a la limitada posibilidad permitida para accionar ante el mismo, eran los aspectos que más comprometían no sólo el mejor trabajo, sino la viabilidad misma del propio Tribunal. Por nuestra parte, no compartimos esas críticas tan comunes. De las tres Grundformen, o formas fundamentales de la justicia constitucional: el control de normas, los recursos de amparo y los conflictos constitucionales, el Tribunal creado en 1979 asumía la competencia para conocer de las dos primeras. Por otra parte, una legitimación que habilitaba para la interposición de la acción de inconstitucionalidad al Presidente de la República; veinte senadores, es decir, un tercio de los senadores; sesenta diputados, un tercio asimismo del total de miembros de la Cámara baja; la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal de la Nación; y, finalmente, a 50.000 ciudadanos, no podía en modo alguno, a nuestro entender, ser considerada restrictiva. La acción de inconstitucionalidad podía interponerse frente a leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Quiere ello decir que las normas objeto de control se contemplaban con cierta amplitud, amplitud que caracterizaba igualmente el plazo de interposición de la acción: seis años contados a partir de la publicación de la norma, plazo excesivamente dilatado. Quizá las mayores disfunciones del Tribunal provinieran, de un lado, de las previsiones legales relativas al procedimiento, y de otro, de la propia actitud de quienes integraron este órgano, absolutamente tibia y displicente. En efecto, el Art. 8° de la Ley N° 23.385 exigía para resolver y adoptar acuerdos un mínimo de cinco votos conformes, salvo para la resolución de los casos de inconstitucionalidad o para la inadmisión de la acción, supuestos en los que el mismo precepto exigía seis votos conformes sobre un total de nueve miembros. Con ello, la ley no sólo dificultaba exageradamente la estimación de la inconstitucionalidad, sino que al exigir, con una desafortunadísima redacción, seis votos

[17] Eloy Espinosa-Saldaña: «El tratamiento del control de la constitucionalidad en el Perú: balance y perspectivas». Puede verse en Prudentia Iuris (Buenos Aires) N° 31, mayo de 1993.

conformes, en uno u otro sentido, para la resolución de los casos de inconstitucionalidad, vino de hecho a impedir los pronunciamientos del Tribunal. Y así puede constatarse que en el período que media entre 1983 y 1992, años de funcionamiento del Tribunal, de las dieciséis acciones de inconstitucionalidad de que conoció el Tribunal, en cinco oportunidades no se alcanzó el número de votos necesario para dictar sentencia, algo que resulta realmente inconcebible. A tan pobre balance contribuyeron también los propios magistrados. Escudados en las exigencias del Art. 8° de la ley[18] regidos en su interpretación por un hiperformalismo absolutamente alejado de lo que debe ser una interpretación valorativa, esto es, regida por parámetros materiales, de la Constitución y carentes de la más elemental consciencia de que todo Tribunal viene obligado a dictar sentencia cada vez que a través de una acción es instado a ello por quien está dotado de legitimidad para recurrir, los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales tuvieron buena parte de responsabilidad en el desprestigio en que se vio inmerso el Tribunal por lo menos en su función de órgano llamado a ejercer el control normativo de la constitucionalidad de las leyes.[19]

A todo lo anterior se unió, como se nos ha recordado[20] , un indebido apego de algunos de los magistrados a los órganos que los habían designado, el impacto de las influencias políticas, así como la debilidad frente a las presiones económicas y, finalmente, determinadas interpretaciones jurisprudenciales erróneas o de escaso contenido.

---

[18] Buen ejemplo de ello lo constituyen las tesis de Manuel Aguirre Roca: «Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica», en «Thémis. Revista de Derecho», segunda época, año 1, núm. 3, pp. 2° Y ss.

[19] Aníbal Quiroga León, con buen criterio a nuestro juicio, llegó a señalar que la falta de los pronunciamientos requeridos por parte del Tribunal determinaba que sus miembros incurrieran en la responsabilidad funcional a que de alguna manera aludía el art. 17.5 de su propia Ley Orgánica. Aníbal Quiroga León: «El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no sen>, en «Thémis. Revista de Derecho», segunda época, 1986, núm. 4, pp. 4 Y ss.

[20] Samuel B. Abad Yupanqui: «La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas», en el colectivo Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes, Lecturas Constitucionales Andinas, núm. 4, Lima, septiembre 1995, pp. 191 Y ss.; en concreto, p. 196.

La resultante final de todo lo expuesto fue la más decepcionante labor del Tribunal, muy particularmente en el ámbito del control normativo[21]. Y es curioso constatar que el primer fallo del Tribunal desató los más elogiosos comentarios[22] , abriendo notables expectativas, que bien pronto se iban a frustrar. El Tribunal pareció reactivarse bajo el mandato presidencial de Fujimori, circunstancia que está en la base de que el Presidente 10 clausurara con ocasión del autogolpe de Estado de abril de 1992, mediante el Decreto-Ley N° 25.422.

El fracaso de este órgano no impide destacar la extraordinaria relevancia de las innovaciones que en el ámbito del control normativo de la constitucionalidad introdujo la Constitución de 1979. Como ya hemos visto, hasta ese momento la única modalidad de control reconocida en el Perú era el control difuso de corte norteamericano. A partir de la Carta de 1979, el control concentrado coexistiría con el difuso.

Como ya dijimos, el Tribunal era competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Si la declaración de inconstitucionalidad afectare a normas que no tuvieren su origen en el Poder Legislativo, entonces, la norma quedaría derogada, derogación que, obvio es decirlo, operaba con efectos erga omnes desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial «El Peruano». Por el contrario, si la inconstitucionalidad afectare a una norma emanada del Poder Legislativo, la derogación no se producía automáticamente, sino que había de ser el Congreso el que, dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales, hubiera de aprobar una ley derogatoria de la norma inconstitucional. De no hacerlo así, el Art.

[21] De los quince pronunciamientos del Tribunal, en cinco procesos no se alcanzó el número de votos necesario para dictar sentencia; dos se resolvieron mediante autos de inadmisibilidad; en un tercer proceso, un extremo de la demanda fue resuelto, declarándose infundado, mientras que el otro no pudo serlo por no reunir los votos necesarios; hubo dos sentencias que declararon infundada la demanda, y otras cinco, por último, en que se declaró fundada la pretensión de inconsti tuci onal i dad.

[22] Este es el caso de Domingo García Belaunde: «El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales», op. cit., p. 120.

3010 de la Constitución prescribía de modo taxativo que «se entiende derogada la norma inconstitucional». Una fórmula de este tipo, bien poco afortunada, como en otro momento tuvimos oportunidad de advertir[23], parecía traducir una cierta preocupación por salvaguardar la primacía del Congreso en lo tocante a la dación de normas legislativas, que, en la mente del constituyente, se vería truncada de posibilitarse la derogación automática de la ley cuando mediara una sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. Sin embargo, esa derogación ex constitutione no debía entenderse como un indicio de la subordinación del Congreso al Tribunal de Garantías, sino como una prueba de la primacía de la Constitución sobre todos los poderes públicos y, por lo mismo, sobre cualesquiera normas emanadas de ellos. Adelantemos que esta importante disfunción sería superada en la Carta de 1993.

En un momento anterior, poníamos de relieve que con la Constitución de 1979 el control concentrado iba a coexistir con el difuso, dando vida a un modelo ciertamente original. En efecto, el Art. 2360 de la [ex superior determinaba que «en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera». Ello significaba la habilitación a los órganos jurisdiccionales ordinarios para que pudiesen inaplicar las normas que, siendo de aplicación en una litis de la que estuvieren conociendo, fuesen consideradas inconstitucionales. Venían así a coexistir de forma pacífica el modelo de control difuso junto al modelo de control concentrado. Tan sólo cuando hubiere casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo intervendría también el Tribunal de Garantías, pero no para fallar sobre la materia objeto de la acción, sino para pronunciarse sobre la forma como se falló, remitiendo, en su caso, lo actuado a la Corte de origen para que enmiende su fallo. Aunque este sistema sería calificado por algún sector doctrinaF6 como mixto,

[23] Francisco Femández Segado: «El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación», en «lus et Praxis», Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 14, 1989, pp. 13 Y ss.; en concreto, pp. 14-15.

creemos preferible y más exacto, calificarlo con García Belaunde[24] como sistema dual o paralelo, pues como él dice, no existe en realidad la mixtura ni el producto síntesis o mixto. Lo mixto supone una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un tertium que sea distinto a sus dos fuentes de origen. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional se iba a ejercer en el Perú a partir de 1979 en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellas garantías constitucionales que no fuesen acogidas por el Poder Judicial, y que entonces pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales.[25]

El juicio final sobre el Tribunal de Garantías y la labor que desarrolló no es nada positivo. Eguiguren[26] creemos que lo sintetiza a la perfección. A su modo de ver, existe relativo consenso en considerar que el Tribunal no logró alcanzar la gravitación y trascendencia en la vida nacional que se pretendió con su incorporación constitucional; su rol se tendió a percibir como cada vez más deslucido o diluido. Su papel fue poco relevante e incluso decreciente, con una casi imperceptible contribución al desarrollo de la constitucionalidad y la democracia en el país. Sin embargo, también es cierto que por ser una joven institución, avanzó poco y mal.

La quiebra constitucional de abril de 1992 impact0 frontalmente sobre el Tribunal de Garantías. El Decreto-Ley N° 25.422, de 9 de abril, cesó a todos sus magistrados, hecho al que no es ajeno el que el Tribunal, en sentencias de 29 de enero y 10 de marzo de ese mismo año, estimase parcialmente la inconstitucionalidad de sendos decretos legislativos, todo ello al margen ya de que todo control repugna a un poder autoritario.

---

[24] Domingo García Belaunde: «El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú», op. cit., pp. 152-153.

[25] Domingo García Belaunde: «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo» en «La Ley», N°197, Buenos Aires, 1998, pp. 1 Y ss., en concreto, p. 2

[26] Francisco Eguiguren Praeli: Los retos de una democracia insuficiente, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 60 Y 64.

La situación llegó a extremos inauditos, de verdadera soma con la razón de ser de la jurisdicción constitucional en un sistema democrático, con el Decreto-Ley N° 25.721, publicado el 15 de septiembre de 1992. Este Decreto-Ley vino a modificar el inciso segundo del Art. 298° de la Constitución, otorgando al desactivado Tribunal de Garantías la competencia para conocer en casación «de las resoluciones de las acciones de amparo en que el Estado es demandado». Dicho de otro modo, el Tribunal pasaba a conocer no sólo de las resoluciones denegatorias de amparo, como preveía la Carta de 1979, sino también de aquellas otras en que la Corte Suprema declarara fundada una demanda de amparo en contra del Estado.

Como recuerda Abad[27], el Decreto-Ley se «justificaba» por el deseo gubernamental de suspender a través de la interposición del recurso de casación la ejecución de un fallo que le había sido desfavorable. En la práctica, significaba el «archivamiento» del caso hasta que el Tribunal de Garantías Constitucionales volviera a instalarse, lo que, por otro lado, no parecía que fuera a acontecer. El Decreto-Ley N° 25.721 demostró con creces la actitud autoritaria del Gobierno. No bastaba con la desactivación del Tribunal de Garantías para evitar cualquier posible fiscalización jurisdiccional, sino que además se quisieron congelar aquellos posibles fallos jurisdiccionales en que se reconociera la existencia de lesiones a derechos constitucionales por parte del Estado, declarando fundada una demanda de amparo; en tales casos, bien extraños por lo demás, dada la depuración a que fue sometido el Poder Judicial, bastaba interponer un recurso de casación para suspender en forma indeterminada y por un período indefinido los efectos del fallo. La norma en cuestión estuvo en aplicación hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1993, si bien no fue formalmente derogada sino por la Ley N° 26.435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 10 de enero de 1995.

[27] Samuel Abad Yupanqui: «La jurisdicción constitucional en la Carta peruana ... », op. cit., pp. 199-201.

7. El control de constitucionalidad en la Constitución de 1993:

El proceso constituyente que habrá de culminar en la Carta de 1993 tenía como finalidad primigenia legitimar constitucionalmente la reelección presidencial. Si a ello unimos la patente vocación autoritaria de la estructura de poder fujimorista, puede comprenderse perfectamente que para el Congreso Constituyente Democrático, controlado por la agrupación oficialista «Nueva Mayoría - Cambio 90», una artificiosa agrupa ción política al servicio de la vocación cuasi-dictatorial del Presidente, el Tribunal de Garantías creado en 1979 se presentase como un incómodo estorbo del que había que prescindir. No es de extrañar por todo lo expuesto que en el inicial Anteproyecto hecho público el 20 de enero de 1993 en «El Peruano» se eliminara al tribunal en cuestión, otorgando sus atribuciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, una Corte Suprema, no se olvide, que había sido depurada un año antes por el fujimorismo, y que por lo tanto se presumía bien proclive al oficialismo. En la sesión del Congreso Constituyente del 13 de abril, se aprobó conformar a la Sala Constitucional de la Corte Suprema como el órgano de control de la Constitución. A ello había de añadirse que la tercera versión del texto del Anteproyecto de Constitución prescindió igualmente del control difuso de constitucionalidad, al suprimir la norma de la Carta de 1979 (Art. 236°) que habilitaba al Juez ordinario para, caso de incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal ordinaria, preferir la primera. Ello significaba retomar a la posición constitucionalizada en 1933, o sea retroceder sesenta años. Estos intentos de retroceder a la noche de los tiempos en materia de jurisdicción constitucional tendrían su contrapunto en una serie de iniciativas de diferentes prestigiosas instancias jurídicas y académicas orientadas a lograr un cambio de rumbo por parte del Congreso Constituyente. El Centro de Estudios Constitucionales de Lima y el Colegio de Abogados de la misma ciudad elaborarían sendos textos en los que se contemplaba la figura del Tribunal Constitucional, instando al Congreso Constituyente a que reconsiderara su posición en este aspecto. En la Exposición de Motivos del

texto elaborado por el Colegio de Abogados de Lima se acogían unas atinadas reflexiones al respecto. Y así, se aducía que el mantenimiento de las competencias del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales dentro del nivel del Poder Judicial (pues, obviamente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema se hallaba integrada en la misma) implicaba tanto desconocer la realidad del mismo, como recalentar innecesariamente los circuitos de relación de dicho Poder con un control de constitucionalidad que no habría de hacer de modo efectivo y que, en último término, afectaría innecesariamente al curso natural de su función de administrador de justicia.

El restablecimiento de la institución que nos ocupa se produjo en el debate del pleno del Congreso Constituyente celebrado el12 de agosto de 1993, a iniciativa del congresista Carlos Ferrero, ponente del Título de la Constitución relativo a las garantías constitucionales. Las tesis de los sectores más autoritarios del fujimorismo, entre los que destaca de modo especial Enrique Chirinos Soto, caracterizado por sus repetidos intentos de vestir con un supuesto «ropaje constitucional» lo que no es sino «una vuelta a la caverna», fueron derrotadas, pero fue una pírrica victoria de los verdaderos, y no muy abundantes, demócratas del no sin cierto sarcasmo autodenominado Congreso Constituyente «Democrático», dadas las irregularidades de todo tipo que rodearon su elección.

La constitucionalización del Tribunal Constitucional iría seguida de inmediato de la búsqueda por el oficialismo de los mecanismos idóneos para desactivar al Tribunal, dejándolo convertido en una figura meramente decorativa, algo que, a la postre, se conseguiría plenamente. No han faltado sectores doctrinales para los que la regulación del Tribunal llevada a cabo en 1993 ha mejorado respecto a 1979[28]. Ciertamente, el número de sus competencias se incrementa y también se amplía la legitimación para recurrir en vía de acción de inconstitucionalidad, reconociéndose de igual forma

[28] Smila E. Zevallos Zevallos: «El Tribunal Constitucional y la facultad de interpretación», en Revista del Foro, año LXXXII, 1993, núm. 1, pp. 117 Y ss.; en concreto, p. 120

que al día siguiente de la publicación de una sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una norma, dicha norma queda sin efecto, no diferenciándose por consiguiente entre que la norma sea legal o infra legal. Estos aspectos podían ser juzgados positivamente, pero como Landa advierte[29] , la creación del Tribunal por el constituyente se llevó a cabo sin la fuerza normativa que se dio a otras instituciones u objetivos constitucionales predilectos, algo que ya denotaba una tendencia a minusvalorar el rol de la jurisdicción constitucional.

En otro orden de consideraciones, cabe significar que la Carta de 1993 mantiene el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional que ya estableciera el Código constitucional de 1979. En efecto, de un lado, el Art. 2010 de la Carta de 1993, reiterando la calificación que del Tribunal de Garantías hiciera la Constitución de 1979, caracteriza al Tribunal Constitucional como el «órgano de control de la Constitución», fórmula escasamente afortunada por cuanto, como es obvio, el Tribunal no controla la Constitución, sino la constitucionalidad de las normas, a fin de garantizar la primacía de la Constitución y de posibilitar la depuración del ordenamiento jurídico de toda norma contradictoria, en su letra o en su espíritu, con los postulados de la Carta constitucional. Pero de otro lado, el Art. 138°, en su párrafo segundo, dispone que: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Es decir, por una parte, el Tribunal queda facultado para controlar con carácter abstracto, es decir, al margen de su aplicación en su supuesto concreto, una norma con rango de ley, cuando sea instado a ello por quien se halle legitimado para interponer una acción de inconstitucionalidad, resolviendo con efectos erga omnes; por otra, los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder

[29] César Landa: «Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú», en Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, núm. 4, Lima, 1997, pp. 245 Y ss.; en concreto, p. 249

Judicial quedan habilitados para inaplicar, in casu y con efectos inter partes, aquella norma legal que interpreten incompatible con la Norma suprema.

8. Conclusión

Podemos señalar que en materia de control constitucional el Perú el ordenamiento jurídico peruano nos ofrece tres formas bien definidas, cada una con sus ventajas y desventajas pero que, en definitiva, buscan defender la supremacía de la Constitución frente a posibles normas que contravengan lo dispuesto por ella sea por la forma o por el fondo.

El ordenamiento peruano combina extraordinariamente los dos sistemas más importantes del mundo occidental contemporáneo. Sumado a esto, se encuentra otra herramienta jurídica que en el fondo es más un procedimiento regular y obligatorio que un sistema bien definido. De igual forma cumple una función similar a los sistemas comprendidos en la Constitución.

En conclusión, podemos afirmar que el sistema de justicia constitucional o de control de la constitucionalidad es uno de los más perfectos posibles. No obstante, esta afirmación se circunscribe a nuestra realidad debido a que funciona y es efectivo en nuestra realidad jurídica.

8. A IMPRESCINDIBILIDADE DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO COMO MEIO DE AFASTAR O GOVERNO DOS JUÍZES

Ana Carla Werneck[1]
Felippe Carnelossi Furlaneto[2]

SUMÁRIO: Introdução. 2. A Formação do modelo neoconstitucional. 3. A Teoria da argumentação no novo modelo. 4. Métodos de aplicação do direito e a adequada racionalização para evitar o "Governo dos Juízes". 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. *Introdução*

O pensamento jurídico clássico defendia ideais que expressavam os interesses dos setores hegemônicos, quais sejam, a de que o Direito era a expressão da razão, e, que se realizada, se interpretava mediante uma operação lógica e dedutiva em que o intérprete e aplicador do direito fazia a subsunção dos fatos à norma.

Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que o Direito é a expressão dos interesses que se tornam dominantes, bem como que em várias situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará disposta no ordenamento jurídico

1 Doutoranda em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR (2018). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Membro dos Grupos de Pesquisa: Reflexos da Judicialização da Política sobre o Poder Judiciário brasileiro e Núcleo de Pesquisa de Tomada de Decisões – NPTD, ambos pela PUC/PR. Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná (2009). Pesquisadora visitante na Fordham Law School, em Nova York (2014/2015). Professora de Direito Constitucional. Endereço eletrônico: anacarlawerneck@hotmail.com.

2 Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia de Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST (2015). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP (2009). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Servidor público do Tribunal de Justiça do Paraná. Endereço eletrônico: felippe.furlaneto@gmail.com.

(BARROSO, 2013, p. 333). Logo, para solucionar os problemas que a norma não prevê, o Direito precisou se aproximar da filosofia moral em busca da justiça e de outros valores para realização de fins públicos que promovam o bem comum.

Assim é que o neoconstitucionalismo (pós-positivismo) pretende superar o constitucionalismo (positivismo), que se restringia à subsunção dos fatos à norma. Conferindo, portanto, força normativa aos princípios, como mandados de otimização, aplicados através da argumentação jurídica, mediante a ponderação ou sopesamento.

Não há dúvidas de que o fortalecimento do denominado "neoconstitucionalismo" foi um dos fenômenos da "teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil" (ÁVILA, 2014, p. 1), todavia, preocupa-se hoje com o arbítrio e decisionismo judicial, decorrente do neoconstitucionalismo que consolidou a "era dos princípios" (STRECK, 2014, p. 59).

A transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional, teria como consequência a omnipotência dos Tribunais (*Omnipotenz der Gerichte*), causando lesão ao princípio democrático (STRECK, 2014, p. 114). Vale dizer, "deste modo, o Judiciário torna-se o verdadeiro árbitro dos direitos fundamentais e da segurança jurídica, causando o perigo de que o Estado constitucional se transforme, na prática, em um "Estado de juízes" (DIMOULIS, 2007, p. 143).

No presente trabalho, analisaremos as propostas do positivismo e do pós-positivismo, bem como os modelos de sistemas jurídicos – o modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo moderado, a fim de apontar por qual destes modelos se poderia afastar o arbítrio judicial e o clamado subjetivismo nas decisões, num sistema jurídico justo, guiado pela racionalidade, decorrente da teoria da argumentação.

A partir destas considerações, o presente trabalho tem por escopo apresentar, por meio de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica as premissas gerais

para chegar a uma conclusão específica, por meio de método de abordagem hipotético-dedutivo.

2. *A Formação do modelo neoconstitucional*

O advento da Escola da Exegese na França, com a promulgação do Código de Napoleão e posteriormente ao declínio da escolástica (GUIMARÃES, 1991, p. 58), fez com que o houvesse a conversão do direito em ciência – positivismo (BOBBIO, 2006, p. 135). Tal fenômeno ao afastar o direito natural (teoria com conteúdo teológico), procura reconhecer apenas o direito positivo, isto é, o direito vigente na sociedade, limitando, o conhecimento científico-jurídico às legislações positivadas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 74) aponta que há um sentido filosófico e outro sociológico de positivação. O primeiro designa o ato de positivar, ou seja, estabelecer um direito, por força de um ato de vontade, é dizer, um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade competente e que só por outra será revogadas. O segundo considera um fenômeno representado pela importância da lei votada pelos parlamentares como fonte do direito, ante o enfraquecimento da Justiça, projetada no arbítrio das decisões.

Sobre a temática, acrescenta, também, que com a positivação houve uma programação racionalizante e tecnicamente controlada, pois anteriormente o sentido dos conteúdos podia ser generalizado, com base em noções difusas e tecnicamente pouco especializáveis, ante o jusnaturalismo marcado pelo predomínio da fé e pela vigência de um credo religioso. É o fenômeno que se denomina de constitucionalismo e do legalismo (FERRAZ JR., 2003, p. 114).

Nesse sentido é que Hans Kelsen (1998, p. 1), expoente do positivismo jurídico, defende que o Direito deve primar pela pureza, isto é, se propor garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, libertando a "ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos" – tese que originou a sua obra Teoria Pura do Direito.

Enquanto ciência, o positivismo deve pautar-se pela avaloratividade, de modo a fundamentar somente em juízo de fato – tomada de conhecimento da realidade, com a finalidade informativa – e não em juízo de valor – tomada de posição frente à realidade, com o fim de influir (BOBBIO, 2006, p. 135). Alf Ross, traz uma importante reflexão:

> "A 'pureza' que ele exige da ciência do direito tem objetivo duplo: por um lado livrar a ciência do direito de qualquer ideologia moral ou política, de outro livrá-la de todo vestígio de sociologia, isto é, considerações referentes ao curso efetivo dos eventos. De acordo com Kelsen, a ciência do direito não é nem filosofia moral nem teoria social, mas sim teoria dogmática específica em termos normativos" (ROSS, 2007, p. 25)

O ensinamento prossegue, Direito "é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano", e, quanto à norma, aqui entendida como regra, que "se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem *deve* se conduzir de determinada maneira" (KELSEN, 1998, p. 4).

Para Ronald Dworkin (1978, p. 17), o positivismo possui como proposições centrais e organizadoras o ideal de que o direito seria um conjunto de regras, mas se não houve previsão legal, não se pode decidir pela "aplicação do direito", e sim pelo discernimento do magistrado, pois a obrigação jurídica é enquadrar o caso em uma regra jurídica válida que exige obrigação de fazer ou não fazer e, na ausência de regra jurídica válida não existe qualquer obrigação jurídica. Transcrevemos:

> "(a) The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power"; "(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of 'the law', so that if someone's case is not clearly covered by such a rule (...) then that case cannot be decided by 'applying the law.' It must be decided by some official, like a judge, 'exercising his discretion,' which means reaching beyond the law (…)"; (c) To say that someone has a 'legal obligation' is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing

something. (…) In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation (…)".[3]

De consequência, afirma-se que o positivismo jurídico vê o direito como um conjunto de "ordens ou comandos, emanados do Estado e providos de sanção" (AMARAL, 2003, p. 45), do qual decorrem algumas características principais, quais sejam: a) a coercitividade do direito; b) a imperatividade das normas jurídicas; c) a supremacia da lei; d) o direito como sistema de normas; e) a atividade do magistrado como lógica.

Vale dizer, por longo período, a subsunção foi o raciocínio típico na aplicação do Direito, através de um raciocínio silogístico, no qual a "premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, concebido da aplicação da norma ao caso concreto" (BARROSO, 2013, p. 360). Esta teoria positivista-mecanicista, considerada antiga, oferecia um quadro simples em que o juiz, autômato, não valora nem determina sua postura ante a possibilidade de interpretações diferentes, limitando-se a um ato puramente racional de compreender o significado da lei e comparar a descrição desta dos fatos jurídicos aos fatos do caso concreto (ROSS, 2007, p. 167).

No que tange aos princípios, o positivismo reconhece a existência deles, todavia, eles são encarados como "tapa-buracos" do sistema, podendo ser aplicados somente na ausência da lei, de costume, de analogia, de interpretação analógica ou na impossibilidade de equidade, a fim de solucionar eventuais lacunas no ordenamento jurídico[4], tal como se observa no art. 4º, da Lei de Introdução às

3 Tradução livre: (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público; (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com "o direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, (...) então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal", o que significa ir além do direito (...);(c) Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica (...)..

4 Nesse sentido, aponta Miguel Reale: "(...) se reconhecermos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou con-

normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Assim, questiona-se: "como se proceder com a lógica da subsunção rígida diante de enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração?" (SCHIER, 2001, p. 98). Há que se dizer que, frente às demandas de uma sociedade, que se tornou bem mais complexa e plural, faz-se necessária uma nova interpretação constitucional. Fala-se, aqui, do pós-positivismo, o qual "não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela" (BARROSO, 2013, p. 334)

No neoconstitucionalismo (também conhecido por *constitucionalismo a secas* ou *contemporâneo* (SANCHÍS, 2003, p. 101) tem-se o nascimento daquilo que se denomina de Estado Constitucional com base em premissas pós-positivistas. A referência do neoconstitucionalismo é a constituição material e o Estado de Direito. Logo, é a compreensão da Constituição enquanto norma jurídica fundamental e superior – ideal compreendido a partir da força normativa da Constituição[5] –, que possibilita o diálogo da realidade normativa jurídico-constitucional com a realidade social, econômica e política, não se conformando, deste modo, apenas com a ordem jurídica (SCHIER, 2001, p. 18).

Superados os ideais jusnaturalistas e metafísicas, bem como o positivismo como fonte normativa subsidiária, os princípios ganharam nova roupagem, não mais sendo vistos como "tapa-buracos", tendo as novas constituições acentuado a hegemonia

---

trária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas chama-se integração do direito e, em sendo a lei omissa, deve-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito." (REALE, 2002, p. 296).

5 Cumpre-nos recordar que, em 1862, Ferdinand Lassale (2010, p. 31) em conferência sobre a essência da Constituição afirma que as questões constitucionais não são jurídicas, mas políticas, razão pela qual chama a Constituição jurídica de uma folha de papel, que se diferencia da Constituição real do país, caracterizada pela soma dos fatores reais do poder que regem um país. Konrad Hesse (1991, p. 16), por sua vez, refutou esta ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real, pois não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica e, consequentemente, do direito constitucional enquanto ciência jurídica. A partir desta concepção é que Hesse procurou, como o fez, conferir foça normativa à Constituição.

axiológica normativa, isto é, sua valoração enquanto norma jurídica.

Deste modo é que Paulo Ricardo Schier (2005, p. 10) afirma que "na fase pós-positivista, os princípios passam a caracterizar o próprio "coração das Constituições", iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica". Portanto, o modelo normativo do neoconstitucionalismo é o axiológico e não o descritivo ou prescritivo (AGRA, 2014, p. 44), como outrora.

Enquanto no constitucionalismo clássico diferenciava pelo grau as normas constitucionais e infraconstitucionais, no neoconstitucionalismo a diferença também é axiológica, ou seja, "a Constituição considerada como valor em si" (AGRA, 2014, p. 45), o que reafirma sua força normativa. Corroborando com este entendimento, Susanna Pozzolo (2003, p. 199-200) menciona que a grande diferença entre as concepções das Constituições, para os neoconstitucionalistas e positivas (o que as tornam superiores às leis ordinárias), não é apenas a hierarquia, mas principalmente o conteúdo, porquanto consistem em "*documento lleno de valores para unos, y documento jurídico para los otros*". Diz-se, pois, que o reconhecimento da normatividade dos princípios e, em especial, da equivalência hierárquica entre regras e princípios constitucionais é a principal característica do pós-positivismo.

Dworkin (1978, p. 24-25) os diferencia explicando que "*rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supllies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*"[6], enquanto que os princípios, "*even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met.*"[7]. Ou seja, as regras são válidas ou não, e, portanto, se

6 Tradução livre: As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

7 Tradução livre: Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

aplicam observando a medida do tudo-ou-nada, ao passo em que os princípios não apresentam consequências jurídicas.

Alexy (2011, p. 90), a seu turno, compreende "que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*". O professor catedrático enxerga os princípios como mandamentos de otimização na medida em que "ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2011, p. 90), enquanto as regras seriam "normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas" (ALEXY, 2011, p. 90-91), em suma, princípios são razões *prima facie* e regras são razões definitivas (ALEXY, 2011, p. 106).

Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio em desenvolvimento, que o neoconstitucionalismo possui, dentre outros, quatro fundamentos principais que o diferencia do constitucionalismo, tal como aduz Humberto Àvila (2009, p. 19): "o normativo ("da regra ao princípio"), o metodológico ("da subsunção à ponderação"), o axiológico ("da justiça geral à justiça particular") e o organizacional ("do Poder Legislativo ao Poder Judiciário")".

Diante do exposto, possível concluir que o positivismo jurídico não correspondeu apenas aos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, mas também à não valoração do direito, em que o juiz mantinha-se neutro e se limitava à aplicação dos enunciados linguísticos, havendo inequívoca prevalência da vontade do legislador à constituição e hermenêutica do aplicador do direito.

Vencido este introito, em que se reservou para demonstrar a evolução e distinção entre constitucionalismo/positivismo e neoconstitucionalismo/pós-positivismo, abordando questões atinentes à racionalidade do direito, imprescindível, agora, examinarmos de maneira mais elaboradas a própria normatividade dos princípios e sua aplicação, pelas técnicas da ponderação e da argumentação.

3. A Teoria da argumentação no novo modelo

Conforme mencionado, embora o positivismo reconhecesse a existência de princípios, eram conselhos éticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados, isto é, não possuíam

força normativa[8], o que veio a se concretizar no pós-positivismo. Neste sentido, é que se sustenta que se o sistema jurídico atual é formado por regras e princípios, "*las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios*" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 109-110).

Nada obstante a diferenciação entre as normas jurídicas, leia-se, regras e princípios, feita no tópico anterior, indispensável o aprofundamento desta questão para melhor compreender a teoria da argumentação, na medida em que a distinção entre as categorias normativas tem por objetivo não apenas antecipar suas características, facilitando a interpretação e aplicação do Direito, mas também aliviar o ônus de argumentação do seu aplicador, na medida em que as espécies normativas permitem minorar a necessidade de fundamentação e do ônus da argumentação, indicando o que se deve justificar (ÁVILA, 2011, p. 65).

As regras são normas que, em termos definitivos, exigem, proíbem ou permitem algo, sem exceção (CANOTILHO, 2000, p. 1215) e são aplicáveis de maneira disjuntiva. Portanto, as regras submetem-se à lógica do "tudo ou nada", não havendo espaço para terceira solução, ou seja, se válida, "deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos" (SCHIER, 2001, p. 104). A aplicação das regras, em consonância com o exposto, se dá por meio dedutivo, subsunção (SILVA, 2009, p. 46), sua interpretação exercida pelos métodos canônicos de Savigny (SILVA, 2005, p. 116), e os conflitos entre elas resolve-se pela existência de uma cláusula de exceção ou se qualquer delas for declarada inválida (ALEXY, 2011, p. 92). É dizer, "sempre que há conflitos entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade" (SILVA, 2009, P. 49), o que se dá pelos seguintes critérios:

8 "Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una «contaminación de las verdadeiras normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. (...) si alguien pretendiese extrae de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaria la confusión y la inseguridad»." (ZAGREBELSKY, 2007, p. 112-113).

"(a) *lex specialis derogat legi generali*; (b) *lex posterior derogat legi priori*; (c) *lex superior derogat legi inferior*." (BOBBIO, 2011, p. 97).

Os princípios, *contrario sensu*, "impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica" (CANOTILHO, 2000, p. 1215) e, de consequência, permitem o sopesar valores e interesses e a ponderação de outros princípios conflitantes. "Por isso, em caso de *colisão entre princípios*, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados" (SCHIER, 2001, p. 105). Robert Alexy (2011, p. 117) explica que "princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas", devendo ser relativizados pela máxima da proporcionalidade, ou seja, exigência de sopesamento.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas pela precedência de um em face do outro sob determinadas condições elencadas e presentes no caso concreto. Um dos princípios terá que ceder, contudo, não será declarado inválido, visto que só princípios válidos colidem (ALEXY, 2011, p. 117), sem que seus núcleos sejam suprimidos. Fala-se aqui, em dimensão do peso (ALEXY, 2011, p. 93-94) e de importância[9] e, assim, em ponderação e/ou sopesamento.[10]

Importante apontarmos, nesta oportunidade, a singela diferença entre ponderação e sopesamento, muitas vezes tidos como sinônimos. Ponderação (também chamada de *balancing*) "é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas

9 "No sucede así com los principios, porque éstos presentan una dimensíon que las reglas no poseen: la del peso y la importancia" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 125.

10 "Uma vez que os princípios funcionam como comandos de otimização, pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível, a ponderação é o modo típico de sua aplicação. Por meio da ponderação vai se sopesar a extensão de aplicação possível de cada princípio, considerando as possibilidades jurídicas (outros princípios contrapostos e eventualmente regras) e físicas existentes. (...) Em outro sentido, ponderação pode ser compreendida como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais. É a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.)" (BARCELLOS, 2005. p. 25-27).

hermenêuticas tradicionais" (BARCELLOS, 2005, p. 23). Alexy (2008, p. 64), por sua vez, formulou uma lei que se aplica às ponderações de princípios, denominada "lei da ponderação", pela qual a ponderação se realiza em três graus: a) determinação da intensidade da intervenção; b) importância dos fundamentos que justificam a intervenção; c) a ponderação em sentido restrito.

O sopesamento, por outro lado, corresponde a "uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 96). Vale dizer, consiste na alusão às condições de precedência e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, um princípio prevalece sobre o outro (ALEXY, 2011, p. 97), devendo ser, para tanto, observadas três etapas para proferir a decisão judicial: a) na primeira etapa constata-se uma "situação de tensão", o que se costuma chamar de colisão entre princípios válidos; b) em um segundo momento, analisa-se uma precedência básica ou geral; c) a decisão ocorre na terceira etapa, em que o aplicador do direito, verificando o enunciado de precedência, cria-se uma regra (ALEXY, 2011, p. 100-102).

Feitos estes apontamentos sobre regras e princípios, passemos à analise da fundamentação nos métodos que aplicam cada espécie normativa. É certo que as leis constitucional e infraconstitucional preveem a imprescindibilidade da fundamentação, sob pena de anulação/cassação da decisão judicial. No positivismo, a fundamentação "se caracterizava pela redução de todas as fontes jurídicas à lei" (POZZOLLO, 2003, p. 189), limitava-se à reprodução do texto legal, aos enunciados linguísticos, negando qualquer incidência de juízo de valor pelo juiz, isto é, "rejeitava a racionalidade prática, por basear-se numa concepção de razão extraída das ciências exatas" (SARMENTO, 2007, p. 145).

Diferentemente do Estado de legalidade, no Estado Democrático de Direito, para a ciência jurídica é imprescindível a discutibilidade (*dialegesthai*) dos seus resultados e modos de fundamentação. "A necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade

integral; admitir esta última significaria ignorar o *caráter de decisão e de valoração* do direito" (MÜLLER, 2010, p. 66).

Para Pozzollo (2003, p. 192-193), o direito do Estado constitucional, formado, também, por princípios, se se aproximasse do modelo rígido e pouco *dúctil* do positivismo, desatenderia a exigência de justiça, seja substancial ou formal, o que permite dizer que o direito por princípios, *dúctil* por natureza, tem necessidade de uma metodologia interpretativa não dedutiva, fundada na mera subsunção, mas "sim em uma técnica ponderativa, conectada com a razoabilidade prática e a instrumentos equitativos".

É com o neoconstitucionalismo que se desenvolve e se aperfeiçoa a teoria da argumentação[11], ao passo em que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento, integrando a valoração morais e políticas do itinerário lógico da produção da decisão, ambiente típico da argumentação jurídica (BARROSO, 2013, p. 365-366). Corroborando, Sanchis ensina que a aplicação dos princípios que reclama uma teoria da argumentação, porque no positivismo obedecia-se a discricionariedade ou liberdade do legislador. Vejamos:

> el positivismo es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación, de manera que la relativa indeterminación de las normas se resolvia a través de la discrecionalidad: discrecionalidad o liberdad política del legislador en primer lugar y, sometido a éste, discrecionalidad del juez, y por esse el Tribunal Constitucional kelseniano, siempre respetuoso com el legislador, sólo había de ocuparse de la dimensión repruductora o determinada de la norma inferior respecto de la superior. (...) Sea como fuere, la aplicación de principios reclama una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda intentar compensar su déficit de determinación. (SANCHIS, 2003, p. 131-132)

Portanto, concluímos que a argumentação é predominantemente ferramenta dos neoconstitucionalistas para a aplicação dos

11 "A argumentatio, também chamada de probatio (Quintiliano) e confirmatio (Cícero), era conhecida, desde a Antigüidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos de vista arrolados" (FERRAZ JR., 2003. p. 323).

princípios, entendidos como normas e não apenas "tapa-buracos". Oportunamente, pergunta-se, o que vem a ser a argumentação? Argumentação é a atividade de fornecer razões para defender e estruturar o raciocínio, ou seja, o exercício de justificação de determinado ponto de vista, ligada "à ideia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito que nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas" (BARROSO, 2013, p. 367) e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Nesse sentido é que as decisões judiciais ou, como posto por Robert Alexy (2013, p. 212), o enunciado jurídico normativo afirmado, não devem ser só racionais, mas também racionalmente fundamentado no contexto de um ordenamento jurídico, exatamente como prevê o âmbito de uma teoria do discurso jurídico, o qual não se confunde com o discurso prático geral.[12] Alexy (2013, p. 219) continua, a respeito dos discursos jurídicos, afirmando que neles trata-se da justificação das decisões judiciais, podendo, ainda, serem distinguidos dois aspectos: a) a justificação interna (*internal justification*), na qual se verifica se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; e b) a justificação externa (*external justification*), que possui como objeto a correção dessas premissas.

Trata-se, deste modo, de um "processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta" (BARROSO, 2013, p. 366), valores não recepcionados pelo positivismo, e que tem como elementos fundamentais: a) a linguagem; b) as premissas como ponto de partida; e c) regras que norteiam a passagem das premissas à conclusão. Em resumo, o controle da racionalidade, controle e justiça do discurso jurídico levanta questões diversas e complexas, que abrangem "a compreensão do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis" (BARROSO, 2013, p. 373), pelo que se pode afirmar

12 "Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente" (ALEXY, 2013. p. 210).

que a teoria da argumentação, consequentemente, busca racionalizar e solucionar os chamados *hard cases*, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito, porque, em contrapartida, os *ease cases* já possuem solução pré-pronta no direito positivo (BARROSO, 2013, p. 335).

Por certo, os intérpretes e aplicadores do Direito não podem lançar mão de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. Pelo contrário, impõe-se serem fiéis aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar, sem, no entanto, ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas (BARROSO, 2013, p. 370-371). Isto porque, "no ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, frequentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis" (BARROSO, 2013, p. 373). É dizer, absolutamente necessária a argumentação para materializar e aplicar os valores e princípios constitucionais, observando, quanto ao mais, a repercussão e efeitos na sociedade e sua efetividade no caso em concreto.

Acontece que muitos juízes, extasiados diante dos princípios e da possibilidade de buscarem efetivar a justiça e outros valores morais, passaram a inobservar o dever de justificação racional e negligenciar a adequada fundamentação argumentativa de suas decisões, abrindo espaço para o decisionismo judicial (SARMENTO, 2007, p. 144). É que, nas palavras de Humberto Ávila (2011, p. 64), "os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de *gosto (matter of taste)*".

Diga-se, é a partir das nossas pré-compreensões que ingressamos na hermenêutica, em busca da melhor resposta para o problema jurídico enfrentado (SARMENTO, 2009, p. 313), pois, a interpretação não prescinde da pré-compreensão, mas sim, se condi-

ciona por um sentido pré-compreendido ou, ao menos, co-compreendido (BLEICHER, 2002, p. 144).

Todavia, tomar a pré-compreensão como norte, "sem submetê-la ao crivo da razão crítica e desconfiada é chancelar o *status quo* cultural e legitimar a injustiça, em nome do Direito e da Constituição" (SARMENTO, 2009, p. 315).

A hermenêutica constitucional deve operar de forma reconstrutiva sobre as tradições e, em razão disto, o intérprete da Constituição deve ler as tradições e valores criticamente, filtrando a moral positiva pelo exercício da razão, buscando "fundamentar suas decisões em argumentos cuja aceitabilidade pelos interlocutores não dependa da adesão a qualquer credo religioso ou metafísico, ou a qualquer compreensão particular" (SARMENTO, 2009, p. 316-317), ainda quando se trate de compreensão majoritariamente acolhida.

Deste modo, à vista da euforia principiológica, em que aplicadores do direito fundamentam seus valores morais e de justiça, subjetivamente, no próximo tópico, se pretende apontar qual o melhor método para se evitar este decisionismo judicial e arbitrariedades.

4. *Métodos de aplicação do direito e a adequada racionalização para evitar o "Governo dos Juízes"*

Anteriormente foi abordado extensivamente, sem a intenção de esgotamento deste tema e matéria ampla e profunda, que muito se debate, sobre o positivismo e o pós-positivismo, da diferença entre regras e princípios, de suas aplicabilidades pela subsunção ou sopesamento e, inclusive, da necessidade de fundamentação, justificação e argumentação na decisão judicial. Contudo, questiona-se, qual o melhor método para termos a decisão judicial correta ou ao menos razoavelmente aceitável, livre de subjetivismo e decisionismo? Inicialmente, podemos apontamos a existências de três modelos: i) puro de princípios; ii) puro de regras; iii) moderado ou misto.

O modelo puro de princípios, proposto por Eike von Hippel, pelo qual, "na ordenação das relações sociais e na solução de conflitos, deve ser conferido um peso especial a determinados interesses de liberdade (...), em suma, traz a ideia de autodeterminação individual" (ALEXY, 2011, p. 121). A aplicação deste método pressupõe a valoração dos interesses, e sobretudo, em seu sopesamento frente às circunstâncias de cada caso (ALEXY, 2011, p. 122).

Entretanto, um sistema puramente de princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações (MENDES; BRANCO, 2013, p. 75), de acordo com Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil e, para Humberto Ávila haveria problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, pela "flexibilidade do sistema e pela ausência de guias claros de comportamento" (ÁVILA, 2011, p. 120-121). Ademais, segundo Lenio Streck (2014, p. 114), a transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional, teria como consequência a omnipotência dos Tribunais (*Omnipotenz der Gerichte*), causando lesão ao princípio democrático.

Miguel Reale (2002, p. 318), em suas "Lições preliminares de Direito", defende que "a experiência do Direito demonstra-nos que a Justiça é o valor mais alto, mas pode não ser o mais urgente, inclusive porque, quando se preservam a ordem e a paz, também se preservam as condições para a reconquista do justo". O modelo puro de princípios não é adequado, pois a flexibilidade e a subjetividade na interpretação e aplicação, segundo o caso concreto, não traria a segurança jurídica e previsibilidade que se esperar do sistema e ordenamento jurídico. Entendemos ser imprescindível a existência de regra.

Assim é que "do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, sem dúvidas, a alternativa mais atraente seria um modelo puro de regras" (ALEXY, 2011, p. 123), livres de sopesamentos e ponderações, tal

qual ocorria no positivismo, em que o sistema constitucional não seria aberto.

Todavia, este modelo puro de regras, como observado, não é ileso de críticas. Pelo contrário, embora possua alguns defensores, é amplamente combatido, por ser de limitada praticidade, vez que exigiria previsão ampla e exaustiva de todas as situações relevantes, engessando o desenvolvimento da ordem social (MENDES; BRANCO, p. 2013, p. 75), bem como pelo modo formalista e demasiadamente rígido, inexistindo possibilidade de adaptabilidade ou amoldamento das soluções às particularidades do caso concreto (ÁVILA, 2011, p. 121).

Logo, apesar de não se pretender instalar um método puro de princípios, igualmente, não se defende, claramente, o retorno ao paradigma formalista da Escola da Exegese, do positivismo, o que não só é indesejável, como também não seria possível (SARMENTO, 2007, p. 145). Devemos desenvolver e aprimorar a aplicação do Direito, não sendo desejável o regresso após os avanços alcançados ao longo do tempo.

Alexy (2013, p. 19-20), em sua "Teoria da Argumentação Jurídica", aponta quatro motivos para esta impossibilidade: "(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma".

Cumpre esclarecer, a ponderação e/ou sopesamento, sofrem duras críticas, sendo possível sistematizar as principais nas seguintes proposições: a) é uma técnica metodologicamente inconsistente, pois o conceito de sopesamento é vago e não veicula claramente o conteúdo da técnica; b) admite excesso de subjetivismo na interpretação jurídica, acarretando arbitrariedade e voluntarismo; c) arruína as conquistas do Estado de direito, correspondente à contenção do arbítrio pela legalidade e a segurança jurídica decorrente; d) a lógica da ponderação transforma a aplicação do direito em um novo processo político; e) dilui a certeza e previsibilidade; f)

em grande parte dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população (BARCELLOS, 2005, p. 50-52).

Nada obstante, como amplamente exposto, a necessidade de empregar a ponderação é inexorável, de modo que a nós cumpre aprimorar a técnica objetivando solucionar as imprecisões apontadas nas críticas (BARCELLOS, 2005, p. 55), posto a impossibilidade de buscar uma racionalidade sem qualquer subjetividade, seja na interpretação ou na aplicação do direito (SILVA, 2009, p. 147).

Assim, defendemos um modelo moderado ou misto, formado por regras e princípios, em que cada espécie normativa desempenha funções autônomas e complementares, visando a construção de critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação que vertem sobre eles e direcionam o adequado funcionamento (ÁVILA, 2011, p. 121). Referido modelo é o desejável pelo neoconstitucionalismo e por seus defensores, pois conforme exposto, o pós-positivismo não pretende retirar a importância da lei, da regra, mas conferir força normativa aos princípios, enunciados dotados de elevada carga axiológica/valorativa, para solucionar as demandas de uma sociedade que se tornou complexa e plural.

Importante esclarecer, em contraposição à crítica da ponderação, não se fala em arbitrariedade, tampouco em substituir um arbítrio por outro, pelo contrário, este método significa um avanço decisivo do Estado de Direito, "*de manera que en lugar de decidir el legislador simplesmente «lo que quiere» ahora decida el juez «lo que debe», es algo que en buena parte depende de nuestra confianza en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica*" (SANCHÍS, 2003, p. 132), isto porque a realização do direito pressupõe o raciocínio jurídico, e é por meio deste que a argumentação e a decisão se realizam (AMARAL, 2003, p. 80).

Destaca-se, é verdade que o processo de ponderação é subjetivo, mas nem por isso, arbitrário, pois o Direito demanda racionalidade e, nesta, há que se conter a subjetividade (SCHIER, 2005, p. 11-12). Neste aspecto, Ávila (2011, p. 121) propõe que superadas as etapas da ponderação, em sua fundamentação deverão

ser justificados alguns elementos, sem os quais a ponderação não passa de uma "técnica não jurídica que *explica* tudo, mas não *orienta* nada". São eles:

> (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados (ÁVILA, 2011, p. 121-122).

Jorge Reis Novais, ainda, objetivando incrementar a previsibilidade e igualdade na aplicação do Direito e reduzir a subjetividade através da construção de uma rede de juízos de precedência traduzidos em regras progressivamente densificadas e estabilizadas de decisão dos casos concretos, leciona que:

> as decisões judiciais fundadas em ponderação de bens só são adequadas quando se puderem sustentar na formulação de uma norma construída a partir da decisão do caso concreto e capaz de fundamentar racionalmente essa decisão de forma coerente e consistente no sistema de normas constitucionais vigentes, mas que seja também intrinsecamente suscetível de generalização e aplicação a todas as situações que repliquem as mesmas ou análogas circunstâncias de facto (NOVAIS, 2012, p. 83).

Ana Paula Barcellos (2005, p. 165), a seu turno, elenca em sua obra determinados parâmetros, dos quais elencamos aqueles que entendemos mais relevantes, isto é, os preferenciais: a) o primeiro parâmetro proposto, diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, é que as regras tem preferência sobre os princípios, ou seja, o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada; e b) o segundo parâmetro proposto concede preferência à norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade humana, em relação à

outra que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana (BARCELLOS, 2005, p. 235).

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 51-53), em consonância, ratifica que as regras não são passíveis de sopesamento (dimensão de peso), tampouco os princípios podem ser expelidos do ordenamento jurídico (plano da validade), não devendo, portanto, se falar em colisão de regras e princípios, mas numa relação de restrição. E, consequentemente, a regra deve ser aplicada por subsunção, ante o alto grau de insegurança jurídica que haveria em se poder afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante, embora possível se afastar em caso de dúvida quanto à sua constitucionalidade, a ser decidida pelo próprio julgador.

Por fim, cita-se Alexy (2011, p. 141) que afirma a aplicação da "regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios", à exceção de razões tão fortes que também se possa afastar o princípio da vinculação à Constituição, questão que é objeto da argumentação.

Desta feita, tem-se que o modelo adequado é o misto ou moderado, composto por regras e princípios, estes aplicados pelo sopesamento e ponderação, fundados na racionalidade e argumentação, nas hipóteses que não incidem regras postas, salvo se inconstitucional, a ser analisado no caso concreto, o que não induz ao decisionismo, tampouco ao subjetivismo, afastando, igualmente, o que Otto Pfersmann (2014, p. 129) denomina de "governo de juízes".

5. *Considerações finais*

Ao conferir forma normativa aos princípios, o neoconstitucionalismo deu início à "era dos princípios". Momento em que os intérpretes e aplicadores do direito, fundados em valores morais e justiças, ou melhor, em suas pré-compreensões, proferem decisões judiciais que, embora racionais, sob um aspecto subjetivista, resultam em decisionismo e arbitrariedade, recaindo no "governo de juízes".

Malgrado a previsibilidade e a segurança jurídica advinda do modelo puro de regras, este se mostra deficitário, porque insuficiente para resolver a complexidade os problemas atuais da sociedade. De igual modo, um modelo puro de princípios, em que haveria valoração dos interesses ligados, sobretudo, às circunstâncias de cada caso concreto, imporia enorme flexibilidade, não conferindo segurança jurídica e ofendendo o sistema democrático.

Portanto, tendo em vista à problemática que envolve a aplicabilidade dos métodos puros, concluiu-se pela utilização de um método misto, composto por regras e princípios. Frise-se, entretanto, que, para evitar os alegados decisionismo e subjetividade, se mostra imprescindível a observância de alguns elementos objetivos e parâmetros preferenciais.

Assim é que se mantém a subsunção da regra aos fatos expressamente previstos no ordenamento jurídico (*ease cases*), aplicando os meios de solução de antinomias na hipótese de conflito entre regras. No âmbito do *hard cases*, não amparados pela legislação, os princípios são plenamente aplicáveis, pela sua força normativa, devendo, em caso de colisão, ser aplicada a ponderação ou o sopesamento.

Vale dizer que, quando houver colisão de regras e princípios, estes devem ceder pela "regra de precedência" em favor daquelas, salvo se declarada sua inconstitucionalidade ou as razões serem fortes o suficiente para afastar o princípio da vinculação à Constituição. "Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer" (ÁVILA, 2009, p. 6).

Por fim, independentemente do modelo adotado, estes por si, não afastam o subjetivismo na decisão judicial, sendo imprescindível a argumentação jurídica para a realização do direito que pressupõe o raciocínio jurídico, racionalização esta, que procura minorar a subjetividade pura e simples, porque, repita-se, com frequência não será possível concluir por uma resposta ou decisão

correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em uma solução argumentativamente racional.

6. Referências Bibiográficas

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução. 5ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009, p. 1-19. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 3 out. 2014.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BLEICHER, Josef. Hermenêutica contemporânea. Tradução por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra: tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de direito. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solo. São Paulo: Edipro, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1978.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Direito natural visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Campinas: Servanda, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75

MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. Tradução Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PFERSMANN, Otto. Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI. Tradução e Organização Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. *In:* CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. Direito e justiça. 2ª ed. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. p. 45-60. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org). Direito Constitucional Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Direito constitucional: Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005, p. 1-21. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>. Acesso em: 5 out. 2014.

SILVA, Vergílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológicos. *In*: _____. Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil – ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, 2007.

9. A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK

Glacielle Borges Torquato[1]
Tiago Gagliano Pinto Alberto[2]

SUMARIO: 1. Introdução. 2. A latitude interpretativa conferida ao hermeneuta e o contexto de valorização dos precedentes. 3. O modelo argumentativo de neil maccormick e a busca de racionalidade ao discurso decisório na formação dos precedentes judiciais. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. *Introdução*

Em tempos de pós-positivismo, em que a atividade hermenêutica ganhou novos contornos, decorrentes da abertura

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Pós-graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Pós-graduada em Teoria da Decisão Judicial pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Pós-graduada em Gestão do Judiciário pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL). Pós-Graduada em Direito Municipal pela Faculdade de Anhanguera (UNAERP). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e Chefe de Gabinete de Desembargador.

[2] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Membro do Conselho Científico da mesma Instituição e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Jurídica (NUPEJ), coordenando o grupo referente às motivações das decisões judiciais. Professor da Escola da Magistratura Federal em Curitiba (ESMAFE). Coordenador do Curso de Argumentação Jurídica ministrado nas Escolas da Magistratura dos Estados do Paraná (EMAP), Santa Catarina (TRT - 12ª Região) e Tocantins (ESMAT). Coordenador da Pós-graduação em teoria da decisão judicial na Escola da Magistratura do Estado de Tocantins (ESMAT). Integrante do grupo Justiça, Democracia e Direitos Humanos, sob a coordenação da Professora Doutora Claudia Maria Barbosa. Integrante do Núcleo de Fundamentos do Direito sob a coordenação do Professor Doutor Cesar Antônio Serbena, UFPR. Integrante do Núcleo de Pesquisa & Constitucionalismo e Democracia; sob a coordenação da Professora Doutora Vera Karam de Chueiri. Associado fundador do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAJJ). Juiz de Direito Titular da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Curitiba.

semântica da Constituição e da vagueza legislativa, passou-se a exigir das decisões judiciais maior compromisso com a unidade e coerência do ordenamento, a fim de resguardar, tanto quanto possível, a segurança jurídica, sob seus vieses objetivo e subjetivo, assim como a *previsibilidade* dos seus conteúdos, especialmente num contexto de *coletivização* das demandas individuais.

Essa necessidade de comprometimento das decisões judiciais com a integridade do direito é reflexo da imprecisão da linguagem, das dubiedades de entendimentos dos textos legais, insuficiências legislativas, aberturas semânticas e demais impropriedades linguísticas, temas geradores de intensas controvérsias judiciais e interpretativas.

A latitude interpretativa conferida aos magistrados foi convalidada por um momento histórico em que o positivismo jurídico não mais atendia às expectativas da sociedade plural e complexa que se formara, tampouco aos preceitos consagrados pelo Estado Democrático, inseridos pela Constituição Federal de 1988, mormente aqueles ligados aos direitos e garantias fundamentais.

Contudo, a liberdade decisória, balizada por intenções nobres no seu nascedouro, foi aderida pelos juristas de maneira pouco refletida. Deixou-se de observar preceitos mínimos de unidade e coerência no ordenamento jurídico, o que resultou no ápice do indesejado naquele momento histórico: decisões diferentes para casos jurídicos idênticos.

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2015, veio minimizar a instabilidade gerada pela jurisprudência e conferir especial enfoque aos precedentes judiciais, tornando sua observância obrigatória pelos magistrados[3].

[3] Convém esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a observância de precedentes era obrigatória em alguma medida, a exemplo do que ocorria com a súmula vinculante, criada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Porém, a despeito disso, não representava propriamente uma cultura de precedentes, o que consubstancia o desejo do CPC, de 2015.

É nessa perspectiva uniformizadora e estabilizadora que o artigo se desenvolve, legitimado no amadurecimento da figura dos precedentes judiciais. Neste caminho, contar-se-á com a contribuição de Neil MacCormick que, por meio da argumentação jurídica e teoria do direito, voltada para a justificação do processo decisório, dará subsídio à formação dos precedentes judiciais, tão exaltados pelo novo Código de Processo Civil.

O artigo científico estruturou-se no método dedutivo, pois a partir de um estudo teórico acerca da teoria da argumentação jurídica, de Neil MacCormick, buscou-se viabilizar instrumentalmente a inserção de tais conceitos à prestação jurisdicional e, a partir disso, salvaguardar a coerência e harmonia aos julgamentos dos Tribunais na formação dos precedentes.

O que se propõe, sem pretender esgotar o tema, é demonstrar a forma como a teoria de MacCormick contribuirá para a formação dos precedentes judiciais, minimizando, dessa forma, a instabilidade jurídica propagada por decisões judiciais diversas prolatadas em situações semelhantes, que malferem o princípio da isonomia.

Para atingir tal desiderato, o artigo se desenvolverá em duas seções. A primeira delas tem o objetivo de situar historicamente o interlocutor acerca da latitude interpretativa conferida aos magistrados pós Constituição Federal de 1988, seguida da gradativa necessidade de se conferir coerência, segurança e estabilidade ao ordenamento jurídico, num contexto de valorização dos precedentes judiciais.

A segunda seção, por sua vez, analisa o processo de justificação e argumentação desenvolvido pela teoria de MacCormick, demonstrando a forma como poderá contribuir com a atividade decisória dos magistrados, viabilizando-se a justificação com base em critérios universalizáveis, sem descurar das variantes da justiça e equidade, que estarão legitimadas pela amplitude argumentativa dos debates levados a efeito pelos juristas.

2. *A latitude interpretativa conferida ao hermeneuta e o contexto de valorização dos precedentes*

A legislação brasileira e o pensamento jurídico pós-positivista romperam com o modelo tradicional de tipicidade estrita e exclusiva e se abriram ao primado dos princípios, valendo-se de conceitos que atribuem cada vez mais liberdade ao julgador. São cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados que exigem do aplicador do direito uma ponderação específica, dando-lhe margem de atuação que não pode deixar de exercer.

Essa textura aberta a que se dedicou o ordenamento jurídico brasileiro efetivamente expandiu a atividade hermenêutica, de forma que a interpretação normativa tornou-se vulnerável a incertezas e inseguranças, decorrentes da imprecisão do texto legal.

Essa realidade, fundada na incerteza normativa, tomou corpo quando as relações sociais passaram a não mais comportar uma conformação exclusivamente legislativa e legalista. Significa afirmar que a subsunção fato/norma não mais atendia aos comandos exigidos pela sociedade, mormente pela experiência do pós segunda guerra mundial, que passou a reclamar a análise do direito sob a perspectiva da satisfação do direito material, e não mais pela literalidade de dispositivos, os quais neutralizavam a atividade judicial.

Até aquele momento histórico, pondera Alves (2014, p. 97), "mesmo diante de uma formação legislativa duvidosa, não cabia ao Magistrado questionar se os interesses eram legítimos ou ilegítimos". E continua:

> Aos poucos, diante das constantes modificações empreendidas pelo Estado Social, evidenciou-se a crise do pensamento positivista que já não respondia aos avanços da sociedade e às expectativas geradas pela modernidade diante das novas relações jurídicas dela advindas. Aliado a isto, foi constatada a falência do princípio da legalidade como pilar de uma sociedade mais justa, principalmente depois que muitos regimes ditatoriais, apoiados no primado de um Estado de Direito, violaram direitos humanos apoiados na lei.

Esse gradativo rompimento com o formalismo pós-escola da exegese, em que o juiz aplicava cegamente a lei, muitas vezes

incorrendo em injustiças, foi sucedido pela projeção de um sistema jurídico principiológico, determinado por uma infinidade de fatores, especialmente aquele ligado ao desenvolvimento da linguagem[4], o que redundou, inevitavelmente, na expansão da atividade interpretativa do jurista.

Sobre o assunto, esclarece Lorenzetti (2008, p. 172):

> Essa linguagem aberta se expandiu notavelmente, tanto nas constituições, nos tratados, como na legislação sobre contratos, direito comercial, de família e, em geral, em todo o ordenamento. A cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado são utilizados em todos os campos jurídicos em abundância, fundando-se na ideia de que a solução se posterga e haverá alguém que terá a suficiente formação e informação para resolver.

Para o autor, a abstração das cláusulas gerais estabelece um critério abrangente, de forma que possa ser utilizada para uma multiplicidade de questões fáticas, possibilitando ao intérprete a "materialização dos critérios de justiça", alcançados com a utilização de "critérios de todo tipo: paradigmas, subjetividade, noções que se aprendem em outras ciências" (2008, p. 173).

A supremacia do sistema fundado em princípios, contudo, não ganhou a simpatia unânime dos doutrinadores. Para aqueles que não "abraçaram" a nova sistemática, a sociedade estaria refém de conveniências interpretativas ou mesmo tendências ideológicas, legitimadas pelo ordenamento jurídico.

Hart (2010, pp. 137-161), no artigo *A teoria do Direito Norte-Americana pelos olhos dos Ingleses: o Pesadelo e o Nobre Sonho*, publicado originalmente em 1977, afirma que a generalidade ou vagueza normativa leva à indeterminação ou incompletude *parcial* da própria ciência jurídica, de forma que, diante da imprecisão do texto legal, o juiz, inevitavelmente, atuará de forma discricionária. Sugere, com

[4] Cf. Carvalho (2008, p. 70), sobre o tema, esclarece que "muitas das mais importantes ideias que marcaram a discussão da filosofia jurídica das últimas décadas tiveram por pano de fundo o problema da aplicação judicial do direito e não se podem, na verdade, compreender sem um prévio entendimento de muitos dos conceitos vindos do mundo da filosofia analítica da linguagem."

efeito, que o direito norte-americano é expressão/oscilação de dois extremos: *pesadelo*, fundado na completa indeterminação do direito e na irrestrita liberdade decisória, e *nobre sonho*, representado pela limitação da discricionariedade dos juízes e excessivo apego à dogmática.

> [...] o Pesadelo e o Nobre Sonho, ou seja, o ponto de vista de que os juízes sempre criam e nunca encontram o Direito que impõem às partes no processo e, o ponto de vista oposto, segundo o qual os juízes nunca criam Direito. Como outros pesadelos e outros sonhos, os dois são, em minha opinião, ilusões, ainda que tenham muitas coisas a ensinar aos juristas em suas horas de Vigia. A verdade, talvez trivial, é que às vezes os juízes fazem uma coisa e outras vezes outra. Que fazem, quando, e como fazem, não é obviamente uma questão indiferente, mas sim de grande importância (HART, 2010).

Note-se que a teoria hartiana, representada pelas expressões *pesadelo* e *nobre sonho,* é o retrato da situação vivenciada pelos juristas que, conforme bem relatado pelo autor, "às vezes fazem uma coisa e outras vezes outra", em prejuízo à segurança jurídica e à credibilidade do próprio sistema de justiça. Os extremos entre a discricionariedade judicial e o apego excessivo à letra fria da lei – que muitas vezes está incompleta, dúbia ou genérica e necessita de integração, interpretação pelo juiz – comprometem a integridade e coerência da própria teoria do Direito.

O advento das cláusulas gerais, com efeito, não deixa de impingir insegurança ao destinatário da atividade hermenêutica, exatamente pela imprescindível necessidade de se completar a moldura desenhada de maneira indefinida pela cláusula geral, atribuindo ampla discricionariedade ao julgador e, porque não dizer, possibilidade de se empreender arbitrariedades.

Sobre o assunto, esclarece Barroso (2009, pp. 307-308):

> As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico que já passara, na modernidade, da lei para o juiz transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Fato é que as novas técnicas legislativas conferidas aos intérpretes, ancoradas na abertura interpretativa das normas, conquanto possibilitem a constante atualização do ordenamento jurídico, conferindo substancial relevo à atividade dos Tribunais, carecem de certa maturação por parte dos seus aplicadores, pois foram estes forjados no regime do *civil law,* de uma aplicação positivista das normas jurídicas e reduzidos, por muitos anos, à mera "boca da lei" do Judiciário.

A ausência de conformação da sociedade com o rigor positivista cedeu lugar à abertura semântica da Constituição, às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais, da mesma forma, são alvo de inúmeras críticas, mormente pela latitude de atuação conferida aos magistrados quando da interpretação do direito e respectiva aplicação ao caso concreto. Passou-se a exigir um esforço conjunto dos aplicadores do Direito na busca pelo equilíbrio e resgate da segurança jurídica e de certa previsibilidade nas decisões judiciais.

Nesse caminho reflexivo, houve o reconhecimento da insuficiência do *civil law,* seguido de uma natural afinidade pela jurisprudência, que alcançou uma categoria de grande relevância para o direito: concretizadora das cláusulas gerais. A atividade hermenêutica passou a exigir uniformização da compreensão da norma, de maneira a garantir a estabilização das relações jurídicas e, consequentemente, a previsibilidade dos atos estatais.

Gadamer (1997, p. 489), sobre o tema, esclarece que:

> A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.

O ato decisório, portanto, deve ser temperado pela compreensão do sistema como uma unidade harmônica de direitos. A inexperiência brasileira com tal fenômeno fez com que se tornasse

"necessário conhecer soluções de países que possuem uma construção teórica secular sobre o **papel da jurisprudência**"[5] (DANTAS, 2013, p. 28).

As produções em massa de decisões, sem compromisso com o efeito prospectivo que podem implicar, e sem o caráter vinculativo dos entendimentos firmados, somadas à necessidade, imprescindível, de se perseguir o estabelecimento de uma justiça mais uniforme, fizeram com que se buscasse inspiração nas experiências e orientações oriundas do *common law* para, a partir de então, recomendar-se a utilização de mesmo processo de conformação racional para as ações de natureza repetitiva, resultando em uma natural aproximação do *civil law* e *common law*.

Didier Jr. (2013a, p. 38), sobre o tema, afirma que:

> A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima [...] a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; [...] a cláusula geral funciona como *elemento de conexão* permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Martins-Costa (2002, p. 10) esclarece que "à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes".

A figura dos precedentes judiciais, como se pode observar, passou a ganhar notoriedade no ordenamento jurídico brasileiro pela racionalidade na formação das teses jurídicas e também pelo seu efeito prospectivo – conformador de situações jurídicas idênticas, que surjam em momento futuro –, sendo que no estudo que ora se propõe, a sua efetiva utilização subsumir-se-á à adoção de

[5] Sobre o tema, Didier Jr. (2013b, p. 450) aponta a correspondência existente entre a jurisprudência e o precedente da seguinte maneira: "um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal." Continua: "Há, pois, uma evolução: precedente -» jurisprudência -» súmula. São noções bem ligadas" (2013b, p. 450).

determinada solução para o caso concreto, por meio de um entendimento vocacionado pelo consenso, após a exposição racional dos argumentos que envolvem as interpretações do direito. Esta busca pela racionalidade na formação dos entendimentos jurídicos e vinculatividade de suas teses foi o ponto de partida para o surgimento, no ordenamento jurídico brasileiro, do ideário firmado pela figura dos precedentes judiciais.

Deve-se ter em mente, por outro lado, que o principal objetivo das cláusulas gerais – *nomeada* por Canaris (1996, p. 142) de "pontos de erupção da equidade[6]"–, é o de garantir a primazia da *justiça* (DIDIER JR., 2013a, p. 38). Portanto, o debate racional para a formação de entendimentos que integrem as aberturas interpretativas dos dispositivos legais deve ser alcançado valendo-se da análise ponderada do princípio que a inspirou.

Esclarece Gadamer (1997), a respeito do assunto, que, seguindo-se à compreensão[7], tem-se a interpretação e, finalmente, a *aplicação* da norma, que acontecem simultaneamente, pois possuem caráter indivisível. Portanto, não há lei pura, tampouco um *sentido dito correto* depositado na letra da lei e que deveria ser recuperado no ato de interpretação. O sentido da hermenêutica de Gadamer (1997) é justamente mostrar que a lei não está pronta, que o direito não é mera instituição engessada; o direito está em construção.

Nessa tarefa construtiva, a atividade hermenêutica tem como balizamento principal a busca incessante pela justiça, conforme se obtemperou em linhas pretéritas. Esta tarefa impõe ao jurista que se valha das regras de interpretação jurídica e da técnica argumentativa para lançar nos autos a decisão que mais se aproxime do direito justo e razoável, possível de ser apreciado no caso concreto, debruçando-se, por assim dizer, sobre a realidade social.

---

[6] A expressão "pontos de erupção da equidade", utilizada por Canaris para denominar as cláusulas gerais e para justificar que o instituto tecnicamente garantiria a igualdade, pode também sofrer incursões capazes de gerar efeito inverso – desigualdade –, resultado da possibilidade/prerrogativa conferida ao magistrado pela latitude interpretativa, sendo passível de imprimir, a casos semelhantes, entendimentos jurídicos distintos e, de consequência, malferir o princípio da isonomia.

[7] Para Hans-Georg Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais se inicia não são arbitrárias.

3. *O modelo argumentativo de neil maccormick e a busca de racionalidade ao discurso decisório na formação dos precedentes judiciais*

A legitimidade das decisões judiciais, no Estado Democrático de Direito, é haurida no dever de motivação dos atos decisórios (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988[8]), porquanto é a função jurisdicional a responsável pela unidade e coerência do sistema democrático, além de garantidora da efetividade dos direitos fundamentais.

Sobre o assunto, Alexy (2011, p. 33) esclarece que:

> O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade. Se se desenvolve isso, então se produz […] uma união de ambos esses lados, cuja expressão, até agora mais completa, é o estado constitucional democrático.

Atienza (2014, p. 80), buscando ilustrar a importância da tarefa argumentativa para o Direito, afirma que "a argumentação (a tarefa de fornecer as razões) acompanha as decisões como a sombra o corpo: argumentar e decidir são facetas da mesma realidade." A analogia utilizada pelo jurista tem o objetivo de despertar o interlocutor para a imprescindibilidade de se conferir racionalidade aos excertos decisórios, pois não mais se admite que as atividades jurisdicionais apresentem-se desprovidas de fundamentação.

MacCormick, jusfilósofo escocês, em sua obra "Argumentação Jurídica e Teoria do Direito", apresenta substancioso arrazoado acerca do "processo de argumentação como um processo de justificação" (2006, p. 23). Sustenta que "eles [os juízes] precisam aplicar-se para descobrir qual das decisões pretendidas pelas partes de um processo está devidamente justificada." Nesse processo, exige-se que "exponham as razões para suas decisões [...].

[8] "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

Devem declarar e explanar publicamente as razões justificatórias [...].” (2006, p. 23). Portanto, a legitimidade conferida às decisões judiciais pressupõe, por parte destas, uma justificação racional do processo intelectivo para se chegar à solução do caso concreto.

Esse processo de justificação das decisões judiciais, segundo o autor, pode se dar por meio de argumento puramente dedutivo (premissa normativa – premissa fática - conclusão). O raciocínio subsuntivo (lógico) orienta e respeita a racionalidade e imparcialmente ansiadas pelos jurisdicionados, conferindo-lhes aceitabilidade e convencimento.

Prossegue afirmando que, mesmo o “argumento dedutivo”, possui limites. Significa afirmar que as premissas (normativas ou fáticas), embora aplicáveis a parte significativa dos processos, não atendem a todas as demandas judicializáveis e podem ainda apresentar problemas. Há casos que não se enquadram na moldura dos elementos estruturais silogísticos[9]. São os chamados casos “difíceis”, subdivididos em problemas de interpretação e pertinência (afetos às premissas normativas) e problemas de prova e qualificação (afetos às premissas fáticas).

No que concerne aos *problemas de interpretação*, não existem dúvidas quanto à norma aplicável, mas esta admite mais de uma interpretação, de forma que somente após a definição do problema de lacuna axiológica (textura aberta), chegar-se-á ao que representa a premissa normativa. MacCormick esclarece que:

> As normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. No entanto, resolver a ambiguidade de fato envolve escolher entre duas versões rivais da norma (*se p', então q* ou *se p'', então q*). Uma vez feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica. (2006, p. 86)

[9] Cf. MacCormick (2006, p. 127): “Podemos, contudo, esgotar as normas sem que esgotemos nossa necessidade de decisões jurídicas – porque as normas não são claras, porque a correta classificação dos fatos pertinentes é questionável ou mesmo por haver controvérsia quanto a haver ou não fundamento legal para alguma reivindicação ou decisão nos termos do direito”.

Questiona-se, a despeito, se a impenhorabilidade do bem de família se aplica à pessoa solteira, considerando-se que a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, prevê no seu artigo 1º que: "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos [...]"

No exemplo citado, é imprescindível averiguar se o conceito de "entidade familiar" abrange aquela pessoa que vive sozinha. A interpretação é necessária para, somente após, realizar o processo de subsunção da lei ao caso concreto. No caso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 364 para solucionar a questão, disciplinando que "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Observe-se que a edição da súmula solucionou o problema de interpretação havido na norma, conferindo-se uma generalização do entendimento extraído de um caso particular e possibilitando que, a partir da sua edição, todos os casos envolvendo "pessoas solteiras, separadas e viúvas", em que se discutisse a impenhorabilidade do bem de família, fosse adotado entendimento semelhante.

Outro exemplo bastante oportuno e que vinha sendo recorrentemente enfrentado *de maneira distinta* pelo judiciário brasileiro diz respeito à correta interpretação que se deve atribuir à expressão "*dívida pendente*", constante do Decreto-Lei nº 911, de 1996, aos contratos de alienação fiduciária.

Muitos magistrados entendiam que a referida expressão contemplava apenas as parcelas vencidas e, por isso, permitiam a purgação da mora apenas com o adimplemento de tais valores (vencidos), com a consequente liberação do veículo em favor do consumidor. A matéria, contudo, foi afetada por Recurso Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 1.418.593/MS, que concluiu pela necessidade de adimplemento de todo o contrato

(parcelas vencidas e vincendas), caso o consumidor pretendesse reaver o bem.

Observe-se que, em ambos os exemplos, foi indispensável solucionar o problema de lacuna axiológica para, somente após, aplicar a norma ao caso concreto, completando-se o processo lógico-dedutivo de racionalidade. Convém esclarecer que os problemas de interpretação são os maiores causadores de insegurança e instabilidade jurisprudencial, que resvala negativamente tanto em relação ao jurisdicionado do caso concreto, quanto em relação à credibilidade da instituição perante a sociedade.

A disseminação de entendimentos divergentes, mormente quando realizados no mesmo espaço geográfico e tempo, leva as leis ao descrédito e macula a confiança nos juízes, de tal sorte que a solução do problema de interpretação, pelo Judiciário, serve "ao interesse do próprio Estado em manter o império de suas leis e o respeito às suas instituições" (MESQUITA, 2005, p. 217).

A *pertinência*, enquadrada pelo autor como problema de premissa normativa, antecede ao problema de interpretação. A questão gira em torno da existência (ou não) de norma aplicável ao caso concreto. Nesta hipótese, é necessário observar se a pretensão deduzida perante o judiciário é pertinente, considerando-se as normas vigentes.

A fim de ilustrar, cite-se a ação de reparação de danos movida em virtude de prejuízos advindos de acidente de veículo causado por segurado, em que a seguradora figura como litis-denunciada. A princípio, inexiste relação jurídica alguma entre a vítima e a seguradora, de forma que condená-la *diretamente* demandaria uma construção argumentativa para estabelecer uma relação de pertinência entre a pretensão judicializada e as normas de direito vigentes, pautando-se na boa-fé.

No referido exemplo, o STJ, no REsp 925130/SP, reconheceu que a seguradora, "aceitando a denunciação da lide realizada pelo segurado, inclusive contestando os pedidos do réu, assume posição de litisconsorte passivo na demanda principal" e, dessa forma, pode "ser condenada direta e solidariamente a pagar

os prejuízos experimentados pelo adversário do denunciante, nos limites contratados na apólice para a cobertura de danos causados a terceiros".

Sobre o tema, MacCormick elucida, *mutatis mutandis*:

> Existe alguma razão nos termos da lei pela qual, se puderem ser provados os fatos que a autora alega, deveria ser-lhe concedida a indenização objeto da ação? Se a resposta a essa pergunta for favorável a ela (como de fato foi), a lógica da justificação implicará [...] que a 'razão no direito' pela qual ela deveria obter sua indenização não pode ser individual e particular. Se houver alguma razão que justifique que lhe seja concedida uma reparação por esse dano causado dessa forma, essa mesma razão deverá ser também um bom motivo pelo qual deveria ser concedida uma reparação semelhante a qualquer pessoa prejudicada da mesma forma. (2006, p 88)

O problema de pertinência deve ser analisado à luz do ordenamento jurídico sistematicamente considerado, com base na pretensão deduzida e nas normas de direito vigentes, ainda que inexistente regra específica e de aplicação lógico-dedutiva. Sua análise deve considerar, outrossim, o potencial de generalização da decisão exarada para o caso particular.

Os *problemas de prova* se referem ao estabelecimento da premissa menor. Portanto, se uma pessoa mata outra premeditadamente, seu ato constitui crime de homicídio. Nesta hipótese, não se lança dúvidas sobre a norma definidora do crime ou mesmo sobre o seu significado. Segundo MacCormick "a controvérsia mais comum gira em torno da afirmação por parte da acusação e da negação por parte do acusado quanto a ter sido ele quem matou a vítima e (se tiver sido mesmo ele) quanto a ter ele agido ou não com premeditação." (MACCORMICK, 2006, p. 112).

A solução do caso vai depender de produção de provas. Esta, na lição do autor, "é algo que nos permite (a) considerar verdadeiras proposições sobre o presente; e (b) delas deduzir proposições sobre o passado" (MACCORMICK, 2006, p. 113).

Os problemas de prova exigem que o magistrado confie na instrução probatória realizada, na perícia, nas testemunhas ouvidas

em juízo, a fim de formar o seu convencimento sobre o que realmente aconteceu no momento do cometimento do crime. Esta *confiança* somente será estabelecida se, na reconstrução dos acontecimentos, observar-se coerência entre as provas produzidas. Só é possível conferir plausibilidade à produção de provas se dela for possível extrair o mínimo de coerência.

> O melhor tipo de razão que se pode ter para acreditar na veracidade de alguma proposição sobre o passado consiste em ser ela mais coerente do que qualquer outra com nossas crenças gerais sobre causa e efeito e sobre a motivação dos atos humanos, bem como com uma série de outras proposições particulares referentes a fatos que sejam elas mesmas coerentes entre si e que incluam algumas proposições fundamentadas em percepções sensoriais atuais. E nenhuma razão semelhante jamais pode ser conclusiva. (MACCORMICK, 2006, p. 115)

Finalmente, tem-se o *problema de qualificação* ou "fatos secundários". Ocorre quando não há dúvida sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), o que se discute é se integram ou não um caso que possa ser subsumido a uma norma.

Para exemplificar, o autor utiliza o caso MacLennam *versus* MacLennam (1958 – Court of Session, Escócia), em que o senhor MacLennan ingressa com ação junto ao Supremo Tribunal escocês a fim de obter o divórcio de sua esposa, sob o fundamento de ter havido traição por parte dela, uma vez que esta deu à luz a um filho mais de um ano após o último encontro íntimo havido entre o casal. A esposa não se opôs à última afirmação, porém negou o adultério, pois o filho tinha sido concebido por meio de técnica de inseminação artificial, com sêmen de um doador, não tendo havido, portanto, relação sexual adulterina (MACCORMICK, 2006, p. 118).

Na hipótese, supondo-se que efetivamente a esposa tenha engravidado por meio de um processo de inseminação artificial, a questão colocada pelo autor é saber se isso constitui adultério. Com efeito, certos fatos primários restaram comprovados para a finalidade da discussão, porém "esses fatos primários contam como

ocorrência do requerido 'fato secundário' – o adultério – para fundamentar a solicitação do divórcio?" (MACCORMICK, 2006, p. 119)

Para elucidar o caso, MacCormick recorre ao parecer de Lorde Wheatley, que afirma:

> Depreende-se, portanto, na minha opinião, que a inseminação artificial por um doador não constitui adultério segundo nossa lei... Que constitui uma grave ofensa conjugal a um marido que não deu seu consentimento, disso não tenho dúvida. A lei, no entanto, estabelece certos fundamentos a partir dos quais o divórcio pode ser concedido, um dos quais é o adultério... Se for real que a ciência criou um *casus improvisus,* o remédio não há de ser encontrado na adaptação de um caso desses a um dos fundamentos existentes para o divórcio, em argumentos que não podem se sustentar seja em termos lógicos, seja em termos fisiológicos. (1958 S.C. a 114) (MACCORMICK, 2006, pp. 119-120)

Segundo o autor, a proposição de Lorde Wheatley somente estaria justificada "se ele estivesse disposto a sustentar que o uso de inseminação artificial com sêmen de um doador por parte de *qualquer* ré não constituiria adultério" (2006, p. 120).

Outro exemplo ilustrativo do problema de qualificação é observável na utilização da quebra do sigilo telefônico em processo de natureza cível. No HC 203405/MS, da Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, decidiu-se que, apesar da quebra do sigilo das comunicações telefônicas ser, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, "o ato impugnado, embora praticado em processo civil, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente".

Observe-se que, para MacCormick, a solução dos problemas que assolam os "casos difíceis", ou seja, aqueles que não se restringem à proposição lógico-dedutiva pura, pressupõe a observância do requisito da universalidade. É o que o autor chama de *justificação de segunda ordem,* que perpassa os critérios de coesão, coerência e consequência.

A pretensão de universalização das decisões particulares é a "pedra de toque" da teoria maccormickiniana, porquanto balizada pela busca da isonomia e pela adesão à coerção da justiça formal, compreendida como imparcialidade argumentativa, "requisito mínimo para fazer justiça, e mais ainda 'a justiça de acordo com a lei.'" (MACCORMICK, 2006, p. 96)

A obtenção da justiça formal anunciada por MacCormick exige, igualmente, uma argumentação fundada na racionalidade do discurso. Tais conceitos consolidam a razão legitimadora da *ratio decidendi* formada nos precedentes que vincularão a atuação de todos os integrantes do Poder Judiciário.

Marinoni (2013, p. 99), sobre o tema, afirma que:

> A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law,* além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.

Com efeito, os argumentos lançados na hipótese concreta vão garantir o resguardo da racionalidade jurídica e reduzir ao máximo a discricionariedade do magistrado que, por uma questão de lógica, coerência e isonomia, estará vinculado aos fundamentos expostos na situação fática submetida à sua análise.

Sob tal enfoque, a situação semelhante porventura sujeita à jurisdição deverá obter igual tratamento, sob pena de se malversar o princípio da segurança jurídica, que tem por objeto nuclear a garantia da estabilidade das relações juridicamente tuteláveis, dada a certeza que lhe é inerente. A segurança jurídica, por assim dizer, "inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si" (PESSOA, 2012, p. 106).

Dinamarco (1995, p. 55) retrata, em poucas palavras, o sentimento que lhe afligia diante da latitude de possibilidades aberta

aos juristas, o que, não raras vezes, resultava no tratamento desigual de situações jurídicas semelhantes:

> Em exercício no Tribunal de Justiça de São Paulo, três dos integrantes do grupo sentíamos de perto as angústias de casos que se repetem, que atravancavam a Justiça pela grande quantidade, que muitas vezes terminavam com resultados diferentes, dependendo da aleatória distribuição a câmaras ou julgadores de tendências desiguais, tudo para desgaste do Poder Judiciário e enorme insegurança para os sujeitos litigantes. E observávamos o *cinismo* de um sistema que permitia *decisões desiguais*, para casos substancialmente *iguais* e depois, quando algum sucumbente tornava a juízo com uma ação rescisória, dava-lhe a resposta de que o julgado rescindendo fora proferido em meio a uma jurisprudência vacilante nos tribunais, sendo por isso insuscetível de rescisão.

A obra de Dinarmarco, retrocitada, embora datada de mais de vinte anos atrás, é o retrato fiel da realidade atualmente enfrentada pelo Poder Judiciário, com consequências que perpassam a insegurança jurídica, a ausência de confiança no Poder Judiciário e ofensa ao princípio da isonomia.

O agravamento do cenário ficou ainda mais perceptível com o advento da massificação das relações de consumo, sobre o qual esclarece Dinamarco (1995, pp. 53-54) que possui a "[...] consciência da inadequação de uma insistência pela tutela individual, em tempos de coletivização da tutela jurisdicional e em clima de um direito de massa, inerente à sociedade de massa deste fim de século."

Com efeito, se é certo que a oscilação/indeterminação que se estabelece entre a obediência fiel à vontade do legislador e sua adaptação às necessidades sociais, somada à indeterminação que afeta a letra da lei, exige que o jurista se valha das máximas da interpretação, é também certo que a Constituição Federal contempla em vários dos seus dispositivos, ainda que de maneira implícita, o princípio da segurança jurídica, assim como da unidade e coerência do ordenamento jurídico, até mesmo para proteger e preservar o jurisdicionado das expectativas que são depositadas naqueles que exercem a jurisdição.

A racionalidade discursiva e o comprometimento com a potencial universalidade das decisões[10] é fundamental para minimizar as divergências de entendimento sobre questões semelhantes, sobretudo pela possibilidade de serem controladas diretamente pelo jurisdicionado.

MacCormick defende, portanto, que "a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual" (2006, p. 126). Desta forma, o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, deve ser perseguido, sempre que possível, pois "trata-se de norma-mestra do Estado Democrático de Direito, que impede tratamentos discriminatórios gratuitos e desprovidos de correlação lógica entre o fator objeto do *discrimen* e a desequiparação pretendida [...]" (LIMA, 2013, p. 147).

O autor, igualmente, reconhece a possibilidade de determinada norma, no caso concreto, parecer injusta "porque as categorias previstas na norma não são suficientemente refinadas" (2006, p. 124), e tal circunstância reclama um tratamento excepcional. Nesta hipótese, a excepcionalidade de tratamento conferida a determinada situação particular pode justificar a criação de exceções à lei àquelas que, por motivos racionalmente justificáveis, não se enquadrem naquela moldura legal. Universaliza-se, por assim dizer, a própria exceção. Dessa forma, sempre que o magistrado estiver diante de situações excepcionais, deve apresentar justificação,

[10] MacCormick (2006, p. 96) afirma que "O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por razões fortes, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado."

igualmente, universalizável, a fim de conferir equidade ao tratamento de casos distintos submetidos a julgamento.

> [...] não se pode entender a equidade como algo particular em comparação com a universalidade da justiça. Pode-se estabelecer um contraste melhor e mais correto entre a equidade e o direito, e isso apenas no sentido de que normas formais do direito positivo podem causar injustiça em sua aplicação, o que pode justificar a criação de exceções à lei para classes de situações às quais, por bons motivos, não deveria ser aplicada a lei previamente promulgada ou estabelecida (por meio de precedente). Mas, como essas mesmas palavras dizem, a equidade é tanto quanto a justiça uma questão daquilo que é universalizável. (MACCORMICK, 2006, pp. 125-126)

Note-se que a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão está intimamente ligada à responsabilidade do magistrado em relação às próprias decisões que produz, pois podem elas ser utilizadas como paradigmas para diversos outros casos semelhantes. Esta compreensão acerca da potencial repercussão da *razão de decidir* emitida pelo jurista, deve imbuí-lo de um comprometimento ainda maior com os entendimentos que emite, nas situações concretas que lhe são submetidas à jurisdição.[11]

A prolação de uma decisão perpassa, da mesma forma, a avaliação das "consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o 'problema de pertinência', de 'interpretação' ou de 'classificação'" (MACCORMICK, 2006, p. 165).

No raciocínio desenvolvido, MacCormick sugere que o magistrado leve em consideração as consequências de se adotar uma ou outra proposição, em virtude dos efeitos prospectivos que tal deliberação poderá vir a ter, na eventualidade de surgirem casos que se enquadrem naquela mesma moldura fática. Tal argu-

[11] Barroso, na mesma linha de intelecção, defende a possibilidade de universalização como um dos parâmetros para o controle da argumentação jurídica, ao afirmar que "por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes." (2012, p. 160)

mentação, continua o autor, possui inegável carga *valorativa,* porquanto lança questionamentos acerca da aceitabilidade de tal escolha pela sociedade, assim como das consequências advindas. Finalmente, sustenta que a decisão "é, pelo menos em parte, *subjetiva*" (2006, p. 134), pois, naturalmente, cada magistrado, na análise das possíveis consequências para cada escolha, poderá conferir importância e pesos distintos aos critérios de avaliação. Neste último ponto, MacCormick reconhece que "pode haver simplesmente diferenças insolúveis de opinião entre pessoas racionais e de boa vontade" (2006, p. 134).

É imprescindível que no processo decisório, de busca pela solução que melhor atenda à atividade argumentativa, a decisão reflita racional e ponderadamente acerca das consequências normativas de se optar por uma ou outra regra rival. Como afirma Queiroz (2007, p. 334), ao comentar a teoria maccormickiana, "isso não quer dizer, frise-se, que o jurista-intérprete deva embrenhar-se nalguma espécie de futurologia: o consequencialismo de que fala MacCormick não é [...] um consequencialismo fático". Prossegue afirmando que "é, isto sim, refletir sobre o que significaria a possível internalização de cada um das regras rivais que se apresentam como possibilidades decisórias de um dado caso concreto." (QUEIROZ, 2007, p. 334).

O exemplo citado por MacCormick, que retrata com clareza as bases da sua preocupação com o efeito prospectivo da tomada de decisão, é o caso *Marbary* versus *Madison* (1803), quando o ministro Marshall e o Supremo deliberaram "que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos deveria aplicar leis, mesmo as promulgadas pelo Congresso dos Estados Unidos, somente se estivesse convencido de que elas não desrespeitassem os dispositivos da Constituição" (2006, p. 166).

Para o ministro, entender de forma diversa implicaria a derrocada do poder normativo da própria Constituição, com significativa extensão dos poderes atribuídos ao Legislativo, antevendo, por assim dizer, as consequências normativas de tal decisão, ainda que no plano fático não adviesse abuso de poder pelo Legislativo.

MacCormick, com bastante percuciência, justifica:

> Tendo o 'povo soberano' estabelecido uma Constituição e uma legislatura cujos poderes nela estão definidos, a questão é saber se a legislatura há de ser capaz de suplantar os termos de seu estabelecimento ou não. Seria inaceitável adotar qualquer doutrina de revisão judicial que envolvesse o tribunal numa conivência com a subversão da definição constitucional do alcance do poder legislativo. (2006, p. 167)

Observe-se que o *consequencialismo* está intrinsecamente ligado à universalidade do argumento jurídico firmado no caso concreto, pois a decisão proferida tende a orientar *comportamentos*. Cuida-se, em breves linhas, de valorar as possíveis consequências decorrentes da norma "criada" para o caso concreto, dada a necessidade de se aplicar a justiça formal aos casos semelhantes.

Do processo racional acerca das consequências normativas de "escolhas entre possíveis deliberações rivais" (2006, p. 129), segue-se à avaliação do critério da coerência. Para o autor, a justificação de segunda ordem, conforme discorrido em linhas pretéritas, pressupõe que a decisão judicial opte pela proposição que guarde pertinência com o sistema jurídico e com o que "faz sentido no mundo".

Nessa perspectiva, a coerência, de acordo com MacCormick, deve ser interpretada "no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam 'fazer sentido' quando consideradas em conjunto" (2006, p. 197). Sob tal raciocínio, as respectivas normas devem guardar compatibilidade com alguma "normal mais geral". Esta, por sua vez, se considerada "sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução das relações" (2006, p. 167) pode ser tratada como "princípio", que tem o condão de *explicar* e *justificar* as normas mais específicas que com ela guardem compatibilidade.

> Quanto à justificação: se alguma norma *n* for valorizada em si ou como um meio para um fim almejado, demonstrar que uma norma específica pode ser subordinada a ela corresponde a demonstrar que se trata de uma boa norma a seguir. Quanto à explicação: quando estamos em dúvi-

> da acerca do correto significado da norma num determinado contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida; também, de modo superficial, é possível explicar porque motivo se considera ser válido aderir à norma. Chamar uma norma de 'princípio' significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo. (2006, pp. 197-198)

A argumentação a partir da coerência, como se observa da lição do autor, se dá por meio do uso de princípios e analogias. Para tanto, afirma que "a lei conforme administrada nos tribunais deveria exibir coerência de princípios e não ser 'uma selva de exemplos isolados'" (2006, p. 243). Estes princípios, portanto, devem ser o resultado da racionalização das próprias leis, de modo a lhes compatibilizar com as pretensões e objetivos da própria sociedade, dos valores que lhes são caros.

Nesse contexto, a analogia, igualmente, deve ancorar-se em um princípio e "depende da existência de semelhança entre os fatos do novo caso e os fatos operativos de princípios, ou normas, enunciados em termos razoavelmente específicos engastados em precedentes ou em leis promulgadas" (2006, p. 250).

No julgamento do Mandado de Segurança nº 32.074, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luis Fux, reconheceu a invalidade jurídico-constitucional da atribuição de caráter eliminatório a provas de títulos em concursos públicos, fundado na *interpretação que deve ser conferida* ao art. 37, II, da Constituição Federal, bem como na necessidade de coerência normativa do Conselho Nacional de Justiça no tratamento dos processos seletivos para ingressos nas carreiras de magistrados e notários.

Esclareceu o ministro, em seu voto, que a fase de títulos "assume caráter acessório ou ancilar. Sua realização, em verdade, sequer é imposta pela Lei Maior, que se limita a exigir provas, cumuladas **ou não** com a análise de títulos, consoante expressa redação do seu art. 37, inciso II." Numa interpretação *a contrario sensu,* conclui que "somente as provas é que permitem inferir quão preparado o concorrente efetivamente está. Os títulos, ainda que

possam revelar experiências, não traduzem mecanismo idôneo para a avaliação do *mérito* individual."

Convém colacionar trecho extraído do voto, em que o ministro destaca a imprescindibilidade de se buscar interpretações que imprimam logicidade e coerência ao sistema:

> Uma leitura apressada do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que a prova de títulos, ao ser computada na nota final (art. 10, I e II), seria decisiva para a aprovação ou reprovação do candidato (como, aliás, faz sugerir o art. 10, § 1º, da aludida Resolução). Essa conclusão, porém, não se sustenta por duas razões. A *primeira* é de índole constitucional e já foi apresentada em linhas pretéritas [vide parágrafo antecedente]. A *segunda* é de índole lógica, a reclamar *coerência* no tratamento de situações análogas.

Na esteira da teoria maccormickiana, a obtenção de uma boa decisão, assim como a certeza de que detém fundamentação lógica e coerente, pressupõe racionalidade não apenas interna, entre os argumentos utilizados no próprio ato decisório, mas também externa, que pressupõe coerência com todo o ordenamento jurídico. Note-se que, no exemplo citado, a Constituição Federal foi o mote norteador da interpretação que se deveria conferir à Resolução nº 81/2009 do Conselho Nacional de Justiça, mormente pela necessidade de resguardar tratamento isonômico entre os concursos das carreiras da magistratura e de notários, considerando-se que, no primeiro, o próprio Conselho, na Resolução nº 75/09, "previu expressamente – e sem qualquer ambiguidade – a natureza apenas *classificatória* da etapa [de provas e títulos]".

Com efeito, não há logicidade ou racionalidade que possa justificar tratamentos distintos à fase de títulos (classificatório x eliminatório), em concursos públicos, quando a própria Constituição, que constitui o fundamento de validade de todas as demais normas infraconstitucionais, sequer exige a respectiva etapa.

A garantia de um Estado de Direito pressupõe, para tanto, que este órgão se valha de entendimentos que guardem coerência entre si, de maneira a salvaguardar, da mesma forma, a unidade do ordenamento jurídico. Em termos simples, "as decisões jurídicas

devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico. Em nossos casos-problema elas devem ser baseadas em deliberações que façam sentido no contexto do sistema jurídico" (MACCORMICK, 2006, p. 131).

O magistrado, nesse sistema, é um instrumento a serviço da justiça, que tem o dever de contribuir para que o Poder Judiciário continue a percorrer os caminhos que perpassam a prestação de uma tutela jurisdicional isonômica, justa e coerente.

Finalmente, a coesão, para MacCormick, é utilizada de forma mais estrita do que a coerência. Diz ele que "é fácil transmitir em poucas palavras o ponto crucial sobre os argumentos a partir da coesão no direito. Existe um mandamento judicial fundamental: Não contradirás normas do direito estabelecidas e vinculantes" (2006, p. 255). A argumentação a partir da coesão consiste, como se vê, em estabelecer limite à atividade decisória, no sentido de impedir a utilização de regras que contrariem outras já existentes no sistema jurídico. Portanto, mesmo que a linha argumentativa seja justificável pelo *consequencialismo* ou mesmo pela *coerência,* não seria capaz de ultrapassar o requisito, igualmente importante, da coesão, *verbis:*

> [...] é a interação de argumentos a partir de princípios e de argumentos consequencialistas que justifica plenamente as decisões em casos exemplares – e mesmo nesse caso ainda precisamos levar em conta a importante questão da "coesão" (MACCORMICK, 2006, p. 252).

Portanto, não basta que a decisão esteja balizada em bons argumentos de natureza consequencialista e/ou a partir de princípios ou analogias. É imprescindível a demonstração de que a pretensão deduzida em juízo não contrarie normas/entendimentos estabelecidos. A despeito desta última observação, convém ressaltar que a compreensão acerca da compatibilidade ou incompatibilidade da deliberação com o sistema normativo depende da *interpretação* que é conferida à respectiva norma. Nessa perspectiva, a argumentação por meio da coesão está intimamente ligada à figura dos precedentes judiciais, lembrando-se que o sistema jurídico, objeto

do estudo realizado por MacCormick, está inserido no *Commom Law*.

O tema é bastante oportuno no cenário jurídico brasileiro, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, de 2015, que conferiu especial relevância aos precedentes, os quais surgem como mecanismos indispensáveis à obtenção da coesão e coerência do ordenamento jurídico, além de garantir a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica.

O art. 927 do diploma processual civil, com efeito, enumera uma sequência de decisões com hierarquia de observância pelos juízes e tribunais (vertical e horizontal). É a consagração, pela legislação processual civil, de algo que já vem ocorrendo no Poder Judiciário brasileiro há várias décadas. Veja-se:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II – os enunciados de súmula vinculante;
>
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O papel do advogado, nesse contexto, é revestido de grande importância, na medida em que tem o dever de demonstrar que o caso submetido a julgamento não contraria o precedente firmado, pois com ele guarda distinção inarredável. A demonstração, suficiente, de particularidades, capaz de diferenciar a *ratio decidendi* contemplada pelo precedente, é capaz de subsidiar a adoção, pelo magistrado, da técnica conhecida como *distinguishing*.

Queiroz (2007, p. 336), acerca da matéria, afirma que:

> Quando um advogado pretende defender uma posição contrária a uma norma jurídica evidente, sua tarefa está em mostrar que a demanda por ela patrocinada não se trata de um exemplar que caia sob aquela regra, mas porque possui particularidades que exigem uma resposta diferente. Em outras palavras: sua tarefa é desconstruí-lo enquanto um caso fácil e mostrá-lo ao juiz como um caso difícil – um caso, portanto, para o qual não haja uma regra pronta no ordenamento, e que demanda uma outra regra que terá de ser forjada, aí sim, por argumentos consequencialistas, com referências a princípios e uso de analogias.

Todo o trabalho argumentativo fundado na coesão, como se pode observar, se deve à necessidade de juiz reconhecer o dever de "não contradizer normas estabelecidas do direito, de não institucionalizar normas conflitantes; mas, sim, de proferir apenas aquelas decisões que possam se encaixar sem incompatibilidade num conjunto de normas estabelecidas" (MACCORMICK, 2006, p. 257).

4. Conclusão

A valorização e consequente incorporação da cultura dos precedentes à ordem jurídica brasileira, por meio do CPC, de 2015, teve o condão de demonstrar, em última análise, a crise *paradoxal* vivenciada pelo sistema jurídico nacional. O despertar do *"sonho dogmático"* hartiano surge desacompanhado de parâmetros seguros de estabilidade, capazes de garantir minimamente os princípios da segurança jurídica e isonomia, ambos legitimadores do Estado Democrático de Direito.

A cultura de valorização dos precedentes surge, portanto, para atender à base teleológica da harmonia, coerência e unidade do sistema. Sua formação pressupõe a compreensão do magistrado acerca do seu papel na ordem jurídica, enquanto peça desse imenso sistema e instrumento a serviço da justiça, com o dever de contribuir para que o órgão máximo do Poder Judiciário continue a prestar uma tutela jurisdicional isonômica, justa e coerente.

Nesse processo, a teoria de MacComick tem especial relevância, pois se propõe a apresentar justificações racionais ao processo de argumentação, a exigir uma mudança de postura dos

juristas em relação ao ordenamento jurídico, menos individualista e mais sistêmica e prospectiva. Com efeito, às questões não solucionáveis pela atividade silogística – os chamados "casos difíceis" – , relacionadas a problemas de interpretação e pertinência (afetos às premissas normativas) e problemas de prova e qualificação (afetos às premissas fáticas), é imprescindível a observância do requisito da universalidade. É o que o autor chama de *justificação de segunda ordem,* que perpassa os critérios de coesão, coerência e consequência.

Para atingir tal desiderato, é necessária a mudança na forma como se vê a produção intelectual dos tribunais. A justiça e a atividade do julgador ganharam novos contornos e exigem novas leituras, dada a acessibilidade conferida pela Constituição Federal, exigência louvável do Estado Democrático de Direito. Desta forma, a decisão judicial não pode mais ser produzida para solucionar *somente* os casos particulares. A ideia do *inter parts* tem perdido espaço gradativamente para ceder lugar à decisão de efeito prospectivo, dirigida também para a própria sociedade.

O magistrado deve ter consciência da responsabilidade que lhe é exigida quando da prolação de qualquer decisão, pois podem ser elas utilizadas como paradigmas para diversos outros casos semelhantes. É a dimensão *consequencialista* que passa a fazer parte da praxe judicial, com a incorporação do sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, aliada à pretensão de se obter coerência e coesão ao sistema, a justificar a necessidade de uma argumentação racional, sintetizada na teoria argumentativa de MacCormick.

Essa compreensão acerca da potencial repercussão da *razão de decidir* emitida pelo jurista, deve imbuí-lo de comprometimento ainda maior com os entendimentos que emite, nas situações concretas que lhe são submetidas à jurisdição, bem como de compromisso, legal ou mesmo deontológico, dos tribunais e juízes singulares, hierarquicamente vinculados, a seguirem a orientação firmada, aos casos idênticos. A colaboração que lhe é exigida é com a prestação da justiça e a responsabilidade com o jurisdicionado e,

em último caso, com a própria ordem jurídica sistematicamente considerada.

A reflexão sobre o *paradoxo* do sistema, aliada à mudança de pensamento exigida dos juristas no contexto histórico atualmente vivenciado pela ordem jurídica nacional, tornam a teoria de MacCormick um balizamento seguro para garantir a satisfação do dever de motivação racional, assim como o amadurecimento necessário à fixação da tese paradigmática, especialmente para impedir eventuais dissensos posteriores sobre a mesma questão.

A justificação das decisões judiciais, por meio de mecanismos racionais de fundamentação, é o caminho necessário para se afastar a álea conferida pela vagueza legislativa. Espera-se, com isso, resgatar a segurança jurídica, a proteção da confiança, a previsibilidade das decisões judiciais, tudo a corroborar com a harmonia, integridade e coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

5. Referências

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Org./trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALVES, Gisele Borges. Cláusulas gerais, vinculatividade jurisprudencial e uniformização de decisões: amarras decisórias? Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil. Ano XII, n. 89, mai./jun., 2014.

ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 20 mar 2018.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em 20 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 32074/DF. Brasília. Relator: Luiz Fux. Publicado no DJe de 4 de novembro de 2014. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832074%2ENUME%2E+OU+32074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o89temw> Acesso em 26 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.418-593/MS. Brasília/DF. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 27 de maio de 2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1418593+&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 20 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 925130/SP. Brasília/DF. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 20 de abril de 2012. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=925130&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 20 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Habeas Corpus nº 203405/MS. Brasília/DF. Relator: Sidnei Beneti. Publicado no DJe de 28 de junho de 2011. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=203405&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 20 mar 2018.

DANTAS, Bruno. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Justiça & Cidadania. Jan., 2013.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

_____ Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente,

coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas Vinculantes. Revista Forense. V. 347. Ano 1995.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. (Coord.) Ensaios sobre teoria do direito e filosofia: H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais civis. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. Waldéa Barcellos. Revisão da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1998, n. 139.

MEDINA, Patrícia. Metodologia da Pesquisa Jurídica: elaboração de artigo científico: modelo didático a partir da NBR ABNT 6022 (Apostila) Palmas, Tocantins, 2016.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da uniformização da jurisprudência – uma contribuição para seu estudo. Teses, estudos e pareceres de Processo Civil. v. 2. São Paulo: RT, 2005.

PARINI, Pedro. O raciocínio dedutivo como possível estrutura lógica da argumentação judicial: silogismo versus entimema a partir da contraposição entre as teorias de Niel MacCormick e Katharina Sobota. Disponível em:< http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Pedro%20Parini.pdf>. Acesso em 26 jun 2016.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos tribunais superiores: uma abordagem à

luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 78, n. 4, out./dez., 2012.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a teoria do direito. Revista Direito GV. v. 3, nº 2. jul-dez, 2007.

TORQUATO, Glacielle Borges. A previsibilidade das decisões judiciais e a proteção da confiança como consectários lógicos do Estado Democrático de Direito. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Universidade Federal do Tocantins, 2015.

10. ENTREGA JURISDICIONAL EM QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS RELATIVAS A EDUCAÇÃO E A LIBERDADE DE CRENÇA NO ESTADO LAICO

Ronald Silka de Almeida[1]
Jailson de Souza Araujo[2]

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A CONCEITUAÇÃO DE ÉTICA, MORAL E PRINCÍPIOS PARA O DIREITO.3. DECISÕES JUDICIAIS QUE ABORDAM O LAICISMO DO ESTADO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE CRENÇA. 3.1. Lei estadual para adoção de modelo confessional para o ensino religioso. 3.2. Garantia constitucional de liberdade da crença e do culto religioso à criança e adolescente. 3.3. Considerações em relação às decisões judiciais analisadas.4. A ENTREGA JURISDICIONAL EM QUESTÕES AFETAS AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE RELIGIÃO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a racionalidade que envolve uma determinada decisão judicial e os aspectos éticos e morais como fatores subjetivos, que repercutem e influenciam na interpretação da norma constitucional quando do enfrentamento de casos questionando a laicidade do Estado, a educação e a liberdade de crença.

Desta forma, são fixados três critérios para a referida análise. Primeiro se considera que a decisão a ser abordada é coerente, tendo

[1] Advogado, professor e coordenador do núcleo de prática jurídica da graduação em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter. Mestre em Direito. *E-mail*: ronaldsilka@gmail.com.
[2] Advogado, professor e coordenador da graduação em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter. Doutorando em Direito. *E-mail*: araujoadv@yahoo.com.br

em sua formulação parâmetros de interpretação e racionalidade. Após, questiona-se qual o processo de interpretação constitucional utilizado para a considerada decisão, com o objetivo de dissecá-la e verificar a existência de possíveis novos pontos de coerência, e desta forma a realização de uma nova e adequada solução para a situação proposta; e em terceiro, para a coerência da investigação é fixado como marco teórico os estudos de Klaus Günther relativos às argumentações críticas[3] que estabelecem situações de análise ética e moral direcionado para, o direito e a sua concretização efetiva diante da entrega jurisdicional.

Estas premissas levam à colocação dos tópicos para o desenvolvimento efetivo do trabalho: i) a conceituação de princípios: a ética e moral para o Direito, fixadas por alguns estudiosos, inclusive a posição tomada por Klaus Günther; ii) a escolha de duas decisões que envolvem a conceituação e definição do Estado laico, ou seja: a primeira, citada no trabalho de Letícia de Campos Velho Martel, relativo à Representação por Inconstitucionalidade nº 141/2000 no TJRJ[4] que, envolve o ensino religioso em escolas públicas, e a segunda, relativo a Exceção de Suspeição Cível nº 866237-5 no TJPR[5], na qual fora suscitada a garantia constitucional de liberdade da crença e do culto religioso à criança e adolescente, bem como a análise da Lei Federal nº 13.796/2019, permite que estudantes se ausentem de atividades acadêmicas na hipótese destas serem realizadas em dias em que, por motivação religiosa, a prática de tais atividades não seja permitida, com base em Convenção da ONU de 1989, de cujo Brasil é signatário; e iii) a análise e verificação através de considerações sobre

[3] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 362.

[4] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. v. 9. n. 86. Brasília: Revista Jurídica. p. 11-57. ago-set., 2007. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/289. Acesso em 24.abr.2019

[5] Autos nº 866237-5, 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr. Acesso em 02 set. 2012.

as decisões, bem como em relação a entrega jurisdicional em questões afetas ao direito fundamental de liberdade de religião.

Desta forma se efetua o desenvolvimento dos tópicos retro fixados, cuja investigação parte do método hipotético dedutivo, e a pesquisa tem caráter explicativo, passando pelas fases da pesquisa exploratória e descritiva.

2. *A CONCEITUAÇÃO DE ÉTICA, MORAL E PRINCÍPIOS PARA O DIREITO*

O termo ética tem sua origem na "analogia entre a *physis* e o *ethos*[6], de acordo com os estudos desenvolvidos por Sócrates nos dois primeiros séculos do pensamento grego"[7], e indica inicialmente a "introdução do argumento teleológico na concepção do termo". Tais estudos favoreceram a "analogia com a competência técnica nas formulações da racionalidade de conduta desenvolvidas através das reflexões de Platão"[8], conduzindo aos argumentos de que a ética "estabelece explicitamente uma proporção entre a 'justiça' ou ciência do bem estar da alma e a medicina" [9].

Portanto, do ponto de vista filosófico, e em razão das transformações conceituais desenvolvidas, o termo ética pode ser interpretado como "parte da filosofia responsável pela investigação dos princípios que motivam, distorcem, disciplinam ou orientam o comportamento humano, refletindo especialmente a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações dos fatores concretos (afetivos, sociais etc.)"[10].

Segundo Luciano Zajdsnajder, "Ética não é só um comportamento ou mais um discurso, é um modo de fazer as coisas" [11], e que determinam a conduta humana em geral, estando tal investigação voltada para a consecução de objetivos pragmáticos e utilitários, no

---

[6] "*physis* – corresponde à natureza; *ethos* – valores, costumes, normas". VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002, p. 10-39.
[7] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002, p. 41.
[8] Idem, p. 41.
[9] Idem, p. 41.
[10] Idem, p. 41.
[11] ZAJDSNAJDER, Luciano. Ser ético no Brasil. Rio de Janeiro: Gryphus, 2001, p. 21.

interesse do indivíduo e da sociedade, formando assim um conjunto de regras e preceitos de ordem valorativa e moral de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade.

Desta forma, "a ética é um elemento de composição e validade das normas, e que possuem uma relevância imediata para a orientação efetiva de determinada ação"[12], mas conforme explica Klaus Günther, "não pode, porém, produzir, a partir de sua própria capacidade, uma orientação correspondente à ação"[13], ou seja, "quem, ao agir, orientar-se de modo diferente simplesmente não possui boas razões"[14].

Assim, conforme se observa, a ética faz parte da criação das normas e que possibilita a aplicação das regras. Consequentemente, a ética está diretamente relacionada com concepção do Direito, haja vista que resulta do desenvolvimento da ideia de sociedade politicamente organizada, em seus atos e hábitos através de um conjunto de normas, que se irradia no contexto da moralidade do sistema social.

Torna-se necessário investigar o termo moral antes de destacarmos os fatores que levam em consideração a decisão moral.

Conforme explica Suzanna Pozzolo[15], deve-se escolher qual o sentido principal aplicado ao termo quando de uma decisão judicial, haja vista que referido termo "moral" é polissêmico e seu significado principal abrange pelo menos quatro outros termos: i) "individual"[16], que indica o conjunto de princípios referidos ao comportamento humano em relação à ideia que cada um tem do que está bem e do que está mal; ii) "positivo" [17], que indica um conjunto de princípios referidos ao comportamento humano em relação à ideia e a consequente prática efetiva, que um determinado grupo social tem do bem e do mal; iii) "pactuado"[18], que faz referência a um

[12] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 365.
[13] Idem. p. 365.
[14] Idem. p. 365.
[15] POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In CARBONEL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 196-198.
[16] Idem, p. 196-198.
[17]Idem, p. 196-198.
[18] Idem, p. 196-198.

conjunto de princípios referidos ao comportamento humano, elaborado através de um debate intersubjetivo conduzido segundo regras predeterminadas, em relação à ideia que os participantes em um debate tem do bem e do mal; e iv) como "universal" ou "objetivo" [19] que consiste em um conjunto de princípios referidos ao comportamento humano ajustados em si mesmos, sem nenhuma relação com o que os seres humanos creem que seja o bem e o mal. "A moral universal indicaria o que é justo e o que é equivocado em um sentido a-histórico e a-espacial" [20].

Ou seja, conceituado o termo, o objetivo seguinte é determinar que tipo de moral está conectada ao Direito para a incorporação de valores sob a "forma de direitos fundamentais, que determina a inseparabilidade do valor ético a respeito do conteúdo meramente jurídico da Constituição, determinando a especificação do documento e requerendo uma interpretação moral do texto fundamental"[21].

Conforme Klaus Günther, para que se efetue a interpretação e se verifique a qualidade moral de um princípio crítico, "estará na direta dependência de havermos examinado todos os fatos relevantes e de podermos, desse modo, universalizar semanticamente o princípio assim especificado, ou seja, de conseguirmos apreciá-lo como obrigatório, mesmo quando estivermos no lugar do afetado"[22].

Assim, a ética faz parte do discurso jurídico de criação das normas, precede e fundamenta a origem de um conjunto de preceitos. Já a moral é o resultado do conjunto de preceitos, regras e princípios "críticos"[23] que devem ser observadas quando da aplicação do Direito efetivado através da decisão judicial.

Para Dworkin, não basta a norma ser construída com um discurso ético e estar emanada de princípios morais, deve ocorrer tam-

[19] Idem, p. 196-198.
[20] Idem, p. 196-198.
[21] Idem, p. 198.
[22] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 326.
[23] Idem. p. 326.

bém uma "leitura moral"[24] sendo que esta "propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça"[25], fazendo desta forma com que seja inserida a "moralidade política no próprio âmago do direito constitucional" [26].

Portanto, uma decisão ética e moral, é aquela que observa os princípios éticos insertos na construção da norma, e os princípios críticos que se aplicam quando da concretização do Direito, desde que, ocorra uma leitura moral da mesma, para a aplicação ao caso concreto.

Com relação aos princípios, Zagrebelsky esclarece que, "diferente do que sucede com as regras, somente podem ter algum significado prático fazendo-se "relacionar", com um caso concreto"[27], ou seja, o "seu significado não pode ser determinado em abstrato, somente através de casos concretos e somente através destes se pode entender o seu alcance" [28].

Assim, se observa que o conceito de princípio não é restritivo, haja vista que estará diretamente ligado à relevância do caso. Cada caso poderá apresentar um sinal característico diferente, e, por conseguinte, levar a análise do fato diante de uma outra norma que igualmente poderá ser aplicada à situação, resultando em interpretação distinta da inicialmente apresentada.

Da mesma forma, também não é restritivo o conceito de princípio "caso a aplicação das demais normas conduza a juízos coercitivos mutuamente excludentes, e nessa situação, surgirá o problema da colisão"[29], que por sua vez exigirá a realização de "procedimentos

[24] DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.
[25] Idem, p. 2.
[26] Idem, p. 2.
[27] ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 111.
[28] Idem, p. 111.
[29] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 303-304.

de ponderação" [30], com o fim de "estabelecer uma relação de completa consideração entre todos os sinais característicos normativamente relevantes de uma situação" [31], levando a outros juízos de interpretação.

Estabelecidos estes parâmetros, passa-se à análise das decisões que envolvem a conceituação e definição do Estado laico.

3. *DECISÕES JUDICIAIS QUE ABORDAM O LAICISMO DO ESTADO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE CRENÇA*

Antes de se adentrar aos pormenores das decisões indicadas e que envolvem a definição do Estado laico[32], deve-se esclarecer que o objetivo da referida análise é verificar as situações colocadas frente aos princípios da ética e da moral.

O que se argumenta e vislumbra é uma possível e efetiva colisão entre o laicismo do Estado e a liberdade de manifestação de crença do súdito, colocando em questão os princípios da ética e da moral circunscritos na entrega da prestação jurisdicional.

Portanto, o questionamento principal se situa no fato de que, se a constituição, no art. 5º, incisos VI, VII e VIII, estabelece que o Estado é laico[33], como pode o Estado disciplinar atividades em vir-

---

[30] "Teria pouco sentido estabelecer, de modo definitivo, algo no âmbito do efetiva e juridicamente possível, se em cada situação devêssemos contar com colisões. Nesse caso, porém, seria possível ao menos supor que cada regra definitiva pudesse provir de uma argumentação de adequação. [...] A partir dessa perspectiva, o problema da colisão de normas definitivas também adquire outros contornos. Uma das duas normas deverá ser declarada inválida, justamente porque, no seu caso, argumentações de adequação foram excluídas. Pressupondo-se sempre que todas as circunstâncias especiais tenham sido consideradas, não será possível resolver de outra maneira uma colisão de duas normas – que na mesma situação e sob o exame de todas as circunstâncias ordenam algo – senão se admitindo apenas uma delas." GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 320.

[31] Idem. p. 304.

[32] "O Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus." MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418.

[33] "aquele que não pertence ao clero nem a uma ordem religiosa", *in* SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 8ª ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 45.

tude de motivação religiosa do jurisdicionado, inclusive no âmbito educacional público e privado.

3.1.Lei estadual para adoção de modelo confessional para o ensino religioso

A primeira decisão judicial citada por Letícia de Campos Velho Martel, relativo à Representação por Inconstitucionalidade nº141/2000 no TJRJ que questionou a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 3.459/2000, e autorizou a adoção de "modelo confessional para o ensino religioso"[34], bem como "determinou que a disciplina seria ministrada por profissionais registrados no MEC devidamente credenciados por autoridades religiosas e que caberia às autoridades religiosas definir os conteúdos a serem ministrados", sendo que "a lei autorizou a abertura de concurso público para a contratação de professores de ensino religioso".

Ao ser atacada a constitucionalidade da lei, foram abordados os seguintes aspectos: i) em relação ao aspecto material, "que a opção pelo *confessionalismo*[35] abre portas à ocorrência do proselitismo[36] e dificulta a promoção da tolerância religiosa, pois exige separação dos estudantes consoante sua filiação". Segundo os argumentos do Deputado Carlos Minc em relação "à formação dos professores e ao estabelecimento dos conteúdos"[37], este rechaçou "a participação de autoridades religiosas, pois, como existem agremiações que não possuem organização hierárquica, haveria lesão ao

[34] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. v. 9. n. 86. Brasília: Revista Jurídica. p. 11-57. ago-set., 2007. p. 25. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/289. Acesso em 24 abr. 2019.

[35] "Confessionalismo: princípio doutrinário segundo o qual uma igreja ou religião deve ter como base um credo, confissão ou profissão de fé, explicitamente formulados". HOUAISS, Antonio. Dicionário eletrônico. Rio de Janeiro, Objetiva, 2002, CD-rom.

[36] "Proselitismo: atividade ou esforço de fazer prosélitos; catequese, apostolado". HOUAISS, Antonio. Dicionário eletrônico. Rio de Janeiro, Objetiva, 2017, CD-rom.

[37] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. v. 9. n. 86. Brasília: Revista Jurídica. p. 11-57. ago-set., 2007. p. 25. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/289. Acesso em 24 abr. 2019.

princípio da igualdade"; ii) em relação ao aspecto formal, fora defendida a inconstitucionalidade da previsão de concurso público.

Em decisão unânime, os desembargadores decidiram, pelos seguintes aspectos: a) "rejeitaram as alegações de inconstitucionalidade material"[38], sendo que "em primeiro lugar, destacaram que a lei proíbe o proselitismo e interpretaram a palavra *confessional* em sentido não-técnico, entendo que ela não exclui o ecumenismo, compreendido como um modo de convivência interconfessional"; b) "em segundo lugar, rejeitaram uma interpretação estrita da palavra *autoridade",* sob o argumento de que "as agremiações que não possuem organização hierárquica formal certamente possuem alguma estruturação que permita identificar a autoridade"; e c) em relação ao aspecto formal de autorização para a realização do concurso, de forma unânime, "foi reputada inconstitucional"[39].

Portanto, conforme se observa na decisão retro citada, há uma verdadeira adequação dos argumentos de forma que, se pressupõe e se reconhece como "dada" apenas a validade moral das normas e assim ela é relativizada a cada momento de acordo com o caso concreto a ser apreciado, ou seja, a relativização ocorreu em relação à interpretação que o jurista efetuou do termo *confessionalismo*, para então analisar o aspecto material e em segundo passo de acordo com a coerência das normas, proferiu uma decisão sob o aspecto formal.

Ademais, conforme explica Klaus Günther[40], em relação à adequação de argumentos, se trata de uma forma de adaptação, porém esta "não deve prejudicar a validade de uma norma", mormente pelo fato de que "a validade determina o modo como uma norma é aplicada, isto é, qual seria a sua relação com outras normas válidas em uma situação". Por esse motivo, "não será possível de-

[38] Idem, p. 11-57.

[39] Idem, p. 11-57. ago-set., 2007. p. 26. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/289. Acesso em 24 abr. 2019.

[40] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 356.

terminar, independentemente da situação concreta, a coerência das normas que são válidas e fazem parte de um modo de vida".

Entretanto, também se observa que a decisão não abordou o aspecto ético da norma, mas simplesmente o conjunto de princípios que levam à consecução de objetivos pragmáticos e utilitários, no interesse da sociedade de ordem valorativa e moral.

3.2. Garantia constitucional de liberdade da crença e do culto religioso à criança e adolescente

Neste contexto, registra-se a decisão proferida na Exceção de Suspeição Cível nº 866237-5 no TJPR[41], na qual se questiona a garantia constitucional de liberdade da crença e do culto religioso à criança e adolescente, bem como o direito da criança à liberdade de pensamento, consciência e religião, são abordados os seguintes fatos: i) que o Ministério Público foi informado por denúncia anônima que crianças acolhidas institucionalmente estariam frequentando aos domingos cultos evangélicos e os pastores realizando atividades nos abrigos durante a semana[42]. Contudo, a igreja não teria aprovação de projeto pedagógico pelo Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (CMDCA). E, tanto a juíza excepta e seu esposo como o responsável pela Secretaria Municipal de Assistência Social, teriam ciência e concordavam com a situação. Entende o *Parquet* que a promoção dos cultos para as crianças seria irregular/ilegal e estaria as prejudicando, porquanto sujeitas a doutrinação e manipulação; ii) A juíza excepta apresentou as razões pelas quais entende que deveria ser rejeitado o presente incidente de exceção de suspeição, sustentando: a) inexistiria prova da parcialidade; b) deveria ser observado o direito de crença e ao culto religioso consubstanciado no art. 16, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e b) teria observado o cadastro nacional de adoção.

---

[41] Disponível em https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21871067/excecao-de-suspeicao-es-8662375-pr-866237-5-decisao-monocratica-tjpr. Acesso em 25 abr. 2019.

[42] Disponível em https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21871067/excecao-de-suspeicao-es-8662375-pr-866237-5-decisao-monocratica-tjpr. Acesso em 25 abr. 2019.

Em decisão "unipessoal"[43], o desembargador relator decidiu pelo indeferimento da exceção, valendo-se dos seguintes argumentos: a) que não tinha fundamento a suspeição levantada (a partir de "denúncia anônima") sobre a Juíza da Infância e Juventude; b) que "o Brasil como Estado membro da ONU (Organização das Nações Unidas), deve fazer cumprir o art.14 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989"[44], que "convenciona o respeito ao direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, opondo-se a toda e qualquer manifestação de preconceito ou intolerância religiosa", haja vista que "o interesse de uma criança a respeito de certa linha religiosa se traduz em direito e não em abuso de direito ou ilegalidade"; c) Igualmente, "compete às instituições de acolhimento propiciar meios para que a criança e o adolescente possam professar a sua fé ou a ausência dela (no caso dos ateus), respeitando as diferenças de religião e não impondo a mudança de dogmas e paradigmas, tolerância observada no caso em comento"[45].

Verifique-se que o desembargador relator cita o fato de que, "as meninas do abrigo não são forçadas a participar dos eventos religiosos, aliás, elas per si manifestam interesse em se envolver nas atividades promovidas pela Igreja (Evangélica), com base na análise dos documentos anexados pelo próprio excipiente" [46]; e d) Além disso, "não se deve confundir os fatos, pois no Brasil o Estado é laico, mas o seu povo não é nem nunca foi, tratando-se de uma

[43] "QUANTO À DECISÃO UNIPESSOAL. Observa-se que o excipiente propôs trinta e quatro exceções de suspeição contra a excepta com o mesmo teor. Assim, considerando que seis incidentes desta Relatoria foram julgados pela 11ª Câmara Cível em Composição Integral, em 29/02/2012, publicado em 15/03/2012, por decisão unipessoal passo a reproduzir as razões exaradas, a fim de prestigiar o princípio da celeridade e em favor do melhor interesse das crianças e adolescentes que tiveram os processos de origem paralisados." Disponível em http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr. Acesso em 02 set. 2012.

[44] Disponível em https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21871067/excecao-de-suspeicao-es-8662375-pr-866237-5-decisao-monocratica-tjpr. Acesso em 25 abr. 2019.

[45] Idem, 2019.

[46] Idem, 2019.

sociedade plural também em crenças e ritos, profundamente religiosa"[47].

O desembargador relator enfatiza o aspecto de que na Constituição Federal consta que o Estado é laico mas garante "a liberdade de crença e de culto em todo território nacional, não podendo o Estado interferir no conteúdo da doutrina dessas instituições, nem na forma como realizam seus trabalhos sociais à luz de seus preceitos"[48]. E ao finalizar a sua decisão, atesta que "nada razoável também, a pretensão do órgão do Ministério Público [...] de exigir que uma instituição religiosa de caridade ensine às crianças que retira do abandono, valores inversos aos que prega: ateísmo ao invés de crença" [49].

Portanto, conforme se observa da referida decisão, o desembargador, tal como ocorreu na "primeira" decisão retro citada, também deixou de abordar o aspecto ético da norma, colacionando o conjunto de princípios que levam à consecução de objetivos pragmáticos e utilitários, no interesse da sociedade de ordem valorativa e moral, dando ênfase para o fato que envolvia interesses de crianças e adolescentes, sendo este inclusive o fundamento para a decisão ocorrer de forma unipessoal.

3.3. Considerações em relação às decisões judiciais analisadas

Ambas decisões envolvem ensino religioso em estabelecimento público ou privado.

No primeiro caso (estabelecimento de ensino), a questão está direcionada ao fato de que se depara com um texto de norma infraconstitucional que envolve: i) a adoção de "modelo confessional para o ensino religioso"; ii) a determinação de que a disciplina seja ministrada por profissionais registrados no MEC e credenciados por autoridades religiosas; iii) que cabe às autoridades religiosas definir os conteúdos a serem ministrados; iv) autoriza a abertura de concurso público para a contratação de professores de

[47] Idem, 2019.
[48] Idem, 2019.
[49] Idem, 2019.

ensino religioso; e v) a não interferência do Estado para o direcionamento do ensino religioso.

A análise do procedimento de aplicação da norma está ligada à atribuição de valores no procedimento administrativo do Estado, levando em consideração a situação e a ideia de aplicação imparcial das regras e princípios direcionados ao caso concreto.

Porém, em relação ao segundo caso (casa de acolhimento), a questão está direcionada não somente à aplicação da norma infraconstitucional, *in casu,* o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também à interpretação da norma Constitucional, haja vista que envolve: i) a liberdade de crença e de culto; ii) a não interferência do Estado no conteúdo da doutrina das instituições de "acolhimento"; iii) na forma como instituições públicas e privadas realizam seus trabalhos sociais à luz de seus preceitos religiosos.

Estes aspectos levam às seguintes ponderações: se no primeiro caso a liberdade de ensino religioso está regulada pelo Estado, que estabelece critérios para o ensino confessional, sob o argumento de se evitar a catequização em locais/estabelecimentos públicos. Já no segundo caso, ocorreria uma situação inversa, pois apesar dos estabelecimentos de "acolhimento" funcionarem sob a fiscalização do Estado, estariam "de certa forma autorizados" a desenvolver o ensino religioso, levando-se em conta que se trata de atividade de caridade e estariam desenvolvendo serviços relevantes para a parcela mais vulnerável da sociedade: crianças em estado de abandono.

Em se tratando de instituição de acolhimento, a decisão judicial em comento permitiu que os infantes recebessem o alimento do corpo, conforme suas diretrizes e capacidade de prestar serviços assistenciais, e da alma, através da possibilidade de evangelizar conforme a doutrina religiosa praticada pela instituição em questão.

Portanto, neste ponto se observa um verdadeiro paradoxo, vez que o segundo caso está diretamente relacionado ao sentido semântico que se dá a palavra "acolhimento", para então se justificar a prática da tolerância religiosa, ou seja, a permissão do ensino

religioso em estabelecimento de tutela do Estado, sob o argumento de que o "Estado é laico, mas o seu povo não".

Juízes tem uma grande responsabilidade ao entregar a prestação jurisdicional, mas tal fato não lhes autoriza efetuar uma mera interpretação semântica de uma palavra com o propósito de ampliar o sentido constitucional da norma, com base apenas em suas convicções pessoais.

Constate-se que a palavra "acolhimento" leva efetivamente ao sentido de abrigo. Por conseguinte, se a pessoa, o cidadão, a criança está sob o abrigo de uma instituição tutelada pelo Estado, é sob as regras de um Estado efetivamente laico que deve ser protegida, não cabendo um desdobramento para justificar a decisão.

Por outro ângulo, neste ponto se estará esbarrando, no fato de que o juiz pode, através de critérios racionais e de uma tarefa discricionária judicial, emitir a sua decisão, desde que não afeta a moralidade do direito.

Conforme Écio Oto Ramos Duarte[50], "a fundamentação do Direito a partir de um procedimento ético-discursivo das dimensões da razão prática não instaura, por conseguinte, uma confusão entre a moral e o direito, mas, em outro sentido", tem como objetivo demonstrar "que a pretensão de determinar e fundamentar racionalmente o correto ou o justo, no tocante aos juízos normativos, opera-se numa dimensão cognitivista, que considera a ideia imparcial das normas, e não numa dimensão decisionista, que não prevê critérios racionais na tarefa discricionária judicial".

Porém, para que se obtenha uma decisão imparcial em uma dimensão cognitivista, se deve levar em consideração um discurso de fundamentação, que examina todos os sinais característicos de uma situação, e neste ponto estaremos em um plano de positivação de normas jurídicas.

[50] DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e correção normativa do Direito. reimpressão. São Paulo: Landy, 2010, p. 172.

Desta forma, conforme esclarece Klaus Günther[51], "a positivação das normas jurídicas deve ser institucionalizada em procedimentos que correspondam às regras de discursos práticos, de modo que os interesses individuais possam ser destacados", sendo que "a aplicação das normas deve ser institucionaliza em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação". Haja vista, que somente desta forma "será possível resolver os paradoxos aparentes do Direito positivo" e ainda "compatibilizar a sua potencial alteração aleatória com a exigência de reconhecimento geral de sua validade, além de conciliar a seletividade de normas (como regras) com a ideia da aplicação imparcial".

Assim o Direito como uma estrutura do sistema social, para a sua aplicação fica vinculado a imperativos funcionais, porém sempre, tendo como aspecto fundamental o fato de que para a "ideia de aplicação imparcial faz parte o exame de todos os sinais característicos normativamente relevantes de uma situação"[52], e que por conseguinte, "ela está vinculada à ponderação de princípios e aos procedimentos que possibilitem uma consideração integral e adequada".

Aliás, esta situação em que se coloca a necessidade de análise dos sinais característicos, bem como da ponderação de princípios e procedimentos, para que se tenha uma interpretação imparcial, conforme explica Günther, conduz à "imagem de Engish a respeito do "olhar que corre para lá e para cá", entre preceito principal e realidade factual de vivência"[53], que motiva a "se considerar a relação entre norma e realidade factual como um círculo, uma vez que a norma indeterminada somente será definida pela realidade factual, e a realidade factual, pela norma nos seus característicos relevantes" [54].

---

[51] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 393.
[52] Idem, p. 396.
[53] Idem, p. 398.
[54] Idem, p. 398.

Entretanto, estas reflexões envolvem um ponto crucial que é o de que: "apenas uma exaustão coerente de todas as normas e das suas variantes de significado que possam ser aplicadas a uma descrição situacional completa cumpre o princípio de aplicação imparcial"[55], que levam às teorias hermenêuticas da aplicação do Direito "que localizam o contexto de consideração de especificidade situacional entre os pontos de vista normativos relevantes em uma situação, naturalmente com a "concepção prévia" do aplicador da norma"[56]. Porém, "contra a tese da hermenêutica alegou-se que uma interpretação da norma somente ocorreria em casos de termos polissemânticos, vagos, porosos e que ainda precisam ser preenchidos com valores, bem como em casos de aplicação de termos disposicionais"[57].

Assim, conforme o exposto, e esclarece Günther[58], "como demonstram as reflexões acima a respeito da lógica de argumentações da adequação, exigem-se regras de uso lexical para garantir a justificação externa de uma decisão jurídica".

Por óbvio todos estes argumentos estão voltados para a interpretação da norma, mas na análise do segundo caso fica evidente que o julgador, efetuou uma adequação interpretativa, do termo "acolhimento", de forma ampla e até mesmo emocional, para justificar a sua decisão, que se torna um permissivo para que a instituição à qual fora direcionada exerça atividades de ensino religioso, e desta forma adequando a interpretação da norma Constitucional de "Estado laico, para um povo que não é laico".

Assim, se depara nesta etapa, o que "para Kriele, eram as ponderações jurídico-racionais, para Esser são "as sabedorias que, na verdade, precedem a lei", que determinam a seleção de sinais característicos relevantes da realidade objetiva e o tipo de correlação de pontos de vista normativos eventualmente aplicáveis"[59].

---

[55] Idem, p. 399.
[56] Idem, p. 398.
[57] Idem, p. 399.
[58] Idem, p. 399.
[59] Idem. p. 402.

Neste caso, em específico no qual o desembargador relator se utiliza de máxima de conhecimento ao afirmar que "o Estado é laico, mas o povo não é laico" [60], a ponderação abrange um sinal característico da realidade objetiva, demonstrando que, "não se trata apenas de princípios jurídicos já estabelecidos, todavia de avaliações extrajudiciais que procedem do contexto ético do sistema jurídico" [61].

Trata-se efetivamente de argumentação de suma importância haja vista que se o desembargador, não efetuasse esta interpretação, ampliativa do termo "acolhimento", teria de se restringir ao exame da norma e a aplicação no âmbito de uma instituição de ensino, o que levaria à conclusão de que as atividades de ensino religioso estariam violando a norma constitucional de um Estado laico.

Por conseguinte, a decisão seria voltada ao deferimento do pedido efetuado pelo Ministério Público, podendo se interpretar que as atividades desenvolvidas pela casa de "acolhimento" eram na realidade de doutrinação e manipulação, e ainda com o agravante de serem realizadas para crianças e adolescentes.

Assim, o que se observa é que o caso para o juiz e para a ciência jurídica, é essencialmente um "acontecimento problemático que coloca a questão de como responder ao mesmo, de como resolve-lo em termos jurídicos". Entretanto, "como sucede com todos os problemas, também os problemas jurídicos devem ser compreendidos", e para este mister se faz necessário, tanto para a "aplicação da regra jurídica, e para a compreensão do caso, a pressuposição de que entenda seu "sentido"[62] e que se dê um "valor"

[60] Disponível em http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr. Acesso em 24. abr. 2019.

[61] GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy. p. 402.

[62] "Por "sentido" deve entender-se aqui a conexão entre uma ação e seu "resultado" social. A compreensão do sentido de uma ação, de sua "lógica social", que se alcança pondo-se em relação com os efeitos que se considera que poderão produzir". ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 137.

através, precisamente do sentido e do valor de que disponha o intérprete"[63].

Portanto, deve-se verificar a interpretação que o juiz dará à norma diante do caso concreto sem influências externas diante da pressão da sociedade.

4. *A ENTREGA JURISDICIONAL EM QUESTÕES AFETAS AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE RELIGIÃO*

A Constituição consagra como direito fundamental a liberdade de religião, prescrevendo que o Brasil é um país laico.

Por sua vez, o Estado assegura a proteção aos Direitos Humanos, em particular, àqueles relacionados à proteção da liberdade religiosa e de crença, conforme se verifica no artigo 5º, VI[64] da Constituição.

O conceito pleno de desenvolvimento da pessoa humana e o exercício da cidadania, preconizado na constituição, demanda a oferta ao cidadão de uma educação holística, conforme prevê os art. 205 e os incisos I, II e III do art. 206[65].

Para tanto, o ensino deve plural, inclusivo e tolerante, assegurando ao cidadão a oportunidade de estudo e participação religiosa. Neste sentido, a Lei 13.796/2019[66] permite que estudantes se ausentem de atividades acadêmicas na hipótese destas serem real-

---

[63] ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 136.

[64] Constituição, art. 5º, VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias

[65] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (...)

[66] BRASIL. Lei 13.796/2019. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para fixar, em virtude de escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa. Publicada em 04 de janeiro de 2019 no diário oficial da união.

izadas em dias em que, por motivação religiosa, a prática de tais atividades não seja permitida.

Observe-se, o despacho da Relatora da Comissão de Educação, sustentando a participação religiosa como um direito fundamental, *verbis:*

> [...] a dicção do artigo 205 da nossa Constituição Federal, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, possuindo três objetivos, a saber, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. É claro que o pleno desenvolvimento do educando não pode se dar às custas do sacrifício da integração também na sua esfera religiosa, que sublima valores espirituais e consagra a fraternidade entre as pessoas, com a prática do bem e o auxílio aos semelhantes. Também não se concebe uma cidadania plena, muito menos uma adequada qualificação para o trabalho, sem que a pessoa possa sem embaraço exercer o culto que livremente escolher, como propugna o Art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal[67]

A referida lei tem como base o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que declara o direito à livre escolha religiosa, bem como a Convenção Americana sobre Direitos (Pacto de São José/Costa Rica) que em seu artigo 12 preconiza a não aceitação de medidas que limitem a liberdade religiosa.

Portanto, a promoção dos Direitos Humanos relativos à liberdade religiosa deve nortear a entrega jurisdicional, cujos fundamentos devem ser observados no caso de discussão que envolvam a tutela do Estado laico e a proteção dos direitos humanos.

Em relação à entrega jurisdicional, para Celso de Mello "o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais. […] É dever dos órgãos do poder público – e notadamente dos juízes e dos

---

[67] PL 2171-C/2003. Exposição de Motivos do Projeto. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9A57ADAF1D5981F64388DDA8D9B8D357.proposicoesWebExterno1?codteor=1675489&filename=Avulso+-PL+2171/2003. Acesso em: 26 abr. 2019.

Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos"[68].

Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

> Estado laico não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta ou refratária à religiosidade" [...] Pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença.[69]

A profunda ligação entre os Direitos Humanos relativos à liberdade, o direito à livre escolha religiosa e o Estado laico se evidencia no julgamento ocorrido em 1962 no caso Engel *versus* Vitale. A Corte do Estado de Nova Iorque ressaltou que "quando o poder, prestígio ou apoio financeiro do Estado é posto a serviço de uma particular crença religiosa, é clara a pressão coercitiva indireta sobre as minorias religiosas para que se conformem a religião prevalecente oficialmente aprovada"[70].

Se conclui que o Estado tem que proteger os Direitos Humanos relacionados à liberdade religiosa, não devendo se submeter às pressões externas, em particular, aquelas que apresentam radicalismo de cunho religioso e social sensíveis ao pensamento pluralista.

Esta preocupação explica, ainda que parcialmente, o fenômeno percebido no Brasil do crescimento da judicialização "da política e das relações sociais"[71], aumentando a importância de um poder Judiciário atuante e isento.

---

[68] MELLO, Celso. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/index.php/colecao-femea-e-publicacoes/colecao-femea/181-numero-162-outubronovembrodezembro-de-2009/1452-supremo-tribunal-federal-e-direitos-humanos. Acesso em: 26 abr. 2019.

69J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 613.

70 TRIBE, Laurence H. American Constitucional Law 2 nd . ed., New York: The Foundation Press, 1988, p. 1.188-1.242; e Daniel A. Farber. The First Amendment. 2 nd . ed., New York: The Foundation Press, 2003, p. 275-296.

[71] SARMENTO, Daniel. Laicidade do Estado. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/120282554/Daniel-Sarmento-Laicidade-do-Estado. Acesso em: 27 abr. 2019.

Segundo Daniel Sarmento[72], a justiça passou "a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitra final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até aos debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco."

Sarmento conclui que a "instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de 'guardião das promessas' de direitos humanos e justiça material, proclamadas na Constituição e em outros textos legais" [73].

Observe-se que em razão da norma processual (artigo 1º, do CPC/2015, Lei nº 13.105/2015) ter se aproximado de forma declarada dos preceitos de Direitos Fundamentais Constitucionais inseridos no artigo 5º e seus incisos, XXXIV, LIII, LV, LXXIV e artigo 93, IX (do acesso à justiça; do julgamento por um juiz competente; do contraditório e da ampla defesa; da garantia do devido processo legal; da assistência jurídica aos hipossuficientes; e da fundamentação das decisões judiciais), mesmo porque trata-se de norma infraconstitucional que forçosamente transforma o Poder Judiciário em verdadeiro guardião da constituição e dos direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do direito demanda a prudente análise da norma, com a verificação dos sinais característicos de quem deve fazer vive-lo (aplicá-lo) sem o embalsamar, promovendo o cumprimento de seu aspecto social.

Para a entrega da prestação jurisdicional, magistrados devem valer-se dos argumentos trazidos ao mundo dos autos e também com fundamento de que certos princípios de moralidade perante a sociedade devem ser ponderados na aplicação da norma.

---

[72] Idem, 2019.
[73] Idem, 2019.

O magistrado que decide baseando-se em fundamentos meramente técnicos, sem observar as consequências de sua decisão estará fugindo da realidade social.

Da análise das decisões que envolvem a conceituação e definição do Estado laico, conclui-se que a Constituição Federal atesta que o Estado é laico ao mesmo tempo em que garante a liberdade de crença e de culto em todo território nacional. Tal conclusão decorre do fato de que o povo brasileiro não é nem nunca foi laico, tratando-se de uma sociedade plural também em crenças e ritos, profundamente religiosa. Portanto, não pode o Estado interferir no conteúdo da doutrina das instituições religiosas, inclusive no âmbito educacional.

Neste sentido, tem especial importância o sancionamento da Lei 13.796/2019, que permite estudantes se ausentarem de atividades acadêmicas na hipótese destas serem realizadas em dias em que, por motivação religiosa, a prática de tais atividades não seja permitida.

A referida lei tem como base o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que declara o direito à livre escolha religiosa, bem como a Convenção Americana sobre Direitos (Pacto de São José/Costa Rica) que em seu artigo 12 preconiza a não aceitação de medidas que limitem a liberdade religiosa.

Conclui-se que o Poder Judiciário, em razão da norma processual ter se aproximado de forma declarada dos preceitos de Direitos Fundamentais Constitucionais, mesmo porque trata-se de norma infraconstitucional, forçosamente o transforma em verdadeiro guardião da constituição e dos direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS

DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e correção normativa do Direito. reimpressão. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HOUAISS, Antonio. Dicionário eletrônico. Rio de Janeiro, Objetiva, 2017, CD-rom.

http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr.

https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21871067/excecao-de-suspeicao-es-8662375-pr-866237-5-decisao-monocratica-tjpr.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. v. 9. n. 86. Brasília: Revista Jurídica. p. 11-57. ago-set., 2007. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/289. Acesso em 24 abr. 2019.

MELLO, Celso. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/index.php/colecao-femea-e-publicacoes/colecao-femea/181-numero-162-outubronovembrodezembro-de-2009/1452-supremo-tribunal-federal-e-direitos-humanos. Acesso em: 26 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PL 2171-C/2003. Exposição de Motivos do Projeto. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9A57ADAF1D5981F64388DDA8D9B8D357.proposicoesWebExterno1?codteor=1675489&filename=Avulso+-PL+2171/2003. Acesso em: 26 abr. 2019.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In CARBONEL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. Lei nº3459/2000. Disponível em: www.alerj.gov.br Acesso em: jun.2006.

SARMENTO, Daniel. Laicidade do Estado. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/120282554/Daniel-Sarmento-Laicidade-do-Estado. Acesso em: 27 abr. 2019.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 8ª ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TRIBE, Laurence H. American Constitucional Law 2 nd. ed., New York: The Foundation Press, 1988, p. 1.188-1.242; e Daniel A. Farber. The First Amendment. 2 nd. ed., New York: The Foundation Press, 2003.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZAJDSNAJDER, Luciano. Ser ético no Brasil. Rio de Janeiro: Gryphus, 2001.

11. CONDICIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ECUADOR

Vicente Solano Paucay[1]

SUMARIO: 1. Introducción. 2.- Independencia Judicial (Una noción). 3. La función judicial y la administración de justicia en Ecuador. 4. Condiciones de la independencia judicial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

En la historia institucional de América Latina, en especial de Ecuador, el Poder Judicial, no se ha caracterizado por tener un alto grado de independencia. El término "independencia" se utiliza en general para describir la relación que existe entre los órganos judiciales y las demás instituciones públicas. No obstante, la idea de un juez independiente esta anclado a principios, o a ciertas condiciones que son las que permiten establecer el grado de independencia judicial necesario para garantizar el imperio de la ley y los derechos humanos. Estas condiciones pueden encontrarse en la dimensión normativa tanto en el nivel constitucional, supraconstitucional, e infraconstitucional, por ello este estudio pretende esbozar algunas de éstas partiendo desde el análisis de la función judicial en el Ecuador.

El presente trabajo intenta delimitar en primer lugar, lo que implica la independencia judicial, es decir una noción aproximativa, sus tipos y la regulación normativa mas relevante sobre la misma a nivel internacional. Luego se intentará establecer la configuración constitucional de la función judicial, así como de la administración de la justicia y sus principales principios. Con ello, se intentará

[1] Docente de la Universidad de Cuenca. Doctorando en Responsabilidad Jurídica - Estudio Multidisciplinar de la Universidad de León.

establecer algunas de las condiciones de la independencia judicial que se sitúan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2. Independencia Judicial (Una noción)

El Estado de Derecho tiene como elemento principal la división de poderes y como principio fundamental la independencia del poder judicial, éste es necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la Declaración y Programa de Acción de Viena señala que:

> La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible[2].

Así, la Independencia Judicial puede ser vista como "un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad [del juez], respecto a las partes encausa y respecto a las otras instituciones políticas, y a proteger las libertades de los ciudadanos"[3]. En este sentido ¿Qué manifiesta el término "independencia"? Por un lado, Owen Fiss señala que "es generalmente utilizado para caracterizar la relación de la judicatura con otras instituciones u organismos públicos. Un juez independiente es aquel que noesta bajo la influencia o control de nadie"[4].

Por otro lado, se señala que, conectado al Estado de Derecho, la independencia "sus garantías e instrumentos, esta condicionada por la satisfacción de las exigencias del principio de legalidad. Solo satisfechas estas exigencias se entiende lograda la legiti-

---

[2] Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.

[3] Carlo Guarnieri, y Patrizia Pederzoli. Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 1999, p. 16.

[4] Owen M. Fiss, El grado adecuado de independencia judicial, Revista de Derecho y Humanidades Nº 5, 1997, p. 53.

mización"[5]. Así, la independencia y el sometimiento a la ley se unen a un solo argumento: la responsabilidad judicial, en definitiva, este es un principio normativo del Estado de Derecho[6].

Ahora bien, la "independencia" implica una doble noción: la primera, se entiende como la "desvinculación de las partes", es decir como imparcialidad, que se entiende al juez como independiente de las partes. La segunda noción se concibe como "autonomía individual" que implica las relaciones y el poder entre jueces. Esto pasa por el poder de revisión de las decisiones judiciales (apelación) y el sometimiento a reglas como la doctrina del stare decisis o del precedente. Pero también a la posible interferencia mediante órganos de control administrativo o burocrático, peligroso para la independencia judicial[7].

Más allá de esta perspectiva, podemos señalar que la independencia judicial puedes ser de dos tipos: interna o externa. La llamada independencia institucional o externa es la que ataña al sistema judicial como institución es decir a la independencia de los otros poderes del Estado.

En esta materia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la independencia:

> Requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada[8].

El Comité de Derechos Humanos en ese mismo sentido, ha explicitado que se debe cumplir con varias condiciones para gar-

[5]Juan Luis Requejo Pagés, Jurisdicción e Independencia Judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 120.

[6]Juan Luis Requejo Pagés, Jurisdicción e Independencia Judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 121-122.

[7] Owen M. Fiss, El grado adecuado de independencia judicial, Revista de Derecho y Humanidades Nº 5, 1997, p. 54.

[8] Comisión Internacional de Juristas, Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales, Ginebra-Suiza, 2005, p. 21.

antizar la independencia institucional, por ejemplo: "los atrasos en el pago de salarios y la falta de una adecuada seguridad de la permanencia en el cargo de los jueces tienen un efecto adverso en la independencia del sistema judicial"[9]. Asimismo, se ha considera que al no tener un procedimiento independiente que se encargue de nombrar y disciplinar los jueces es un limitante a la independencia del poder judicial. Por ejemplo, esto se puede denotar en el Ecuador, cuando se desarrolló el Referéndum y Consulta Popular en el año 2011[10].

En cambio, cuando estamos frente a la independencia individual o interna, es decir al juez independiente frente a otros miembros del poder judicial. Al respecto, el Estatuto del Juez Iberoamericano dispone:

> En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos.[11]

Ahora bien, además en cuanto los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se señala que:

> 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
>
> 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones

[9] Comisión Internacional de Juristas, Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales, Ginebra-Suiza, 2005, p. 21.
[10] Luis Pasara, Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo, Quito, Ediciones legales, 2013.
[11] Art. 4 del Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001.

indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo[12].

Así las cosas, la regulación en cuanto a la independencia judicial existe una diversa normativa internacional como: la Recomendación del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces (1994)[13]; La resolución acerca del respeto y fortalecimiento del sistema judicial adoptada en 1999 por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que contiene los Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África (1996)[14]; La Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA (Principios de Beijing) (1995)[15]; El Estatuto Universal del Juez (1999)[16], y en el contexto iberoamericano el Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado por los presidentes de los más altos tribunales de los países de la región (2001)[17]. A continuación, ya especificado lo que implica la independencia judicial, se revisara como se establece el funcionamiento de la administración de justicia y la función judicial en el Ecuador.

3. La función judicial y la administración de justicia en Ecuador

El artículo 1 de la Constitución establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya soberanía radica en el pueblo, y a su vez esta es el fundamento último de la autoridad, que se ejerce a través de los órganos del poder público[18]. En este sentido, la organización y distribución del poder esta asentada en cinco funciones del Estado: Legislativo, Ejecutivo, Judicial

[12] Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

[13] Recomendación del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces, 1994.

[14] Resolución acerca del respeto y fortalecimiento del sistema judicial, 1999.

[15] Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA (Principios de Beijing), 1995.

[16] El Estatuto Universal del Juez, 1999.

[17] Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001.

[18] Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

y Justicia Indígena, Transparencia y Control Social, y Electoral. Siendo así, se establecen algunos principios fundamentales sobre lo que conlleva la administración de justicia y la función judicial.

Santiago Andrade señala que hay determinados principios de administración de justicia como: a) Origen de la potestad de administrar justicia, b) Independencia interna y externa, c) autonomía administrativa, económica y financiera de la Función Judicial, d) Unidad jurisdiccional, e) la gratuidad de la administración de justicia, f) publicidad del proceso g) principios de la sustanciación de los procesos, h) la carrera judicial. Además, están establecidos varios principios de la Función Judicial: 1) principio del acatamiento de la Constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la ley, 2) principio de la debida diligencia y de la responsabilidad por perjuicios causados, 3) principio de la impugnabilidad de los actos administrativos, 4) principio de dedicación exclusiva, 5) principio de la buena fe y lealtad procesal, 6) preeminencia del interés superior del niño, y la 7) acción positiva[19].

En esa perspectiva, se señala que el origen de la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones que establece la Constitución[20]. Se establece la independencia interna y externa de los órganos de la función judicial y que toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley[21]. Además, se señala que la función judicial tiene autonomía administrativa, económica y financiera[22]; además se indica que por la Unidad Jurisdiccional se entiende que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, excepto

[19] Santiago Andrade, La Función Judicial en la vigente Constitución de la República en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, La Nueva La Función judicial. Estado, derechos e instituciones, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, págs. 239-268.

[20] Art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

[21] Art. 168.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

[22] Art. 168.2 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

las contempladas por la Constitución[23]. Adicionalmente, se garantiza que el acceso a la administración de justicia es gratuito[24].

En cuanto a la publicidad del proceso, se indica que este será publico en todas sus etapas, salvo los casos expresamente señalados en la ley[25]; en cuanto a los principios de la sustanciación de los procesos se indica que en todos ellos y en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo[26]; para terminar para el ingreso a la función judicial se establece que se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana, se reconoce la carrera judicial en la justicia ordinaria, y la profesionalización mediante la formación continua, la evaluación periódica de las servidoras y servidores judiciales, como condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera judicial[27].

Además, están establecidos varios principios de la función judicial: en primer lugar, que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley[28]; en segundo lugar, que las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, además que las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley[29]. En tercer lugar, esta el principio de la impugnabilidad de los actos administrativos tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial[30].

---

[23] Art. 168.3 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[24] Arts. 168.4 y 75 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[25] Art. 168.5 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[26] Art. 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[27] Art. 170 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[28] Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[29] Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[30] Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En cuarto lugar, tenemos el principio de dedicación exclusiva que conlleva que las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria mientras sea compatible con su horario de trabajo. En quinto lugar, esta el principio de la buena fe y lealtad procesal, que implica que la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados[31]; en sexto lugar, esta la preeminencia del interés superior del niño, que nos indica que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. Y finalmente, la acción positiva que señala que los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres[32].

Se incorpora como parte de la función a la Justicia indígena, al indicar que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Estas autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado además garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Todas sus decisiones están sujetas al control de constitucionalidad[33].

En cuanto a la organización y funcionamiento de la función judicial se indica que la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y ór-

[31] Art. 174 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[32] Art. 176 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[33] Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

ganos autónomos[34]. Los órganos jurisdiccionales, son los encargados de administrar justicia, y son los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia; 2. Las cortes provinciales de justicia; 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley; 4. Los juzgados de paz. El órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial es el Consejo de la Judicatura. La Función tiene órganos auxiliares como el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales. Finalmente, se establece que la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial[35].

Lo anterior nos presenta un diseño constitucional de la función judicial y de la administración de justicia que conlleva varios principios que deben aplicarse con el fin de mantener un funcionamiento adecuado de la función jurisdiccional y el equilibrio entre los diversos poderes del Estado.

4. Condiciones de la independencia judicial

A partir de estos principios que cimientan la administración de justicia y la función judicial se puede empezar ha reconstruir cuales de estos son en si condiciones de la independencia judicial. Para lograr esto, empezaremos por señalar algunos de estos que se encuentran regulados en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura: independencia de la judicatura, libertad de expresión y asociación, competencia profesional, selección y formación, condiciones de servicio e inamovilidad, secreto profesional e inmunidad, medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo[36].

Así, entonces debemos empezar a delinear cuales serian esas condiciones que nos permiten hablar de independencia judicial. En esa línea, se explicita que para tener un juez independiente se nece-

[34] Art. 177 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[35] Art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[36] Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

sita de ciertos mecanismos de protección: "1) garantía contra presiones externas; 2) adecuado proceso de nombramiento, y 3) inamovilidad en el cargo"[37]. Estas tres garantías con reconocidas normativamente en la Constitución como hemos señalado, además en el Código Orgánico de la Función Judicial, que regula las atribuciones y deberes de sus diferentes órganos.

En ese sentido, el principio de independencia conlleva que juezas y jueces solo están sometidos a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, que son independientes frente a los demás órganos de la Función Judicial, que ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en la Función Judicial. Así, toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal[38]. Además, se incluye sistema de ingreso y promoción que debe ser mediante un concurso público de oposición y méritos, que debe tener procesos de impugnación, control social y que propenda a la paridad entre mujeres y hombres[39]. Adicionalmente, para la formación se ha instituido la Escuela de la Función Judicial y se ha instaurado un proceso de evaluación periódica a las y los funcionarios[40].

En cuanto a los derechos y deberes de servidoras y servidores de la función jurisdiccional, se explicitan en primer lugar la estabilidad, que consiste en que no pueden ser removidos, suspendidos o destituidos en el ejercicio de sus funciones sino en base a lo señalado a la ley[41]. Concurrentemente tienen otros derechos como: a una remuneración justa y equitativa con relación a sus funciones; remuneraciones suplementarias y extraordinarias; subrogación; estímulos especiales; vacaciones judiciales; licencias con remuneración y comisión de servicios[42]. No obstante, existen ries-

[37] Daniel Delgado Ávila, El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. 11, 2011, p. 309.
[38] Art. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.
[39] Arts. 51 – 79 del Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.
[40] Arts. 80 – 89 del Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.
[41] Art. 90 del Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.
[42] Arts. 91 - 99 del Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.

gos o problemas actuales a los que se enfrenta la independencia judicial como la inexistencia de la Carrera Judicial (fáctica), la inestabilidad, la corrupción en la selección, la intervención de otros Poderes del Estado, la falta de equidad de género y en algunos casos los procedimientos no son públicos.

5. Conclusiones

Este trabajo a intentado esbozar lo que se podría considerar como condiciones de la independencia judicial en Ecuador, no obstante, el situarnos en cuanto que implica la independencia judicial dependerá de muchos factores, entre ellos: las disposiciones normativas que organizan las funciones del estado, la estructura judicial y la cultura de la profesión legal. Acompañado a esto están muchos factores históricos, sociales y económicos sin relación con el ámbito normativos.

A pesar de ello, hemos establecido que un Estado de Derecho tiene como una característica principal la división de poderes y a su vez este tiene como implicación principal la especialización de la función jurisdiccional y la independencia del poder judicial, éste es necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales. Que, si se protege la seguridad de los jueces en sus cargos al dificultar su destitución, los jueces tendrán menos razones para temer un despido arbitrario, y esto les facilitará emitir resoluciones que sepan que serán impopulares para los otros órganos del Estado. Así, la carrera judicial debe estar orientada por los principios de legalidad, estabilidad, formación permanente, evaluación en el desempeño, reconocimiento de méritos, remuneración justa, equitativa y la paridad entre hombres y mujeres.

6. Bibliografía

Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.

Comisión Internacional de Juristas. "Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales". Ginebra-Suiza, 2005.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos "Declaración y Programa de Acción de Viena", 1993.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Declaración de Beijing sobre los Principios relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de LAWASIA (Principios de Beijing), 1995.

Delgado Ávila, Daniel. "El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. 11, 2011.

El Estatuto Universal del Juez, 1999.

Estatuto del Juez Iberoamericano, 2001.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. "Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia", Madrid, Grupo Santillana de Ediciones, S.A.

M. Fiss, Owen. "El grado adecuado de independencia judicial". Revista de Derecho y Humanidades Nº 5, 1997.

Pasara, Luis. "Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo". Ediciones legales, Quito, 2013.

Recomendación del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces, 1994.

Requejo Pagés, Juan Luis. "Jurisdicción e Independencia Judicial", Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Resolución acerca del respeto y fortalecimiento del sistema judicial, 1999.

Santiago Andrade, "La Función Judicial en la vigente Constitución de la República" en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, "La Nueva La Función judicial. Estado, derechos e instituciones", Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

12. LAS AMNISTÍAS EN CONTEXTOS TRANSICIONALES[1]

Stephania Serrano Suárez[2]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación al concepto de amnistía. 3. Regulación de las amnistías. 4. La obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su territorio. 5. La amnistía en la jurisprudencia de la Corte IDH. 6. La amnistía y la Corte Penal Internacional (CPI). 7. La amnistía como mecanismo para obtener la paz en el marco de la justicia transicional. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. *Introducción*

Dentro de ámbito de la justicia transicional, ya sea de una transición de una dictadura a la democracia, o de un conflicto armado a una etapa de paz, se consideran mecanismos de exención penal como las amnistías o los indultos, que impiden la responsabilidad penal de quienes perpetraron delitos bajo el régimen establecido. A través de este escrito se pretende a través de una aproximación al concepto de amnistía y de la identificación de la regulación de esta, evidenciar el dilema de si la aplicación de la amnistía se encuentra justificada dentro del marco de la finalización de un conflicto armado a través de la firma de un Acuerdo de Paz o contradice directamente la obligación de carácter internacional que tiene un Estado, de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos ocurridas en su territorio. Esto con base en la regulación internacional vigente y las diversas posiciones doctrinales al respecto.

[1] Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de Investigación «Principios y garantías penales: sectores de riesgo», DER2016-76715-R, de la Agencia Estatal de Investigación de España, cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

[2] Investigadora contratada Predoctoral FPI de Derecho penal de la Universidad de León. dsers@unileon.es/ stephania.serrano@gmail.com.

2. *Aproximación al concepto de amnistía.*

La palabra amnistía es derivada del Griego amnesia or amnesis, que significa "olvido" o "perder la memoria". Es un acto de soberanía que tiene como objetivo poner fin a los procedimientos iniciados en el pasado o que se iniciarán. El Black Law Dictionary[3] define a la amnistía como: "Un acto soberano del perdón y el olvido de actos pasados, otorgado por un gobierno para todas las personas (o ciertas personas) que sean declaradas culpables de crimen o delito, generalmente delitos políticos".

También se entiende por amnistía: "el absolver, o pasar por alto, por parte de un gobierno un delito de carácter político, tal como la traición o la rebelión, con frecuencia bajo la condición de que el infractor cumpla con sus deberes de ciudadano dentro de determinado plazo".[4] Refiere Messuti, que en la práctica este instituto tiene como efecto la eliminación del carácter punible del acto ilícito, entendiendo que además este acto tiene un carácter político, pero no en su naturaleza sino en su contexto, el cual influirá entonces para sustraerlo del ámbito de lo punible. Es decir, en la amnistía, el soberano opta por no ejercer una acción legal contra un infractor o grupo de infractores, por lo que no tienen lugar las consecuencias jurídicas que legalmente deberían producirse[5].

Ramelli señala que «la expedición de una ley de amnistía corresponde al ejercicio de un derecho del Estado a no ejercer el ius puniendi, de manera transitoria, contra determinados sujetos que o bien han atentado contra la existencia de aquel o, en cambio, en su calidad de servidores públicos han delinquido gravemente, so pre-

[3] *A sovereign act of pardon and oblivion for past acts, granted by a government to all persons (or to certain persons) who have been guilty of crime or delict, generally political offenses*, en: Black´s Law Dictionary, Disponible en: http://thelawdictionary.org/amnesty/

[4] Enciclopedia de Derechos humanos, en: *Messuti,* Ana, Un deber ineludible. La obligación del Estado de Perseguir penalmente los crímenes internacionales, Buenos Aires, EDIAR, 2013, p. 605.

[5] *Messuti*, Ana, Un deber ineludible, p. 605.

texto del ejercicio de la "legítima defensa" de un orden establecido, sea democrático o autoritario.» [6]

Cabe mencionar que la amnistía es una institución que se puede diferenciar del indulto[7], en cuanto este último no impide, dentro de una aplicación correcta, a los condenados (por sentencia en firme) un proceso penal con una sentencia definitiva y por tanto, en principio, la investigación de la verdad. En ese sentido, se puede considerar una forma atenuada o menos grave de "impunidad" que la amnistía. Por su parte, Messuti[8] llega a la conclusión de que la diferencia que establecen los Códigos Penales en general consiste en que la amnistía extingue la acción penal y por consiguiente la ejecución de la pena, mientras que el indulto solamente extingue la ejecución de la pena.

3. Regulación de las amnistías

La prohibición de las amnistías se prohíbe expresamente en el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[9]. Sin embargo, el derecho internacional de los tratados reconoce la validez de las amnistías, así se estableció en el artículo 6 párrafo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y el artículo 6 párrafo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, disposiciones que contienen una cláusula de amnistía para prevenir la aplicación de la pena de muerte.

Más específicamente, en disposiciones humanitarias a aplicar en el caso de los conflictos armados no internacionales en principio

---

[6] *Ramelli Arteaga*, Alejandro, La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 271. En: *Mateus-Rugeles*, Andrea/Martínez-Vargas, Juan Ramón, Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792009000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#n9.

[7] *Ambos*, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (editores) Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung. 2009, p. 25.

[8] *Messuti*, Ana, Un deber ineludible, p, 615.

[9] https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428

si resulta posible conceder una amnistía. Así, el Protocolo Adicional II señala en su artículo 6 Numeral 5:

> "a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".

Ambos refiere que la finalidad de esta disposición consiste en lograr sin contratiempos la paz interna y la reconciliación de las partes en conflicto, para lo cual se les deja a éstas la posibilidad de amnistiar o de indultar a los autores de las violaciones legales cometidas dentro del marco del conflicto armado no internacional. Así mismo, para entender el propósito de este artículo y su aplicación Ambos, asegura que es preciso remontarnos:

> "(…) al momento de la suscripción del Protocolo (1979) no se pensó en posibilitar amnistías que se refieran a violaciones del derecho internacional humanitario y así contravinieran los deberes de penalización correspondientes. Pues, partiendo del concepto de la unidad del derecho internacional, se tiene que concluir en que una norma —aquí el art. 6.5 del PA II— no puede permitir aquello que las disposiciones especiales del derecho internacional —para el caso serán las normas que sirven de base al deber de penalización— prohíben. Esto es más válido aún para el caso en que se presente una contradicción dentro de un mismo ámbito normativo (aquí el derecho internacional humanitario). Desde la perspectiva de una interpretación sistemática, resulta que el art. 6.5 PA II sólo autoriza una amnistía para aquellos hechos que, de acuerdo con el derecho internacional, especialmente las Convenciones de Ginebra, no se encuentran sometidos a un deber de penalización. Las graves violaciones a derechos humanos (…) se encuentran por tanto excluidas de esa posibilidad"[10].

Con base en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, se alienta a las autoridades nacionales a

[10] *Ambos*, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, Argentina, Buenos aires, Ad hoc, 1999, p. 126.

conceder la más amplia amnistía posible al finalizar las hostilidades en los conflictos armados no internacionales. Sin embargo el CICR especificó que el objeto de este parágrafo era fomentar gestos de reconciliación de un crimen a fin de que se restablezcan las relaciones normales en la vida de una nación que se encuentra dividida[11]. Así también el CICR expuso que "cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello"[12].

De acuerdo a lo anterior, respecto a la legalidad de las amnistías dentro de un conflicto armado no internacional, ha de decirse que el establecimiento de la amnistía es, de acuerdo a lo visto en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, permitido e incluso recomendado. Sin embargo, señala Domb, que conforme a lo expuesto por Bothe[13], también existe una obligación internacional de castigar a los criminales en los conflictos armados no internacionales, lo cual se extrae de los principios generales de la responsabilidad del Estado, en donde el castigo es un modo de satisfacción, como también de la protección del DIDH en virtud del cual, el castigo de los ofensores de derechos humanos es un medio para su consolidación.

Por lo expuesto con anterioridad, es claro que el Derecho internacional le concede a los Estados un margen de apreciación, o de valoración para el otorgamiento de amnistías. Con ello, se puede

---

[11] Comentario al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, disponible en : http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm.

[12] *Henckaerts*, Jean-Marie/*Doswald-Beck,* Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Reglas, Bogotá, CICR, en: *Uprimny Yepes*, Rodrigo/*Sánchez Duque*, Luz María/ *Sánchez León*, Nelson Camilo, Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá, Colección De Justicia, 2014, p. 66.

[13] *Bothe*, Michael, War-Crimes in Non-international Armed Conflict, en Dinstein, Yoram/ Tabory, Mala (Edits), War Crimes in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996, p. 290.

apreciar que existe una tensión[14] estatal entre el deber internacional de penalizar y sus intereses nacionales, dentro de los que se encuentran la reconciliación nacional y la pacificación, siendo la amnistía el centro del debate.

4. La obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su territorio

Ana Messuti[15] entiende por "perseguir penalmente" a las actividades de investigación y enjuiciamiento realizadas por el Estado a través del sistema de justicia penal. Las dos actividades comprendidas en la expresión son independientes, aunque aclara que la segunda no puede realizarse sin que se haya realizado la primera. La referida autora acota que ante la imposibilidad de realizar el enjuiciamiento, por razones de diversa índole (por ejemplo, debido al fallecimiento de los presuntos autores), no implica que no se realice la debida investigación. Señala la profesora Messuti que el cumplimiento de la obligación de perseguir los crímenes en sede judicial penal es imprescindible[16].

Los instrumentos internacionales que consagran de forma expresa la obligación de perseguir penalmente, o en otras palabras, de investigar, juzgar y sancionar son: la Carta de la loa Naciones Unidas, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención Internacional contra la Tortura y la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas. Finalmente, tal obligación es señalada también, aunque de forma indirecta, por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Los instrumentos internacionales que consagran de forma expresa la obligación de perseguir penalmente, o en otras palabras, de investigar, juzgar y sancionar son: la Carta de la loa Naciones Unidas, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención Internacional

[14] *Ambos*, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional, p. 128.
[15] *Messuti,* Ana, Un deber ineludible, p. 156.
[16] *Messuti,* Ana, Un deber ineludible, p. 156.

contra la Tortura y la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas. Finalmente, tal obligación es señalada también, aunque de forma indirecta, por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Messuti afirma que, entre las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, se deben diferenciar entre otras, la obligación de garantizar derechos, por una parte, y la de perseguir penalmente crímenes, por otra. Para dilucidar este tópico, la Corte IDH indicó:

> "La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos"[17].

Messuti[18] alude a que son muchos los instrumentos internacionales que asocian la obligación de garantizar y la obligación de perseguir penalmente, sin embargo, es muy importante diferenciarlas para que no se menoscabe el vigor de la obligación estatal cuya primacía jurídica se ve confirmada por la necesaria secuencia de los hechos. La mencionada autora diferencia entre el "deber de garantía", el cual se refiere sobre todo al derecho que resulta conculcado cuando se comete un crimen, del de la obligación de perseguir penalmente, el cual, se refiere a la reacción del Estado ante la comisión del crimen. Con ello, Messuti aclara la confusión que en ocasiones ocurre debido a la adopción en el Derecho penal internacional de un enfoque centrado en las víctimas, más que en los

[17] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia sobre fondo de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.
[18] *Messuti*, Ana, Un deber ineludible, p. 131.

Estados y sus obligaciones. Pues, tampoco debe confundirse la obligación de los Estados de perseguir penalmente –tema que nos ocupa en el presente trabajo para delimitar el alcance de las amnistías–, con la obligación que estos tienen con relación a las víctimas, obligación consistente no sólo de brindar una reparación por el daño sufrido, sino también de acoger su demanda de justicia. Esta obligación, como es claro, no es igual a la obligación de perseguir penalmente, aunque se puede decir que ambas se complementan.

5. La amnistía en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La persecución penal de las graves violaciones a los derechos humanos es una obligación que debe atender el Estado, lo cual supone que éste no recurra a la utilización de mecanismos que promuevan la impunidad. En este sentido se ha pronunciado la CIDH, sede en la que se ha consolidado una línea jurisprudencial consistente y mantenida en el tiempo, referida a la obligación de los Estados en relación con las amnistías y auto amnistías, y además, sentando un precedente respecto a la admisibilidad o no de estas, lo cual es relevante para este estudio. Sin embargo, la doctrina ha puesto de presente una posible variación de la CIDH en su última decisión, poniendo el foco en el análisis de los casos que se presentan alrededor de un conflicto armado interno y los acuerdos de paz que se suscitan con el fin de dar por terminada un determinado período de guerra.

Sobre esta temática, se tiene la primera sentencia, Caso Barrios Altos Vs Perú, la cual marca la pauta para las posteriores decisiones que toma la Corte respecto a la aplicabilidad de las leyes de amnistía y auto amnistía. La Corte reitera su postura en los siguientes casos: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Caso La Cantuta Vs. Perú, Caso Gelman Vs. Uruguay, Caso Gomes Lund Y Otros ("Guerrilha Do Araguaia") Vs. Brasil.

La CIDH, en su sentencia del Caso Barrios Altos vs. Perú, es enfática en afirmar que son inadmisibles las disposiciones de amnistías y autoamnistías que impidan al Estado investigar y san-

cionar graves violaciones a los derechos humanos, pues aquellas son contrarias a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Así, éstos no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. En una reciente sentencia (caso Mozote)[19], la CIDH analiza un contexto único en cuanto una ley de amnistía (materia de análisis en el mencionado caso) surge con posterioridad a un acuerdo de paz, que daba finalización al conflicto armado interno en El Salvador. A partir de estos hechos, la CIDH toma como referente de análisis en la concesión de amnistías al criterio de la "letra y espíritu de los acuerdos de paz". Sin embargo, la CIDH, no siendo del todo clara en el sentido de ser permisiva de las amnistías, da lugar a que se desarrollen interpretaciones tales como la del voto razonado del Juez García Sayán, quien expuso que la situación anómala y excepcional de un conflicto armado no internacional suele demandar mecanismos de respuesta también excepcionales, postura que podría ser aplicada en casos posteriores en el sentido de permitir la posibilidad de recurrir a amnistías en el marco de la justicia transicional.

6. La amnistía y la Corte Penal Internacional (CPI)

El Preámbulo del Estatuto de Roma, se refiere en gran medida al deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI, esto es: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos o internacionales. Señalan Uprimny Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León que es cierto que dentro del articulado no se estableció una obligación expresa en este sentido, y que en este aspecto, según Sharf, se crea cierta "creativa ambigüedad", pues las contundentes alusiones al deber de investigar y sancionar en el Preámbulo contrastan con la parte operativa del

[19] Corte IDH. Caso masacres de el mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia sobre fondo de 25 de octubre de 2012. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

Estatuto, concretamente con los artículos 17 y 53 que podrían potencialmente admitir una amnistía como una excepción a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; asimismo, es cierto que una interpretación armónica del Estatuto sugiere que de esta obligación en efecto sí surge para los Estados firmantes el deber en cuestión[20].

Se afirma además, al interpretar el principio de complementariedad del Estatuto de la CPI, conforme a lo señalado en el Preámbulo, se puede llegar a la conclusión de la existencia del deber en cuestión en cabeza de los Estados firmantes[21] De otro lado, la eventual admisibilidad de las amnistías como excepción a la jurisdicción de la CPI no niega tampoco la obligación de investigar, juzgar y sancionar bajo el Estatuto, pues tal admisibilidad no depende de la inexistencia del deber, sino del reconocimiento de que no se trata de un deber absoluto[22].

La pregunta fundamental que surge al respecto es si las amnistías nacionales afectan la admisibilidad de un caso ante la CPI (Art.17). Analizar la cuestión de si se le puede exigir a la CPI bajo el derecho internacional considerar los esfuerzos hacia la paz y la reconciliación o si al menos tiene el derecho de hacerlo. Según Gropengiesser y Meissner, al privilegiar las ventajas de la amnistías en un proceso transicional, la CPI puede inhibirse de ejercer su competencia[23], y Reyes señala que con mayor razón la actividad de las autoridades judiciales en la investigación de delitos relacionados con el conflicto armado[24].

---

[20] *Uprimny Yepes,* Rodrigo/*Sánchez Duque,* Luz María/*Sánchez León*, Nelson Camilo, Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*,* Bogotá, Colección De Justicia, 2013, p.42

[21] *Uprimny Yepes/Sánchez Duque/Sánchez León*, Justicia para la paz, p. 45.

[22] *Uprimny Yepes/Sánchez Duque/Sánchez León*, Justicia para la paz, p. 41.

[23] *Gropengieber*, Herlmut/*Meibner*, Jorg, Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en: Reyes Alvarado, Yesid, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018, 29.

[24] *Reyes Alvarado*, Yesid, La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso Colombiano, en: Reyes Alvarado, Yesid, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018, 29.

7. *Repensar la amnistía como mecanismo para obtener la paz en el marco de la justicia transicional*

Forcada[25] plantea que la aplicación de la justicia transicional para la superación de un pasado conflictivo genera un complejo debate entre categorías del Derecho penal como la de los "fines de la pena" y "el fundamento de la responsabilidad penal", en contraposición a los esfuerzos políticos que tienen lugar con el fin de superar esos conflictos. Es así como existen diferencias no conciliables entre las corrientes de pensamiento que se pueden encontrar en la doctrina. Por una parte se encuentran los pragmáticos o realistas[26], quienes proponen llegar a un compromiso entre justicia y paz cuando la situación lo requiera. Para ellos, la decisión de amnistiar o no debe estar basada en una apreciación equilibrada entre necesidad de justicia (enjuiciamiento de los perpetradores), y por otro lado, la necesidad de alcanzar la paz.

En posición contraria se tiene a los legalistas[27], los cuales conforme a la ética de la convicción o lógica de lo apropiado, basan su postura en que la conducta moral consiste en seguir las normas. En ese sentido afirman que las relaciones morales consisten en deberes y derechos determinados por la norma. Los legalistas se oponen enfáticamente a las amnistías, excepto en casos limitadísimos, postura que también se conoce como "maximalista".

Acotando sobre el propósito de la amnistía, para Ntoubandi[28] uno de los requerimientos básicos de la justicia es que a

---

[25] *Forcada Barona*, Ignacio, Derecho Internacional y Justicia transicional, Madrid, Cuaderno civitas, 2011, p. 40.

[26] Sobre el pragmatismo, ver también: *Snyder*, Jack/*Vinjamuri*, Leslie, Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice, International Security, vol. 28, nº3, p, 12. Disponible en: http://www.jstor.org/discover/10.2307/4137476?uid=3737952&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104618848053, citado en: *Forcada Barona*, Ignacio, Derecho Internacional y Justicia transicional, Madrid, Cuaderno civitas, 2011, p. 40.

[27] Para un análisis más detallado sobre estas corrientes ver: Akhavan, Payam, Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism, Human Rights Quarterly, vol. 31, p. 624. Disponible en: http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/human_rights_quarterly/v031/31.3.akhavan.pdf.

[28] *Ntoubandi*, Faustin, Amnesty for Crimes against Humanity under International law, Leiden Bostos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 76.

quienes cometan delitos se les castigue. Sin embargo en los procesos de paz, la justicia (imposición de la sanción penal) no es siempre una opción viable y en muchos casos se da más importancia al objetivo político de la curación, unión y reconciliación de la sociedad destrozada por años de conflicto. Es decir, para este autor, la idea de reconciliación y reunificación nacional resulta siendo el propósito fundamental de la amnistía.

Por otro lado, como señala Bell, dentro de la justicia transicional es viable aplicar cierta clase de amnistías, por eso señala que en relación a esta medida dentro de la justicia de transición (y con respecto a los acuerdos de paz) han de tenerse en cuenta varios factores, de los cuales destaca:

> «1. Amnistías generales que cubren graves crímenes internacionales no son permitidas.
>
> Son requeridas algunas amnistías para facilitar la liberación, desmilitarización y desmovilización de prisioneros y detenidos dentro del conflicto.
>
> El compromiso normativo para la rendición de cuentas debe estar casado con el objetivo de mantener el alto el fuego y el desarrollo de los compromisos constitucionales en el corazón del acuerdo de paz. Esto puede ser a lograr por el diseño creativo en torno a los siguientes mecanismos:
>
> a. mecanismos quasi-legales que permitan la rendición de cuentas que no sean la persecución penal, como las comisiones de la verdad.
>
> b. Un enfoque bifurcado cual proceso penal internacional para los delincuentes más graves, junto con mecanismos locales creativos, incluyendo formas de amnistía para los que están más abajo en la cadena de responsabilidad, que tiene por objeto adjudicar una serie de responsabilidades, además de la desmovilización y reconciliación.
>
> Si hubiera por una parte una falta de compromiso con el acuerdo de paz y con el retorno a la violencia, todo compromiso en la justicia penal es

anulable y reversible a través de la utilización de la justicia penal internacional»[29].

Bell entiende como un desarrollo positivo a la justicia transicional, pues esta se consolida como una demostrativa y creciente convergencia entre un proceso de paz y las normas internacionales[30].

Los acuerdos de paz en la actualidad tratan de determinar el grado de responsabilidad, con la desmovilización y la estabilización en la cual la amnistía es una herramienta necesaria. Esta debe responder a las particularidades de cada conflicto y depende de la naturaleza de la transición e incluso de la naturaleza del orden constitucional. Sin embargo, es claro que existe una dificultad de coordinar las exigencias del acuerdo de paz con el derecho internacional[31].

Ambos[32] considera, junto con parte relevante de la doctrina, que los Estados están obligados a perseguir penalmente torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, y que por ende no son admisibles disposiciones contrarias que excluyan todo tipo de investigación relacionada con esos hechos y así bloqueen una persecución penal o dejen sin efecto sentencias condenatorias. Esto no quiere decir, sin embargo, que el Derecho internacional, bajo toda circunstancia, prohíba medidas que eximan la punibilidad, tales como las amnistías. Los límites señalados por el Derecho internacional requieren más bien de una diferenciada determinación y fundamentación. En otras palabras, para este autor no existe en el Derecho internacional una prohibición para aplicar las amnistías, y se debe realizar un análisis con el fin de ponderar la obligación internacional que existe de los Estados y los intereses nacionales, dentro de los cuales se encuentra lograr la paz. En todo caso asegura Ambos que: "la renuncia de la persecución penal en el ámbito del derecho internacional penal no solo reconoce ciertos

[29] *Bell,* Christine, On the Law of peace, Agreements and the lex pacificatoria, New York, Oxford University Press, 2008, p. 240.
[30] *Bell*, Christine, On the Law of peace, p. 240.
[31] *Bell*, Christine, On the Law of peace, p. 240.
[32] *Ambos*, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional, p.115.

límites, sino que debe ser derechamente rechazada cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio"[33].

Por lo anterior, es posible reconocer diferentes categorías de amnistías. Así, las amnistías absolutas (*blanket amnesties*) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de la prohibición de toda investigación. Por otro, lado las amnistías condicionales son, en principio, admisibles (enfoque flexible), dado que a diferencia de las amnistías generales no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por el beneficiario; por ejemplo, a la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas (en particular, una completa revelación de los hechos), el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento[34].

Por otra parte, también se puede decir que existen aquellas amnistías en las que mediante la expedición de una ley que excluye a los órganos estatales, (muchas veces las fuerzas armadas o grupos paramilitares en cuyo seno se cometieron violaciones a derechos humanos con el amparo del poder público) de las consecuencias penales de los hechos cometidos, denominadas autoamnistías. Tal es el caso argentino con las leyes propuestas en el período post dictatorial[35], las cuales por representar una amnistía a favor propio es contraria al Derecho internacional. Finalmente, se encuentran aquellas amnistías que se realizan a favor de la oposición, en las que el gobierno no se favorece a sí mismo, si no que tienen su razón de

---

[33] *Ambos*, Kai, Temas de Derecho Internacional y Europeo, Madrid/Barcelona, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2006 p. 76.

[34] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto armado. Amnistías". Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009.

[35] *Parenti*, Pablo/*Pellegrini*, Lisandro, Informes nacionales: Caso Argentina en: Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (edits.) Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 133-156.

ser en la implementación de políticas de pacificación. Estas no presentan reparos desde el punto de vista internacional[36].

Ambos refiere que a fin de entender que son admisibles las amnistías es necesario diferenciar entre absolutas y condicionadas[37]. Bajo un enfoque estricto, las amnistías absolutas sin inadmisibles en cuanto se encuentran en abierta contradicción con la obligación de los Estados de perseguir crímenes internacionales que, según expone este autor, se desprende de lo preceptuado por el Estatuto de Roma. También plantea Ambos que, conforme a un enfoque flexible, las amnistías condicionadas pueden ser admisibles, esto en cuanto estas no eximan automáticamente del castigo por los actos cometidos, sino que condicione el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s). Así, en este tipo de amnistías, la mínima condición es que los grupos armados prometan deponer sus armas incondicionalmente y facilitar el fin de las hostilidades; sin embargo también existen otros puntos a tener en cuenta tales como la participación ciudadana en su creación (lo cual otorga legitimidad a la amnistía)[38].

Sobre la admisibilidad de estas amnistías condicionadas, es importante referir a Ntoubandi, quien señala si bien la amnistía ha sido entendida como el "olvido", no ha de comprenderse literalmente como tal, pues dentro del contexto de una guerra, al concederse una amnistía, esto no es sólo un acto de olvido, sino también un medio para exorcizar el pasado. En ese sentido, para Ntounbandi en el Derecho internacional la amnistía no es ni un obstáculo para el enjuiciamiento penal, ni una circunstancia eximente de la responsabilidad penal[39]. Al respecto, son de gran relevancia las sugerencias que realiza este autor para la concesión de una amnistía, la cuales enumera de la siguiente manera:

> "1. Adopción democrática: en términos de que las amnistías deben ser adoptadas por los órganos democráticos, como la legislatura. En este

[36] *Ambos*, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional, p. 130-131.
[37] *Ambos*, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (edits.) Justicia de Transición, p. 31.
[38] *Ambos*, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (edits.) Justicia de Transición, p. 32.
[39] *Ntoubandi*, Faustin, Amnesty for Crimes against Humanity under International, p. 230.

sentido, autoamnistías por regímenes fuera de la ley no pueden ser válidas.

2. Investigaciones: las amnistías deben estar acompañadas de serias investigaciones sobre las violaciones presuntamente ocurridas, con el fin de reivindicar, esencialmente a la sociedad en su derecho a conocer la verdad. Para ello, los responsables de las atrocidades tienen que ser identificados y sus nombres deben ser expuestos públicamente.

3. Reparación: las amnistías no pueden impedir que las víctimas reciban la reparación por las violaciones cometidas.

4. Crímenes contra la humanidad: las amnistías no pueden aplicarse a los crímenes contra la humanidad, incluidas las desapariciones forzadas.

5. Persecución y juzgamiento: los Estados deben enjuiciar y castigar efectivamente a los perpetradores de las graves violaciones a los derechos humanos, por lo que estos perpetradores no pueden ser amnistiados" [40].

En el ámbito doctrinal se ha hecho énfasis en la utilidad de las amnistías, Gropengieber y Meibner de manera acertada dividen los cuestionamientos a cerca de las amnistías entre pregunta factual y pregunta normativa. En el primer caso, los autores se preguntan si la aplicación de una amnistía pacificará la sociedad o reavivaría pasiones pasadas provocando mayores crímenes, y así: ¿En caso de no aplicarse, (la amnistía) el Estado cuenta con los recursos para enjuiciar?[41] Lo que evidencia que también es relevante los recursos reales con los que cuenta un Estado para investigar juzgar y sancionar la totalidad o al menos gran parte de los delitos que han ocurrido en su territorio con ocasión del conflicto armado. Por otra parte, la pregunta normativa se relaciona con la ponderación que debe realizar el órgano legislativo, quien basándose en el pronóstico factual más confiable debe sopesar el objetivo de simplemente cas-

[40] *Ntoubandi*, Faustin, Amnesty for Crimes against Humanity under International, p. 230.
[41] *Gropengieber*, Herlmut/*Meibner,* Jorg, Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en: Reyes Alvarado, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018, p. 31.

tigar a los criminales con el de la reconciliación de la sociedad en conflicto[42].

A pesar de lo expuesto, existen autores que consideran que la amnistía, en todos los casos, fundamenta la impunidad. Así, oponiéndose a este tipo de fórmula para exención de la responsabilidad penal se pronuncian Lie, Benningsmo y Gates[43] quienes consideran que las amnistías son desestabilizadoras y están asociadas en general con períodos de paz más breves. Por su parte, Olsen Payne y Reiter[44] defienden que las amnistías, por sí solas, no tienen un efecto estadístico positivo significativo sobre los derechos humanos o la democracia. De otro lado Messuti refiere que una ley de amnistía es incompatible con la obligación de perseguir penalmente a los autores de los crímenes internacionales, y que por tanto la coexistencia de la admisión de la amnistía y la obligación de perseguir es imposible. Asimismo, la mencionada autora refiere que la amnistía se sostiene con razones de tipo político como la pacificación y reconciliación, más no en razones jurídicas.

8. Conclusiones

Las amnistías, como forma de exención penal que pretende la eliminación del carácter punible de un acto ilícito, corresponde al no ejercicio de un Estado de su *ius puniendi*. Las amnistías se diferencian de los indultos en cuanto estas extinguen la acción penal y la ejecución de la pena, mientras que los indultos solo esto último. La admisibilidad de las amnistías no es un debate pacífico en la doctrina: mientras que algunos autores defienden la idea de recurrir a esta para equilibrar la justicia con la necesidad de obtener la paz, otros se oponen enfáticamente a estas, aunque permiten su

---

[42] *Gropengieber*, Herlmut/*Meibner,* Jorg, Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en: Reyes Alvarado, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018, p. 31.

[43] *Lei*, Tove Grete/*Binningsbo*, Helga Malmim/*Gates*, Scott, Post Conflict Justice and Sustainable Peace, World Bank Policy Research Working Paper, nº 4191, 2007, p. 2. Disponible en: http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4191.

[44] *Olsen*, Tricia D./P*ayne,* Leigh A./*Reiter*, Andrew G., Transitional Justice In Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy, United State Institute of Peace, 2010, p. 30-40.

aplicación en casos limitadísimos. Sin embargo, se considera que, si bien los Estados están obligados a perseguir penalmente los crímenes más graves, esto no implica que en el Derecho internacional exista una prohibición para aplicar las amnistías, sobre todo, si se realiza previamente un análisis con el fin de ponderar la mencionada obligación internacional y los intereses nacionales. Por lo que, en principio, amnistías de carácter absoluto (como las autoamnistías) sí están proscritas conforme a la legislación internacional. Por el contrario, una amnistía condicionada y responsable, diseñada en el marco de la implementación de una política de pacificación (sobre todo, en el marco de negociaciones de paz de cara a poner fin a un conflicto armado interno), y que no exima automáticamente del castigo por los actos cometidos, sino que condicione su beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por parte de los beneficiarios, no presentaría reparos desde el punto de vista internacional.

El fundamento legal para las amnistías surge del derecho internacional convencional, esto es del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II, del que se desprende la posibilidad de conceder amnistía (la más amplia posible) después de finalizado un conflicto armado no internacional. Sin embargo, el fin de tal disposición consistía en la consolidación de la paz interna y la reconciliación de las partes en conflicto, por lo que debe interpretarse tal señalamiento de forma sistemática y conforme a lo dispuesto por los instrumentos internacionales en materia de crímenes contra la humanidad, lo que arroja como conclusión que la amnistía concedida a los criminales de lesa humanidad conforme a los principios del Derecho penal internacional, es intrínsecamente y fundamentalmente no válida. Entonces, es claro que el Derecho internacional no establece la prohibición absoluta de amnistías, sino mas bien concede un margen de apreciación, en el cual el Estado debe ponderar entre el deber internacional de penalizar y sus intereses nacionales dentro de los que se encuentran la finalización del conflicto armado de carácter interno junto con la reconciliación

nacional y la pacificación, teniendo como base que nunca puede existir una absoluta impunidad.

El antes mencionado deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar es un principio que admite ser ponderado (ley de ponderación) en el marco de la justicia transicional, es decir este deber debe interpretarse de conformidad a los alcances y particularidades de la justicia de transición, adquiriendo así un alcance específico. Un modelo de judicialización absoluta de los responsables no resulta viable en el contexto de la terminación de un conflicto armado interno con décadas de duración. Sin embargo, dadas las singularidades de la justicia transicional en general y del caso colombiano en particular, sí estamos a favor de la admisibilidad de un modelo de selección y priorización que permita el juzgamiento a los "máximos responsables" de graves violaciones en contra de los derechos humanos. En este sentido, es preciso que se diseñen mecanismos que permitan la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes internacionales, la violación de derechos humanos y DIH. Complementariamente, resulta fundamental plantear un escenario de priorización de la persecución penal, acentuando el interés en los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

9. Bibliografía

Akhavan, Payam, Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism, Human Rights Quarterly, vol. 3, Disponible en: http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/human_rights_quarterly/v031/31.3.akhavan.pdf.

Ambos, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, Argentina, Buenos aires, Ad hoc, 1999.

Ambos, Kai, Temas de Derecho Internacional y Europeo, Madrid/Barcelona, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2006.

Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (editores) Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung. 2009.

Bell, Christine, On the Law of peace, Agreements and the lex pacificatoria, New York, Oxford University Press, 2008.

Bothe, Michael, War-Crimes in Non-international Armed Conflict, en Dinstein, Yoram/ Tabory, Mala (Edits), War Crimes in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996.

Forcada Barona, Ignacio, Derecho Internacional y Justicia transicional, Madrid, Cuaderno civitas, 2011.

Gropengieber, Herlmut/*Meibner*, Jorg, Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en: Reyes Alvarado, Yesid, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018.

Henckaerts, Jean-Marie/*Doswald-Beck*, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Reglas, Bogotá, CICR, en: *Uprimny Yepes*, Rodrigo/*Sánchez Duque*, Luz María/ *Sánchez León*, Nelson Camilo, Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá, Colección De Justicia, 2014.

Lei, Tove Grete/*Binningsbo*, Helga Malmim/*Gates*, Scott, Post Conflict Justice and Sustainable Peace, World Bank Policy Research Working Paper, nº 4191, 2007, p. 2. Disponible en: http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4191.

Messuti, Ana, Un deber ineludible. La obligación del Estado de Perseguir penalmente los crímenes internacionales, Buenos Aires, EDIAR, 2013.

Ntoubandi, Faustin, Amnesty for Crimes against Humanity under International law, Leiden Bostos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

.Mateus-Rugeles, Andrea/*Martínez-Vargas*, Juan Ramón, Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional, Estudios Socio-Jurídicos, vol. 11, nº 2, 2009. Disponible en:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792009000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#n9.

Olsen, Tricia D./P*ayne,* Leigh A./*Reiter*, Andrew G., Transitional Justice In Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy, United State Institute of Peace, 2010.

Parenti, Pablo/*Pellegrini*, Lisandro, Informes nacionales: Caso Argentina en: Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela (edits.) Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Reyes Alvarado, Yesid, La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso Colombiano, en: Reyes Alvarado, Yesid, ¿Con incompatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Centro de investigación de filosofía y Derecho, 2018, 29.

Snyder, Jack/*Vinjamuri*, Leslie, Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice, International Security, vol. 28, nº3. Disponible en: http://www.jstor.org/discover/10.2307/4137476?uid=3737952&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104618848053.

Uprimny Yepes, Rodrigo/*Sánchez Duque,* Luz María/*Sánchez León*, Nelson Camilo, Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá, Colección De Justicia, 2013.

13. TÓPICA JURÍDICA, CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARA AS CORTES INTERNACIONAIS

Paulo Alves Santos[1]

SUMARIO: 1. Introdução: um problema comum. 2. Tópica, sistemas e positivismo. 3. Tópica e constitucionalismo. 4. Tópica e Cortes Internacionais de Direitos Humanos. 5. Um exemplo concreto: o topos da fundamentação das decisões judiciais. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas.

1. *Introdução: um problema comum*

O título deste artigo faz referência a três fenômenos distintos e com impacto relevante na prática jurídica desenvolvida nos países ocidentais a partir do período pós-segunda guerra mundial, o que já demonstra claramente que o intento principal deste estudo é articular teoricamente estes fenômenos, a fim de extrair do diálogo entre eles algumas pistas de reflexão e pesquisa no âmbito da argumentação jurídica.

Como ponto de partida, é possível perceber, ainda que de forma indiciária, um elemento comum ao movimento de ressurgimento da tópica, à expansão do constitucionalismo e à atual dinâmica do direito internacional dos direitos humanos. Todos estes acontecimentos se correspondem, em alguma medida, com a profunda crise do positivismo normativista, ou ainda, em termos mais práticos, uma crise na ideia de legalidade estatal como vetor primordial do direito.

[1] Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/Brasil. Especialista em argumentação jurídica pela Universidade de Alicante/Espanha. Analista Judiciário no Superior Tribunal de Justiça/STJ. Membro do Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades da Universidade de Brasília- GPRAJ/UnB.

A irrefutável constatação de que as leis aprovadas pelos parlamentos competentes em cada Estado pode causar prejuízos e impor restrições injustificáveis a pessoas e grupos de pessoas que não integram a maioria legislativa dominante é um problema quando se pensa em assumir a lei como fundamento último da ordem jurídica. Em verdade, a lei, ainda que produzida de forma válida e por órgãos legítimos, pode ser extremante injusta e contrária às pretensões modernas fundamentais de igualdade, liberdade e fraternidade. Diante deste perigo, a ideia de supremacia do parlamento e da legislação passa a ser atacada, diminuída e limitada por outros instrumentos externos ao legislador.

Um destes instrumentos é fornecido pela tópica, a qual favorece a perspectiva teórica de que o conteúdo da lei, bem como a própria ideia de legislação, é um *topos* entre muitos. Pode se tratar de um *topos* com acentuado peso e relevância nas sociedades democráticas, mas que não deixa de ser um entre muitos. A tópica enfatiza a ideia de que há direito para além da legislação e propõe a possibilidade de existência de uma pluralidade de fontes do direito não necessariamente vinculadas ao Estado.

Outro instrumento de limitação da força da lei decorre do constitucionalismo. Nesse sentido, embora no contexto atual os textos constitucionais sejam dotados de normatividade, não se pode conceber que a constituição é uma lei no sentido pensado pelos positivistas do século XX, nem que ela se equipare às leis emanadas regularmente pelos parlamentos. A constituição, por sua própria estrutura, pretende estabelecer um direito acima da legislação, ao qual todos os poderes, inclusive o legislador ordinário, se submetam. Além disso, a submissão ao texto constitucional não se pretende apenas em um nível formal, mas demanda uma conformidade entre as legislações estatais e o programa socio-político estabelecido pela constituição. Para garantir esta conformidade, as constituições contemporâneas estão carregadas de princípios e expressões semanticamente densas, o que impõe uma barreira ao formalismo no campo constitucional e exige uma atividade inter-

pretativa mais complexa, o que torna mais difícil que a legislação inferior fuja de seu espectro de controle.

Por fim, a expansão de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, com destaque para os denominados sistemas regionais de proteção, é claramente um fator limitador da liberdade legislativa estatal. A força destes mecanismos é objeto de controvérsia[2], porém, a rigor, a violação grave e persistente de direitos humanos, quando reconhecida internacionalmente, pode ocasionar dificuldades no relacionamento do Estado infrator com a comunidade internacional e ameaçar a própria sobrevivência do Estado diante de sanções econômicas.[3] Sob esta perspectiva, para manter-se como Estado e, portanto, ver reconhecida no plano internacional a sua soberania interna, [4] é preciso a aceitação mínima de algumas diretrizes do direito internacional dos direitos humanos. As normativas internacionais sobre direitos humanos se apresentam, assim, como direito legitimador da legislação interna.

Com este quadro em vista, admitindo-se a proposta de que a tópica, o constitucionalismo e os mecanismo internacionais de proteção aos direitos humanos podem ser reunidos em torno de um problema comum, esta comunhão na identificação do problema não poderia, também, indicar algum paralelismo ou confluência no desenvolvimento metodológico destes três fenômenos? Em que medida é possível contextualizá-los e interpretá-los reciproca-

[2] Há certo ceticismo acerca da efetividade dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos na tarefa de compelir Estados a garantirem esses direitos no âmbito interno. Contudo, há contundente demonstração empírica acerca do peso de sanções internacionais na no desenvolvimento de melhores níveis de respeitos aos direitos humanos. Sobre o tema: CARNEIRO, Cristiane de Andrade Lucena. *Economic sanctions and human rights: an analysis of competing enforcement strategies in Latin America.* Revista Brasileira de Política Internacional, v. 57, n. 1, p. 197-215, 2014.

[3] No âmbito do sistema americano de proteção aos direitos humanos, por exemplo, há a possibilidade de emissão de resolução, com caráter não vinculante, pela Assembleia Geral da OEA, recomendando aos Estados-parte que imponham sanções econômicas ao Estado violador até que a decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos seja implementada. O tema é tratado em: BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, n° 15, dez/2011.

[4] A respeito da discussão acerca do reconhecimento internacional como elemento do conceito de Estado, ver: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O Estado, segundo do direito internacional. Cosmopolitan Law Journal, v. 1, n. 1, p. 77-94, dez. 2013.

mente? Quais os reflexos desta identificação nas formas de argumentação jurídica que permeiam estes espaços?

Este artigo expõe, inicialmente, considerações mais gerias sobre a tópica, nos termos pensados por Theodor Vieweg, e a sua relação com o positivismo jurídico normativista. Em seguida, abordam-se as relações da tópica com o constitucionalismo ocidental nas tradições *civil law* e *commom law*. Por fim, na última parte, inserem-se na problemática de estudo os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, com uma breve aproximação a um caso concreto julgado pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. É preciso ressaltar que se trata de um artigo exploratório, que não pretende apresentar muitas conclusões ou argumentos completos, mas que se volta precipuamente a lançar um problema que seja instigante e atual.

2. *Tópica, sistemas e positivismo*

Com a publicação da primeira edição de *Topik und Jurisprudenz*[5], em 1953, Theodor Viehweg ofereceu uma importante contribuição para o debate de uma das questões mais centrais na teoria da argumentação jurídica atual: como os juristas podem solucionar temas controversos, ou seja, qual a *techne*[6] a ser empregada na resolução de problemas jurídicos difícies. A hoje difundida resposta de Viehweg recorre ao estilo de pensamento tópico-problemático, porém, para a compreensão da proposta deste autor, algumas considerações acerca do contexto de sua obra são necessárias.

Ao resgatar o pensamento tópico das fontes clássicas, especialmente das obras de Aristóteles e Cícero[7], Viehweg visava a adversários bastante específicos: os juristas práticos germano-ocidentais que se autoqualificavam como positivistas no início da

[5] VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
[6] *Ibidem*, p. 53-54.
[7] PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. ROESLER, Claudia. A recepção da tópica ciceroniana em Theodor Viehweg. Revista Direito & Práxis. Vol. 06, n.º 10, 2015, p. 26-48.

segunda metade do século XX.[8] Diante das pretensões de estrita vinculação à ordem normativa positivada, Viehweg identifica como sendo um engano o propagado isolamento do direito positivo frente ao seu fundamento suprapositivo.

Na sua crítica ao positivismo normativista, Viehweg contrasta duas linhas de pensamento aparentemente opostas, o tomismo-aristotélico e o marxismo, para demonstrar que ambas concordam no sentido de que o isolamento metodológico do direito almejado pelos positivistas não pode ser concebido sequer em tese e, com ainda menos razão, na prática. Isso porque, para a construção de uma disciplina jurídica efetivamente capaz de exercer algum papel relevante sobre a atividade dos juristas, não seria possível admitir e aderir diretamente às razões secundárias (positivadas) colocando entre parênteses as razões primárias (transpositivas) que as sustentam.[9]

Em sua argumentação, Viehweg destaca, ainda, que esta pretendida limitação do direito às razões positivadas, ainda que possível, não seria suficiente para solucionar a aversão dos positivistas frente a processos de interpretação e de legitimação normativas mais amplos. Com efeito, em razão de as norma positivadas serem apresentadas em linguagem natural, elas são intrinsicamente permeadas pela vagueza e pela imprecisão. Desse modo, ou se substitui a linguagem utilizada no direito por uma linguagem formalizada aos moldes matemáticos, ou os processos interpretativos que demandam o acesso às razões primárias do sistema jurídico estarão sempre presentes.[10]

Esta insistência de Viehweg na necessidade de o jurista estar atento às razões primárias transpositivas do sistema jurídico em que opera, apesar das dificuldades presentes neste nível de raciocínio, está alinhada com o contexto de desconfiança quanto ao legislador, algo bastante presente no período do segundo pós-guerra. Há, na teoria jurídica deste momento histórico, um ceticismo quanto à

[8] VIEHWEG, Theodor. Tópica y filosofía del Derecho. Tradução de Jorge M. Seña. 2.ª Edição. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 56-57.
[9] Ibidem, p. 57-58.
[10] Ibidem, p. 59-65.

ideia de que as normas gerais elaboradas pelo legislador são sempre justificáveis, o que efetivamente não há como ser garantido, bem como na sua capacidade de solucionar todos os problemas jurídicos.[11]

Observa-se, portanto, que a obra de Viehweg pressupõe três declínios interligados. Do ponto de vista metodológico, o declínio do ideal positivista de separação entre direito e moral. Sob o prisma político, o declínio da figura do legislador como figura capaz de afiançar por si mesmo a legitimidade das normas jurídicas que legisla. E, por fim, na dimensão prática, o declínio na ideia de que o conjunto de normas legisladas seria um sistema íntegro, coerente e capaz de solucionar eficazmente todo e qualquer problema jurídico relevante para a comunidade política.

Diante desses declínios, o autor alemão pontua que o direito não pode ser concebido como disciplina exclusivamente voltada a identificar as fontes sociais do direto e organizar de maneira sistemática um ordenamento jurídico. A preocupação verdadeira do direito devem ser os problemas reais que ocorrem na prática jurídica. Assim, ainda que para a solução destes problemas seja necessária a remissão a um sistema normativo, a centralidade do raciocínio jurídico não está nas disposições normativas consideradas abstratamente, mas na forma como estas disposições, seja as de caráter positivo ou as de caráter transpositivo, podem ser manejadas e dirigidas à solução de uma *aporia* jurídica.

No raciocínio jurídico, portanto, o problema é dado de forma cogente, enquanto a configuração que será adotada pelo sistema jurídico para solucioná-lo não. Isso porque, uma vez posto o problema, não pode o jurista deixar de solucioná-lo. No entanto, compete-lhe determinar quais dos elementos e de qual sistema, mais precisamente quais *topoi* de um sistema, podem ser utilizados na construção da solução.

É importante destacar que o pensamento de Viehweg não exclui a ideia de sistema jurídico, pois a solução de qualquer prob-

[11] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. Revista de Informação Legislativa. Ano. 41, n. 163, Brasília, jul./set. 2004, p. 155.

lema jurídico concreto somente pode ser solucionado com a referência a um sistema.[12] Porém, o sistema jurídico é entendido por Viehweg não como um conjunto hermético, completo e integral de normas, mas um *open system*, formado por uma série de soluções encontradas em tentativas previamente realizadas, com caráter fragmentário, não perfeitamente coerente e cujo sentido está sempre a ser determinado à medida que são desenvolvidos os *topoi* que o compõem, em um eterno empreendimento dialético.[13] Além disso, não há apenas um único sistema normativo perfeitamente ordenado, mas uma pluralidade de sistemas, cuja utilização ou não na prática serão determinadas por critérios decorrentes do próprio problema.[14]

A proposta do pensamento tópico-problemático, portanto, pretende romper com a ideia de que é possível pensar o direito apenas como um sistema puramente dedutivo, no qual se deduzem, de maneira trivial, normas para situações concretas por subsunção a normas mais abstratas previamente postas. Em verdade, ainda que efetivamente a subsunção represente um passo final em qualquer argumentação jurídica, a grande tarefa dos juristas consiste na busca das premissas que serão utilizadas neste raciocínio, de modo que a atividade central no direito não é dedutiva, mas inventiva e desenvolvida a partir do problema proposto e dos múltiplos pontos de vista sobre ele incidentes.[15]

A oposição de Viehweg à ideia de uma prática jurídica construída de forma sistemática e dedutiva reverberou em toda tradição continental, seja porque implicava numa redução significativa no prestígio do positivismo normativista, que visto a partir da tópica era reduzido a uma simples forma de organização dos *topoi* legais, seja porque descartava definitivamente as pretensões de completude das codificações escritas que ainda restassem àquela altura. De outra parte, no contexto dos países de tradição anglo-

[12] BUSTAMANTE, 2004, p. 158.
[13] VIEHWEG, 1979, p. 50.
[14] BUSTAMANTE, 2004, p. 159.
[15] VIEHWEG, 1979, p. 50.

saxã, as proposições de Viehweg não geraram grandes perplexidades.[16]

Como acentua Balkin, em uma análise de Viehweg com ênfase na prática jurídica dos Estados Unidos da América, nos sistemas jurídicos desenvolvidos a partir do *commom law* é mais simples perceber que a maior parte da teoria jurídica, nos variados ramos do direito, é claramente estruturada de maneira tópica. Naquele contexto, novos precedentes criam *topoi* para futuras análises jurídicas e os advogados naturalmente argumentam em juízo a partir de *topoi* encontrados em precedentes anteriores. Já no ensino jurídico, a discussão destes *topoi* entre estudantes e professores ocupa a maior parte do tempo nos cursos de direito. Um exemplo icônico desta dinâmica anglo-saxã é o *West Keynote System*, um sistema de temas e números chave desenvolvidos ao longo do século XX para auxiliar advogados estadunidenses a encontrarem precedentes relevantes, o qual funciona como um elaborado catálogo tópico, estruturando-se desde *topoi* mais abrangentes até níveis cada vez mais específicos.[17]

Curiosamente, nos anos seguintes à produção bibliográfica de Viehweg, desde as décadas finais do século XX até o momento atual, as tradições continental e anglo-saxã, que nunca foram completamente indiferentes entre si, aproximaram-se muito e de maneira em bastante acelerada. Nesse processo, alguns fatores desempenharam papeis importantes, entre eles podemos identificar: a) o aumento da litigiosidade que impulsionou a atração dos juristas de tradição continental pelo *stare decisis*; b) a proliferação do constitucionalismo com características similares em todo o ocidente, independentemente da tradição jurídica; e c) a inserção dos estados constitucionais ocidentais em mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, os quais reúnem em uma mesmo mecanismo países de tradições jurídicas diversas.

---

[16] BALKIN, Jack M. Arguing about the Constitution: The Topics in Constitutional Interpretation. Constitutional Commentary, Vol. 33, n.º 145, 2018, p. 145-255.
[17] BALKIN, *op. cit.*, p. 176.

Com relação a adoção do *stare decisis* em sistemas de tradição continental, tem-se escrito bastante no âmbito da teoria dos precedentes judiciais. A proposta deste artigo não é tratar especificamente deste tema, porém é conveniente registrar que a economia de esforços é um atributo normalmente associado à utilização da argumentação por precedentes na prática judicial.[18] Desse modo, ao verificar a utilidade desta técnica para enfrentar as contingências de seus contextos nacionais, a teoria jurídica dos países vinculados à tradição *civil law* percebeu que o raciocínio empregado na aplicação do direito a partir de precedentes não era substancialmente diverso daquele ordinariamente empreendido pelos juízes de tradições codificadas. Não haveria, portanto, uma autonomia metodológica do *commom law* em relação ao direito continental, mas apenas uma diferença de grau, a qual tem sido paulatinamente superada pela proliferação de mecanismos que afirmam a força do direito jurisprudencial.[19]

No que concerne especificamente a este artigo, propõe-se uma abordagem quanto aos outros dois fatores relevantes na aproximação das duas grandes tradições jurídicas ocidentais que são os fenômenos do constitucionalismo e do surgimento de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Nesta abordagem, pretende-se enfatizar a ideia central de que a *techne* tópica já está bastante presente no constitucionalismo contemporâneo e poder útil na compreensão da prática jurídica que se desenvolve atualmente nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, onde o pensamento tópico-problemático é ainda mais presente.

3. Tópica e constitucionalismo

Como se pode observar na explanação desenvolvida anteriormente, a tópica não é apenas uma metodologia para a interpretação de textos normativos, mas uma forma de se pensar a pró-

[18] MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191ss.
[19] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial: justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 93-124.

pria teoria do direito em sua totalidade. Todavia, não obstante a sua amplitude, o pensamento tópico-problemático é comumente tratado na literatura jurídica brasileira como um método da hermenêutica constitucional.[20] Por certo, não se sustenta a compreensão de que o pensamento tópico seja um tipo de raciocínio aplicável apenas ao direito constitucional ou somente uma forma de interpretar o texto das constituições escritas, inclusive porque o pensamento tópico já operava no direito muito antes das constituições modernas surgirem.[21] Contudo, essa quase imediata vinculação da tópica ao direito constitucional é algo sintomático.

De fato, algumas características da proposta da tópica vão ao encontro dos problemas enfrentados pelos constitucionalistas. Em primeiro lugar, porque os ordenamentos constitucionais muito dificilmente podem ser compreendidos como um sistema de normas positivadas coerentes e completas. Ao contrário, os textos constitucionais são normalmente emaranhados de comandos abertos, ecléticos e potencialmente conflitivos entre si. Portanto, as normas constitucionais são melhor compreendidas como um sistema aberto de tópicos constitucionais do que como uma ordenação da qual se deduzirão formalmente comandos de ação para casos concretos.

Para além desta caracterização conflitante, uma segunda característica própria da tópica e que se sobressai nos textos constitucionais é a sua fragmentariedade. Um texto constitucional, em regra, não pretende regular de maneira exaustiva nenhum ramo do direito, porém traça os comandos fundamentais de todas as disciplinas jurídicas. Nesse contexto, percebe-se a constituição escrita como um conjunto de conteúdos selecionados pela comunidade política como sendo de extrema relevância em diversos campos do direito, porém a escolha destas disposições é, em alguma medida, aleatória. Assim, o sistema de normas constitucionais, assim como os catálogos de *topoi*, não ambicionam completude, mas a capaci-

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103ss.

[21] Nesse sentido, Viehweg destaca, enfaticamente, que o método tópico-problemático é subjacente à jurisprudência romana. Ver: VIEHWEG, 1979, p. 45-57.

dade de funcionar como premissas no raciocínio jurídico, ainda que as normas constitucionais se auto-afirmem como premissas de especial relevância.

Uma terceira coincidência relevante é que os constitucionalistas, assim como os pensadores tópicos, enxergam a centralidade da resolução de problemas concretos como um aspecto fundamental de sua prática. Desse modo, mais do que elaborar teorias acerca da sistematização das normas constitucionais, há uma preocupação bastante acentuada acerca do modo como estas normas constitucionais serão empregadas na resolução dos problemas jurídicos da comunidade política. É esta preocupação, situada no nível normativo-operacional, que motivou as grandes discussões acerca do controle de constitucionalidade dos atos infraconstitucionais, sejam eles normativos ou não, e o debate acerca de quem deveria ser "o guardião último da constituição"[22].

Com efeito, juntamente com a teoriazação do constitucionalismo, houve a proliferação de Cortes Constitucionais no mundo ocidental, encarregadas de resolver as *aporias* constitucionais em caráter definitivo. A vinculação entre estes dois fenômenos é tão significativa que a história do constitucionalismo se confunde, em grande parte, com a história dos problemas enfrentados pelas Cortes Constitucionais.

Não há dúvida de que seria bastante difícil para qualquer teórico do direito explicar o desenvolvimento de temas vinculados ao constitucionalismo contemporâneo sem abordar decisões construídas a partir de problemas concretos. Como exemplo, acerca da temática constitucional do direito ao silêncio, é impossível omitir o caso *Miranda vs Arizona*, julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos. Nas discussões sobre conflitos entre os direitos constitucionais à intimidade e à liberdade de expressão, o caso *Lebach*, enfrentado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, é uma referência de fundamental importância. Até mesmo quanto a temas

[22] Para uma discussão sobre o tema, especialmente quanto a polêmica entre Kelsen e Schmitt, ver: SANTOS, Paulo Alves. Controle de constitucionalidade estadual: o caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Revista de Doutrina e Jurisprudência, vol. 108, n.º 1, p. 108-131.

constitucionais mais recentes, como os articulados no âmbito do constitucionalismo latino-americano, há o exemplo da discussão sobre o direito à dignidade das pessoas encarceradas, para o qual o caso da declaração de estados de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana é um paradigma de extrema relevância.

É possível perceber, portanto, que o pensamento tópico proposto por Viehweg, embora não tenha sido direcionado especificamente às discussões constitucionais, apresenta-se de modo consistente como possibilidade de raciocínio nos problemas relevantes deste campo. Roesler[23], observando este problema, põe em discussão se não seria possível classificar Viehweg como um constitucionalista à frente de seu tempo.

Sobre este aspecto, Roesler ressalta que, na obra de Viehweg, o sistema normativo positivado é uma exteriorização concreta de uma "*teoría de base*", de caráter material e altamente valorativo, que funciona como fundamentação última deste sistema e que cumpre a função de identificar, de forma ao menos aproximativa, o que é aceito como justo naquele sistema. Assim, o sistema normativo constitucional se configuraria como um sistema tópico que possui como teoria de base a ideia de direitos fundamentais.[24]

Contudo, a teoria de base presente no constitucionalismo está permeada de direitos, princípios e valores que se colocam em um nível elevado de abstração, funcionando não como soluções definitivas, mas como acordos incompletamente teorizados[25] que dão início à prática constitucional. Por essa razão, assumir um texto constitucional não é uma atitude destinada a solucionar definitivamente os problemas jurídicos, mas a permitir o seu desenvolvimento na resolução de problemas futuros.[26] Desta configuração, é

[23] ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo? DOXA. n.º 29, 2006, p. 295-318.
[24] Ibidem, p. 306.
[25] Esta nomenclatura é retirada de SUNSTEIN, Cass. Constitutional Agreements without Constitutional Theories. Ratio Juris, vol. 13, n. 1, 2000, p. 117-130.
[26] ROESLER, 2006, p. 316.

possível concluir que o sistema constitucional está organizado, desde sua fundação, para ser operacionalizado de maneira tópica.

Uma conclusão semelhante, porém sob a perspectiva da tradição anglo-saxã, é alcançada por Balkin, para quem as formas mais recorrentes de argumentação constitucional são tópicas em sentido aristotélico.[27] Após analisar as modalidades de discurso argumentativo presentes na literatura constitucional dos Estados Unidos da América, tais como as argumentações literal, estrutural, consenquencialista e *etc*, Balkin concluiu que estas modalidade são, em verdade, *topois* largamente difundidos que desempenham três funções fundamentais na operacionalização da prática jurídica constitucional: 1) estabelecer uma linguagem comum que favoreça a persuasão; 2) oferecer um caminho comum para demonstrar que a argumentação jurídica apresentada está conectada com a constituição; e 3) permitir que pessoas com valores, preferências políticas e compromissos teóricos muito diferentes se envolvam em um discurso comum sobre o que é consentâneo e capaz de promover uma constituição à qual todos reivindicam fidelidade. Por fim, Balkin ressalta a onipresença da tópica, salientando que a utilização dos *topoi* constitucionais não significa a adesão a nenhuma teoria de interpretação constitucional específica. Ao revés, os juristas que pretendam construir teorias de interpretação constitucional é que irão inevitavelmente encontrar espaço para desenvolver seus *topoi*, pois esta é a forma que os práticos e teóricos do direito com visões e interesses diversos raciocinam juntos acerca da constituição.[28]

Pela configuração até aqui traçada, demonstra-se que a prática constitucional é eminentemente tópica. Desde a forma de redação dos textos constitucionais contemporâneos, passando pela atuação das Cortes Constitucionais e atingindo a própria teorização acerca da argumentação acerca do texto constitucional, todo o constitucionalismo apresenta-se estruturado para comportar uma prática orientada ao problema, assistemática, pluralista e inventiva, ou seja, uma prática tópica. Esta mesma estrutura, com alguns matizes

[27] BALKIN, 2018, p. 169.
[28] BALKIN, 2018, p. 255.

e de forma ainda mais direcionada à tópica, também se encontra presente nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

4. Tópica e mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos

A passagem do direito constitucional para o direito internacional dos direitos humanos nos transporta para um nível ainda mais fluído de argumentação. Neste novo *locus*, vê-se a reprodução de muitas das cláusulas gerais comumemente encontradas nos textos constitucionais nacionais. Contudo, se no âmbito do Estado-nação há, ainda que de maneira difusa, uma consciência histórico-jurídica compartilhada pelos juristas que pode funcionar como *topos* unificador da leitura do texto constitucional, no campo internacional esta chave interpretativa é perpassada pela discussão acerca do universalismo ou particularismo dos direitos humanos, o que conduz a soluções que podem ser ainda mais imprecisas, como a doutrina da margem de apreciação nacional quantos às cláusulas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos.[29]

Nesse contexto conflitivo, o recurso à tópica não é novidade. Boaventura de Sousa Santos, embora sem fazer referência expressa a Viehweg, resgata o conceito de *topos* e propõe a construção de uma hermenêutica diatópica para afirmação dos direitos humanos.[30] Sua proposta consiste, sinteticamente, na ideia de que o conteúdo dos direitos humanos deve ser construído pela transposição dos *topoi* de uma determinada cultura a outras. Ao realizar esta transposição, cada cultura é desafiada a identificar as limitações deste lugares-comuns prevalentes em seus contextos particulares e, portanto, a sua própria limitação cultural. Assim, citando An-na'im[31], Boaventura Santos quer ressaltar, com a sua proposta de

[29] Para uma crítica à atual doutrina da margem de apreciação nacional em tratados internacionais de direitos humanos, ver: ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Teoría y Realidad Constitucional, n. 20, pp. 117-143, 2007.

[30] SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

[31] AN-NA'IM, Abdullahi A. (org.). Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1992.

hermenêutica diatópica, que a construção de sentido dos direitos humanos não é tarefa para uma pessoa só, escrevendo a partir de uma determinada cultura, mas exige um ambiente efetivamente dialético e avesso a concepções idealizadas, capaz de afastar tentações frequentes como a imperialismo cultural e o epistemicídio.

Para fazer frente a este acréscimo de complexidade decorrente da existência, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, de uma concorrência hermenêutica entre diversas culturas diferentes, verifica-se a existência de duas soluções práticas distintas: 1) a formulação de tratados internacionais, nos quais diferente Estados-parte traçam em comum seu entendimento sobre determinados aspectos dos direitos humanos; 2) a instituição de Cortes Internacionais destinadas a dirimir conflitos que envolvam a interpretação dos direitos humanos em diversos Estados-parte distintos. A segunda solução, de certo modo, é fruto da insuficiência da primeira, assim como a criação de Cortes nacionais para "guardar a Constituição" é decorrência da insuficiência da simples positivação escrita de textos constitucionais.

Com efeito, o fenômeno da positivação de tratados internacionais de direito humanos comunga de algumas características problemáticas do constitucionalismo, como a multiplicidade de acordos incompletamente teorizados nestes textos, a existência comandos potencialmente conflitivos e a fragmentariedade normativa. Portanto, a adoção de um tratado em direitos humanos, assim como de uma constituição escrita, não é mais do que o passo inicial para desencadear uma prática tópica onde efetivamente será construído o sentido das normas nele contidas à vista de problemas jurídicos concretos. Nesse desenvolvimento, as Cortes de Internacionais de Direitos Humanos desempenham um papel fundamental, pois é nesses espaços que se pode construir, de maneira mais concreta e efetiva, um ambiente propício para a hermenêutica diatópica.

De fato, em uma disputa internacional frente a alegadas violações de direito humanos, os Estados são obrigados a assumir

posições concretas, apresentando de forma mais contundente suas posições acerca das cláusulas abertas constantes nos tratados internacionais de direitos humanos. Essa posição concreta, por seu turno, é exposta à toda a comunidade internacional, de modo que os Estados submetidos à jurisdição do Tribunal Internacional podem, a partir da situação em litígio, interpelar suas práticas internas sobre casos semelhantes e valorá-las como adequadas ou não. Por fim, estas posições são colocadas sob o escrutínio de juízes provenientes de formações jurídicas diversas, que acrescentam ao debate *topoi* com matizes variados.

As Cortes Internacionais podem se configurar, portanto, como espaços para a construção do significado dos direitos humanos de maneira tópica e multi-perspectiva, orientando e complementando o projeto constitucionalista que vem sendo desenvolvido nos Estados singulares. É evidente, desse modo, que o estudo das discussões travadas nestes organismos internacionais e o escrutínio acadêmico das práticas nele desenvolvidas deve ocupar papel de destaque na teoria jurídica contemporânea, tarefa para a qual o instrumental oferecido pela tópica e pelas teorias da argumentação jurídica já desenvolvidas podem contribuir de maneira significativa.

De outra parte, não é possível ignorar que as Corte Interacionais são também instâncias que concentram poder político e que, como alertado por Boaventura de Sousa Santos, estes espaços podem ser degenerados de uma perspectiva tópica e multicultural, como aqui proposto, para se tornarem instrumentos de dominação cultural. Este risco de degeneração não diminui a contribuição que a tópica pode oferecer ao campo do direito internacional dos direitos humanos, mas antes o ressalta, em razão de seu potencial para afastar correntes teóricas reducionistas que pretendam enxergar nos direitos humanos um sistema derivado de uma fonte única ocidental e fechado ao confronto dialético.

A fim de ilustrar como a concretização dos direitos humanos nas Cortes Internacionais tem características tópico-problemáticas, passamos à análise de um interessante caso julgado

pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos acerca do *topos* amplamente difundido do direito à fundamentação das decisões judiciais.

5. Um exemplo concreto: o topos da fundamentação das decisões judiciais

A compreensão de que decisões judicias devem ser fundamentadas, especialmente quando importam em constrição de direitos ou constrição de liberdades, é um *topos* fundamental do constitucionalismo moderno, estando diretamente relacionado com a ideia de limitação do poder estatal e de tratamento não arbitrário.[32] A fundamentação das decisões judiciais é também compreendida como um direito humano presente em variados instrumentos internacionais de proteção do direitos humanos.

De fato, a Corte Americana de Direitos Humanos assentou que o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma das *devidas garantias* contidas no art. 8º da Convenção Americana, a qual exige que sejam demonstrados quais foram os fatos, motivos e normas em que se baseou a autoridade para tomar sua decisão (Caso García Ibarra e outros *vs.* Equador). De igual modo, a Corte Europeia de Direitos Humanos compreende que o direito a um *fair trial*, previsto no art. 6º da Convenção Europeia sobre o tema, impõe que as decisões dos tribunais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam (Caso H. *vs.* Bélgica). Também no âmbito da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos está estabelecida a necessidade de que a fundamentação das decisões judiciais, especialmente as de caráter penal condenatório, possuam fundamentação substancial, em decorrência do disposto do art. 7º da Carta Africana de Direitos Humanos (Caso Alex Thomas *vs.* Tanzânia).

Contudo, como determinar o que é uma decisão judicial fundamentada? Os problemas possivelmente decorrentes deste direito são tão inúmeros e imprevisíveis que não há como discipliná-los em um texto constitucional ou tratado internacional. A

[32] AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. DOXA, n. 24, p. 429-458, 2001.

definição de seu conteúdo é, desse modo, delegado para um espaço de discussão tópico-problemática mais concreto, onde as nuances do problema e as implicações deste acordo completamente teorizado serão mais bem definidas, como fez a Corte Africana de Direitos Humanos no caso Mohamed Abubakari *vs* Tanzania.[33]

Mohamed Abubakari foi condenando na República da Tanzânia a uma pena de 30 anos de prisão sob a acusação de haver praticado o crime de roubo com utilização de arma de fogo. Em suas razões perante a Corte Africana de Direitos Humanos, Abubaraki sustentou, entre outras as violações, que a sentença que o condenou não foi adequadamente fundamentada, pois: a) utilizou como elemento de convicção o testemunho de uma única pessoa, com várias contradições, sem a realização de nenhum reconhecimento pessoal; b) o *álibi* apresentado pela defesa não foi considerado com seriedade na decisão; e c) o fato de que os instrumentos e os objetos do crime não foram encontrados em seu poder também não foi considerado com seriedade na decisão.

Em sua defesa, a República da Tanzânia invocou, preliminarmente, a impossibilidade de uma Corte Internacional sindicar as provas utilizadas para fundamentar a condenação do postulante, sob pena de funcionar como um tribunal de apelação contra a decisão jurisdicional interna. Porém, a objeção do Estado foi rechaçada pela Corte, que afirmou a sua competência para examinar "se os procedimentos perante os tribunais nacionais estão de acordo com os padrões internacionais estabelecidos pela Carta Africana ou outros instrumentos de direitos humanos aplicáveis", assim como para verificar "se a consideração da evidência pelo juiz nacional se deu em conformidade com a exigência de *fair trial* de acordo com o Artigo 7 da Carta Africana".

Ao ingressar no mérito das alegações, a Corte Africana estabeleceu que a não apreensão dos instrumentos e da arma do crime não implica necessariamente na ausência de fundamentação

[33] Íntegra da decisão disponível em: http://en.african-court.org/index.php/55-finalised-cases-details/860-app-no-007-2013-mohamed-abubakari-v-united-republic-of-tanzania-details. (Acesso em maio/2019).

da condenação, a qual pode ser estabelecida com base em outras evidências. Todavia, a Corte identificou diversas incertezas que não foram devidamente esclarecidas no curso do processo judicial conduzido pelo Estado, não havendo a decisão condenatória afastado consistentemente as diversas possibilidades de erro presentes no caso, especialmente quanto à determinação da autoria do delito. O Tribunal Internacional conclui, igualmente, que o Estado não investigou de maneira adequada o *álibi* apresentado e que esta defesa foi desconsiderada pelo judiciário nacional.

Por essas razões, entre outras também admitidas pela Corte Africana, decidiu-se pela responsabilização internacional da República da Tanzânia em razão da violação do do direito do postulante a um julgamento justo, determinando-se, entre as medidas de reparação, que o Estado adote providências para possibilitar a restituição da liberdade do postulante e outras medidas para eliminar as consequências das violações constatadas, restabelecer a situação pré-existente à condenação e restituir os seus direitos.[34]

Como se percebe neste exemplo, a Corte Internacional retira a ideia de um julgamento justo do nível altamente abstrato presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, avançando na definição do conteúdo material deste direito. Além disso, por se tratar de caso em que estava em julgamento a legitimidade do exercício do *jus puniendi* pelo Estado, uma discussão sobre o tema restrita apenas ao âmbito nacional correria o risco de ser capturada pelo próprio interesse estatal e pela tendência de cada sociedade em considerar a sua própria prática como suficientemente boa e completa.[35]

---

[34] As medidas de reparação foram esclarecidas em sentença interpretativa proferida pela Corte Africana em setembro/2017. O texto, na íntegra, pode ser consultado em: http://en.african-court.org/index.php/55-finalised-cases-details/1002-app-no-002-2017-interpretation-of-judgment-of-3-june-2016-mohamed-abubakari-v-united-republic-of-tanzania-details. (Acesso em maio/2019).

[35] Ao superestuimar suas próprias práticas, uma determinada sociedade perde de vista que "*os* topoi *de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem*" e que "*o reconhecimento de incompletudes mútuas é condição* sine qua non *de um diálogo intercultural*" (Santos, 1997).

Porém, uma vez lançados em uma análise tópico-problemática na instância internacional, os *topoi* jurídicos do Estado demandado acerca do tema em debate são postos sob questionamento e confrontados com parâmetros multiculturais, em uma dialética do qual resulta um comando muito mais tangível que as considerações genéricas dispostas na Carta Africana. Esta distinção da atuação tópica consiste exatamente na diferença entre afirmar o direito a um julgamento justo, como dizem os tratados internacionais de direitos humanos, e a afirmar o direito de ter um *álibi* considerado com seriedade, como fez a Corte Africana de Direitos Humanos. Este concretiza materialmente o sentido do disposto naquele.

Da dinâmica exposta no caso apresentado ressaem algumas conclusões relevantes. Primeiramente, sob o ponto de vista pragmático, verifica-se o inegável caráter tópico-problemático da definição do significado dos direitos humanos, tarefa na qual a atuação da Cortes Internacionais é de extrema relevância.

Em segundo lugar, em uma perspectiva acadêmica, há um estímulo para que se descentralize a atenção da teoria do direito do campo da negociação e formulação de tratados em direitos humanos pelos Estados para o campo de sua aplicação e dos litígios travados nos organismos internacionais que os aplicam.

Em terceiro lugar, considerando-se aspectos práticos, há a necessidade do desenvolvimento de mecanismos que assegurem que o espaço dialético dos organismos internacionais judiciais de proteção aos direitos humanos não seja deturpado por concepções jurídicas hegemonistas. Entre estes mecanismos a serem desenvolvidos, urge a elaboração de uma teoria da argumentação adequada ao debate tópico-dialético das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que seja capaz de auxiliar tanto os juízes destes órgãos supranacionais quanto os Estados e postulantes que a eles se submetem.

6. Perspectivas

Com este artigo, propõe-se uma possível articulação entre os fenômenos do ressurgimento da tópica na prática jurídica no período do segundo pós-guerra, da expansão do constitucionalismo e da difusão de mecanismos internacionais de direitos humanos. A vertente comum agregadora destas três tendências seria a necessidade de oferecer limitações à ideia de supremacia da lei como conteúdo último do direito.

Nesse sentido, ressaltou-se a preocupação de Theodor Viehweg em combater a tese da separação estrita entre as razões secundárias (positivadas) e as razões primárias (transpositivas) do empreendimento jurídico. Esta preocupação está refletida, em alguma medida, nos textos constitucionais contemporâneos, que incorporaram princípios e cláusulas abertas repletas de conceitos valorativos cujo conteúdo não pode ser definido *a priori* e que não se amoldam a um tipo de raciocínio lógico-dedutivo.

Os textos constitucionais se apresentam, portanto, como um catálogo de *topoi*, lugares comuns não completamente teorizados que dão início a uma prática tópico-problemática. Nessa prática, a resolução de problemas concretos, tarefa especialmente desenvolvida pelas Cortes Constitucionais, ocupa lugar de destaque.

Estas considerações referidas ao constitucionalismo no âmbito interno são extensíveis, no âmbito internacional, aos mecanismos supranacionais de proteção aos direitos humanos. Contudo, a prática internacional apresenta complexidades específicas, como a necessidade de lidar com um nível ainda maior de abstração e fragmentariedade, bem como o desafio de impedir que estes mecanismos, especialmente as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, percam seu caráter de ambiente para a discussão pluralista e se convertam em instrumentos de dominação cultural.

Este desafio exige uma abordagem em diversos níveis. No campo da argumentação jurídica, é possível uma contribuição relevante a partir de uma associação entre a tópica, as teorias da argumentação presentes no atual estado da arte e as demandas específi-

cas da prática desenvolvida nas Corte Internacionais de Direitos Humanos.

7. *Referências bibliográficas*

AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. DOXA, n. 24, p. 429-458, 2001.

AN-NA'IM, Abdullahi A. (org.). Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BALKIN, Jack M. Arguing about the Constitution: The Topics in Constitutional Interpretation. Constitutional Commentary, Vol. 33, n.º 145, 2018.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, n° 15, dez/2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial: justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. Tópica e argumentação jurídica. Revista de Informação Legislativa. Ano. 41, n. 163, Brasília, jul./set. 2004, p. 155.

CARNEIRO, Cristiane de Andrade Lucena. Economic sanctions and human rights: an analysis of competing enforcement strategies in Latin America. Revista Brasileira de Política Internacional, v. 57, n. 1, p. 197-215, 2014.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O Estado, segundo do direito internacional. Cosmopolitan Law Journal, v. 1, n. 1, p. 77-94, dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. ROESLER, Claudia. A recepção da tópica ciceroniana em Theodor Viehweg. Revista Direito & Práxis. Vol. 06, n.º 10, 2015, p. 26-48.

ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Teoría y Realidad Constitucional, n. 20, pp. 117-143, 2007.

ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo? DOXA. n.º 29, 2006, p. 295-318.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

SANTOS, Paulo Alves. Controle de constitucionalidade estadual: o caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Revista de Doutrina e Jurisprudência, vol. 108, n.º 1, p. 108-131.

SUNSTEIN, Cass. Constitutional Agreements without Constitutional Theories. Ratio Juris, vol. 13, n. 1, 2000, p. 117-130.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

_____. Tópica y filosofía del Derecho. Tradução de Jorge M. Seña. 2.ª Edição. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

14. PERSPECTIVAS DA INTEGRAÇÃO NORMATIVA DERIVADA DO DIÁLOGO TRANSNACIONAL ENTRE JUÍZES

Ana Maria D´Ávila Lopes[1]
Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior[2]

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Diálogos transnacionais entre juízes em tempos de globalização. 3. Integração jurídica por meio do diálogo transnacional entre juízes. 4. Conclusão. 5. Referências

1. Introdução

As transformações provocadas pela globalização não se têm limitado ao âmbito econômico ou político, mas têm também incidido no campo jurídico, alterando a compreensão de muitos dos tradicionais conceitos e concepções, a exemplo do papel dos juízes, diante das limitações dos ordenamentos internos aos quais estão vinculados, para resolver problemas complexos, como as violações dos direitos humanos. Não há dúvida que se está perante uma nova realidade jurídica, que demanda uma análise crítica sobre seus repercussões. Desse modo, objetiva-se, por meio do presente trabalho, discutir os contornos e alcances da integração normativa derivada do diálogo transnacional que vem sendo praticado entre os juízes das cortes internacionais e entre estes e os juízes nacionais, como forma de compartilhar soluções por eles encontradas para resolver problemas comuns, especialmente no que se refere às violações de direitos humanos.

[1] Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2. (anadavilalopes@unifor.br).
[2] Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista PIBIC/CNPq. (haroldojunioor@hotmail.com).

Com essa finalidade, foi realizada pesquisa na doutrina, legislação e jurisprudência nacional, estrangeira e internacional, cujos resultados sintetizam-se em dois tópicos. Assim, no primeiro tópico serão abordados os alicerces teóricos dos diálogos transnacionais entre juízes, assim como alguns empecilhos estabelecidos para a efetiva troca de experiências, como a manutenção de perspectivas nacionalistas do Direito, alheios à realidade global. Já no segundo tópico, dar-se-á ênfase à integração normativa transnacional decorrente do diálogo transnacional entre juízes, desenvolvido de forma articulada com a doutrina do controle de convencionalidade com o fito de consolidar parâmetros jurisprudenciais de proteção aos direitos humanos.

2. *Diálogos transnacionais entre juízes em tempos de globalização*

O cenário de entrecruzamento de várias ordens jurídicas, principalmente em torno de problemas comuns, como os representados pelos direitos humanos e sua efetiva proteção, exige uma aproximação entre seus atores para oferecer respostas coerentes e harmônicas para tais dificuldades partilhadas. Atitudes colaborativas permeiam a nova configuração global, em razão das quais a coordenação entre suas tendências é uma de suas marcas (HELD; MCGREW, 2001).

Entre as possibilidades abertas pela globalização e pela internacionalização do Direito está a reordenação de como os juízes articulam-se entre si para além das fronteiras estatais. Uma vez que a própria razão ínsita ao ser humano pode ser considerada falível, a partir de uma interação com o próximo é possível diminuir os riscos desse erro ao alargar as perspectivas de análise de um certo caso. Deve-se, pois, sair da menoridade de que falava Kant, ou seja, a incapacidade de livrar-se de certos preconceitos e tornar-se receptivo a visões distintas. "[...] Aquele que possui 'um modo de pensar alargado' 'ignora as condições particulares subjetivas do juízo, onde tantos outros se encontram como que presos, e a partir de um *ponto de vista universal* [...] reflete sobre seu próprio juízo'. [...]" (NOUR, 2004, p. 81).

A temática comum dos direitos humanos viabiliza tais diálogos, na medida em que uma nova cultura jurídica de proteção aos mesmos vem se consolidando a nível internacional, estabelecendo um padrão comunicativo mínimo que propicia essa interação (BITTAR, 2013). Nesse sentido, o fenômeno pós-nacionalista é uma marca da contemporaneidade ao estimular meios integrativos para superar os condicionamentos nacionais, tornando abertas à reflexão as tradicionais formas de identificação individual. Uma suposta visão nacional do Direito – que, para Burgorgue-Larsen (2010) pode esconder um nacionalismo jurídico "preso" aos fatores globais – deve, portanto, ser afastada a fim de estimular o diálogo judicial como meio para atender a essa nova realidade.

Não obstante sua relevância, a doutrina dos diálogos transnacionais enfrenta resistências consideráveis no cenário nacional institucional e mesmo teórico. Falar em diálogos implica necessariamente uma aproximação, através de vínculos já existentes ou criados para que se possa avançar em tal interação. Todavia, em termos de poder, essa abordagem pode significar um desconforto para as autoridades nacionais, uma vez que a busca por soluções comuns pode resultar, muitas vezes, na incorporação de decisões tomadas por um tribunal estrangeiro, com suas peculiaridades e circunstâncias próprias, a princípio estranhas à realidade nacional (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015).

Outro dos obstáculos gira em torno de certos postulados constitucionais, tais como a hierarquia normativa e a consequente superioridade da constituição, além da carência de legitimidade advinda de tais interações (CONI, 2006), haja vista não estarem legislativamente previstas. Sendo a constituição erigida após a deliberação de um poder constituinte, manifestação da vontade popular, sob qual fundamento os juízes podem aplicar dispositivos normativos existentes para além da sua ordem constitucional democraticamente construída? Questiona Francisco Ansuátegui Roig (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015) se o critério de validez de uma decisão judicial dever-se-ia restringir exclusivamente ao Direito interno

Analisando tais empecilhos teóricos aparentes ao diálogo entre juízes, em razão da posição superior que a constituição ocupa em um determinado ordenamento jurídico e de ser o fundamento de validade de todas normas infraconstitucionais, observa-se que os juízes, na solução dos casos que lhes são submetidos, devem interpretar as normas em conformidade com a constituição, atuando sempre nos estritos limites por ela impostos. Caso atuem no sentido de ir além de tais competências, estarão usurpando funções que não lhes são próprias nem permitidas, como a feitura de disposições normativas, violando, pois, um dos princípios basilares do Estado de Direito, qual seja, a separação dos poderes.

Este é o motivo pelo qual se teme um possível "governo dos juízes", no qual estas autoridades teriam a si arroladas tão amplas prerrogativas e funções que desvirtuariam até mesmo a própria essência de um governo democrático, a vontade majoritária, que se vê representada por indivíduos eleitos periodicamente e responsáveis perante o povo (DWORKIN, 2000). No caso dos juízes, alheios a qualquer compromisso e responsabilidade política em face do povo, haja vista não terem sido submetidos ao escrutínio popular, questiona-se quais as medidas que poderiam ser utilizadas para responsabilizar os mesmos. Tal inquirição, entretanto, foge aos escopos deste trabalho, sendo apresentada apenas para ilustrar uma das tensões que frequentemente emerge nas democracias modernas.

A questão foco do presente trabalho é como superar esses obstáculos em torno da atuação dos juízes nessa nova realidade globalizada. A soberania estatal vem se deparando com novos atores internacionais que atuam tanto nesse âmbito, quanto na dimensão nacional, assumindo compromissos de ordem transnacional. Além disso, a crescente celebração de tratados entre os diversos países, que após serem ratificados tornam-se normas internas, tem alargado as obrigações das autoridades nacionais, exigindo-se delas uma atuação em conformidade não apenas com a própria constituição, mas também para com as normas internacionais. Deixa de fazer sentido, portanto, a posição de apenas levar em consideração

a ordem interna e deixar de lado o que ocorre no cenário internacional (CUNHA; GUERRA, 2015).

Na atuação judicial, reforça-se a ideia de que os juízes devem manter-se conformes as disposições normativas que os vinculam, entre as quais devem ser incluídos os compromissos internacionais assumidos pelo Estado, como os tratados referentes aos direitos humanos. Desse modo, os juízes devem, na verdade, atuar como principais garantes da aplicabilidade dos mesmos em solo interno, mantendo-se fiéis a tais compromissos e assumindo um protagonismo na identificação de um patrimônio jurídico compartido (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015).

Todavia, para além dessa questão de aplicação normativa, uma análise mais substancial sobre um efetivo o diálogo entre juízes deve ser realizada. Isso porque a incorporação dos tratados de direitos humanos exige a interpretação das normas que os compõem, como aquelas provenientes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em cujo caso, a interpretação dada pelo seu principal intérprete, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), incorpora-se substancialmente a tais disposições (NASH ROJAS, 2013) e, consequentemente, abre ainda mais as possibilidades de diálogo com as autoridades nacionais.

Esse tipo de diálogo vem se tornando cada vez mais frequente. Juízes nacionais vêm incorporando trechos ou mesmo indicações de julgados realizados em outras realidades nacionais ou em órgãos supranacionais, a exemplo da CorteIDH. Nesse ponto, o que os juízes fazem não é incorporar uma determinada lei na sua decisão, mas, a partir do diálogo, introduzem a solução de um caso semelhante adotada por uma corte internacional, por meio de ideias ou teorias constitucionais (SILVA, 2010).

Em tal processo, a presença de determinadas normas internacionais de caráter amplo, gerais quanto ao seu conteúdo, facilita esse modo de atuação, principalmente quando se tem em mente as normas que versam sobre direitos humanos. Sendo majoritariamente abstratas e principiológicas, sua aplicação depende da concretização realizada pelos juízes. Contudo, dada essa própria inde-

terminação, tais autoridades podem se deparar com situações nas quais sejam de extrema dificuldade precisar qual é o conteúdo das mesmas para certos casos específicos. Ora, se estas normas possuem, como característica básica, a universalidade, fruto da dignidade inerente a todos os seres humanos, por que tais juízes não poderiam aprender e retirar do exterior determinadas soluções de casos semelhantes? Segundo Francisco Ansuátegui Roig: "[...] tomarse en serio la universalidade de los derechos implica el reconocimiento de la posible validez y aplicabilidad de argumentos y razones generados en otras jurisdicciones en las que los derechos también son reivindicados [...]" (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015, p. 7).

É evidente, porém, que cada sociedade possui seus próprios valores e sua própria cultura, que deve ser preservada. Entretanto, em face de situações nas quais os direitos humanos sejam violados, há que se empreender esforços no sentido de proteger aquele indivíduo que teve seus bens jurídicos afrontados. Nestes casos, as soluções semelhantes devem ser buscadas, embora, quando da recepção das mesmas, a mera passividade, sem um olhar crítico, também não é aconselhável, dado que essa sociedade pode apresentar certas peculiaridades que, mesmo não violando direitos humanos, pode entrar em conflito com alguns aspectos dessa decisão (MARINHO; SILVA, 2014). Este é um problema ínsito a tais normas principiológicas, que requerem uma análise crítica apurada quando da sua aplicação em caso de conflitos.

No que tange à dificuldade em razão da tensão entre uma democracia representativa e a atuação dos juízes, a questão perpassa pelo comprometimento destas autoridades aos limites no qual devem atuar e a consideração que eles possuem sobre a cultura jurídica do seu próprio país, cientes dos princípios que fundamentam a sua constituição (DWORKIN, 2010). O Poder Judiciário deve atuar a fim de solucionar casos em conformidade legal e manter certas disposições normativas infraconstitucionais em adequação com a constituição. Nesse papel, estão legitimados não em decorrência de um escrutínio popular, mas sim em virtude da sua

capacidade e preparação intelectual para desempenhar suas funções a contento, que exigem tal nível de preparo.

Ambas as dificuldades acima, como visto, estão intimamente relacionadas com a cultura jurídica de uma determinada sociedade e novas fontes de legitimidade democrática. Mesmo a democracia deve ser pensada em articulação com a nova configuração global, sendo necessária uma discussão sobre o princípio democrático, a partir do qual, só os representantes eleitos pelo povo podem decidir em nome dele. Nesse aspecto, Ronald Dworkin tece críticas ao argumento central da suposta tensão entre democracia e a atuação dos juízes:

> Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante o poder político especial a quem os gere. [...] Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais que são, enquanto grupos, mais poderosos. [...] Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. [...] (DWORKIN, 2000, p. 31).

Democracia não se restringe a decisão por maioria, tendo em vista as maiorias poderem ignorar os direitos das minorias, exigindo-se dos tribunais constitucionais o exercício da sua competência contramajoritária. Cristaliza-se, pois, a noção de que uma democracia não se define apenas pela ideia de maioria, implicando também o respeito aos direitos humanos, que, inclusive, oferece os limites dentro dos quais a regra majoritária pode atuar (GARCÍA JARAMILLO, 2016).

Tem-se, assim, uma possível desvinculação das decisões judiciais ao âmbito territorial no qual estes juízes atuam. Retirando o fundamento de validade de suas decisões nos tratados ratificados, o peso de suas decisões passa a deslocar-se muito mais para a sua força argumentativa, lançando mão de argumentos provenientes do

cenário internacional, embora paralelamente com respeito ao ordenamento ao qual estão submetidos. Assim: "[...] esta superación de la conexión territorio-Derecho implica la correlativa superación de un 'particularismo constitucional' vinculado a la reducción de todo el Derecho a la ley soberana [...]" (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015, p. 6).

Nesse aspecto, o que Eduardo Bittar (2013) chama de personalidade cosmopolita passa a ser um dos elementos necessários dessa integração jurídica mais ampla, tratando-se, para Burgorgue-Larsen (2010) como um sinal dos tempos modernos. Requer-se, portanto, o reconhecimento de que o pensamento alheio pode ter a possibilidade de retificar o próprio, em busca de uma solução através de um diálogo, fugindo de um provincianismo de restrita perspectiva, entendendo o diálogo como um processo de transformação (BITTAR, 2013). Esse diálogo, fundado na universalidade dos direitos humanos e mesmo impulsionando tal característica, estimula uma compreensão da realidade global para além das particularidades locais, evidenciando uma abertura de espírito necessária para a proteção de tais bens jurídicos. Deve-se, tal como foi proposto por Anthony Giddens (2007) acerca das tradições, encará-las sob o ponto de vista crítico e reflexivo, pondo ao escrutínio de um emergente opinião jurídica global. Como salienta Miguel Carbonell:

> Lo cierto es que hay una "circulación mundial" de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una "propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional". Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de "sociedad abierta de la justicia constitucional", la cual puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la Justicia convencional (CARBONELL, 2012, p. 89).

Na teoria habermasiana, as interações comunicacionais em ambientes democráticos permite a construção de uma identidade

cosmopolita que define os critérios de legitimidade decorrentes. Embora Habermas (2002) esteja com o olhar voltado para a produção normativa proveniente dessa interação, muitos alicerces de sua teoria podem ser transplantadas para o diálogo entre juízes, na medida em que a interação entre os mesmos também confere legitimidade a suas decisões se inseridas em uma realidade mais ampla de globalização, na qual esses contatos tornam-se imperativos, principalmente quando tal diálogo visa a concretização dos direitos humanos.

Para tornar esse diálogo mais efetivo, é necessário começar pela própria formação profissional destes sujeitos. Com a globalização, aliás, as interações já começam no ambiente universitário, no qual povos dos mais diversos países estão interagindo a nível crescente, principalmente nos grandes polos de formação. A amplitude das visões perpassa por esse cenário no qual o contato com o próximo torna-se mais profícuo, compartilhando experiências e indo além de um debate que utiliza os mesmos referenciais teóricos e conceitos. O fortalecimento da comunidade acadêmica, através de discussões e análises críticas das decisões proferidas em outras ordens constitucionais, é percebido como meio idôneo para a ampliação desse diálogo.

Há que se buscar, ademais, a contextualização dos ramos jurídicos com o cenário global no qual estão inseridos. Nesse papel, adquire destaque o ramo do direito internacional, que pode ser visto como o veículo de tal relação. A abertura a outras realidades também deve ser estimulada, introduzindo no país o conhecimento de outras perspectivas (SILVA, 2010). No plano linguístico, embora existam críticas quanto ao uso do inglês como língua de dominação dos países de tradição anglo-saxônica, seu papel instrumental enquanto símbolo de comunicação global apresenta inegáveis facilidades práticas nesse intuito de diálogo neste nível. Se, em termos substanciais, as normas de direitos humanos apresentam o conteúdo comum cada vez mais partilhado entre as diversas tradições jurídicas, esse canal comunicativo perpassa pelo uso de uma língua que seja de entendimento geral.

3. Integração jurídica por meio do diálogo transnacional entre juízes

A integração entre os países em instituições supranacionais vem ocorrendo em várias regiões ao longo do planeta. Essa tendência pode ser percebida como uma tentativa de enfrentar as dificuldades inerentes à globalização, assim como de buscar aproveitar as potencialidades que a mesma engendra. Os Estados estão cedendo parcelas de sua soberania para tentar se adequar a este novo cenário, o qual possui implicações diretas para os direitos humanos, uma vez que a questão sobre as competências entre as diversas entidades para protegê-los exige uma devida compreensão dessa realidade.

Na Europa, o processo de integração vem sendo gerido no intuito de superar as tradicionais rivalidades entre seus países de modo a construir uma ordem supranacional, cujo escopo é a manutenção da paz e o desenvolvimento das suas potencialidades econômicas, como visto no início deste trabalho. A União Europeia, instituída em 1992 com o Tratado de Maastricht, representa o ápice desse desenrolar, tendo como antecedentes mais próximos a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), de 1951, e a Comunidade Econômica Europeia (CEE), de 1957. Fruto, originariamente, da tentativa de conciliação franco-germânica, tradicionais rivais no plano político europeu, estas primeiras organizações tornaram-se, já em seus primeiros atos, abertas a outros integrantes.

Para Mireille Delmas-Marty (2004), a Europa constitui uma experiência, ou um "laboratório", ainda parcialmente integrado e, simultaneamente, caótico devido, principalmente, a que não todos os países do continente integram a União Europeia, situação agravada diante dos nacionalismos latentes, que, nas últimas décadas, vêm se manifestando em vários países, reforçando velhos estranhamentos. Para enfrentar essa situação e manter o equilíbrio entre os países membros da União Europeia e os não membros, tem-se recorrido ao compartilhamento de diversas estruturas jurídicas já existentes ou tem-se criado novas a fim de fixar as com-

petências de cada ator nesse cenário. Assim, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), de 1950, tem se tornado o documento base de proteção dos direitos humanos de ambos sistemas.

> O que mostram as primeiras experiências europeias é a possibilidade de uma harmonização de sistemas jurídicos diferentes, nacionais e supranacionais, que se distingue da unificação por não impor uma estrita hierarquia, logo, uma estrita identidade das normas. Daí a possibilidade de conceber um espaço normativo feito de vários conjuntos, uns perfeitamente ordenados, outros parcialmente, outros ainda não ordenados. [...] (DELMAS-MARTY, 2004, p. 288).

Essa interação entre os dois sistemas protetivos dos direitos humanos vigentes na Europa, tendo por órgão central a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH), intérprete da CEDH, tem propiciado uma rica confluência entre essas duas ordens. Com o Tratado de Lisboa, assinado em 2009, essa aproximação consolidou-se, resultando no compartilhamento de experiências entre os dois tribunais protetivos de direitos humanos, representando um importante momento histórico e simbólico dos novos tempos (DEITOS, 2013).

Foi essa experiência que, de acordo com Marinho e Silva (2014), é considerada a origem dos diálogos entre cortes. Observe-se que esse diálogo foi adotado com a finalidade de evitar as possíveis incoerências que pudessem advir de uma estrutura europeia bastante intrincada, com dois órgãos judiciais atuando, além das cortes constitucionais de cada país.

Todavia, os esforços para consolidar uma integração político-normativa entre os diversos Estados em torno de entidades supranacionais, que possuem sua importância própria, outras possibilidades de integração também são possíveis, entre as quais se destaca aquela propiciada pelo diálogo entre juízes. Através dela, a troca de conhecimentos e de experiências possibilita uma aproximação entre as entidades supranacionais com base em um escopo comum de proteção aos direitos humanos, em um cenário pós-

nacional, sem a exigência de procedimentos formais-institucionais necessários para tanto.

Girando em torno dessas normas, que representam tanto o ponto de partida quanto o ponto de chegada, essa modalidade de integração é denominada por Luiz Guilherme Conci (2015) como substancial, em oposição à integração formal, como a empreendida pelo Mercosul, na qual se exige uma série de procedimentos necessários para consolidá-la. Para a integração substancial, o que se torna central são os elementos discursivos, capazes de influenciar os seus diversos participantes no intuito de gerar alimentações argumentativas recíprocas. No entanto, qualquer seja a modalidade de integração – formal o substancia - não se olvida da necessidade de, segundo o autor, o respeito às cláusulas democráticas cada vez mais presentes, não só no Mercosul quanto, também, na União Europeia. Sem o respeito à democracia e aos direitos humanos, portanto, não se permite o ingresso às entidades supranacionais, ou, mesmo após inserido, corre-se o risco de ser suspenso ou expulso caso não se adeque a estes condicionantes.

Embora a soberania ainda seja uma noção bastante presente na vida política nacional, novas circunstâncias globais exigem sua readequação, a fim de se adequarem às mesmas. Nesse ponto, os diálogos judiciais transnacionais propiciam essa nova adequação com base em uma visão colaborativa, capaz de construir princípios gerais de aplicação comum em todos os Estados[3] (DELMAS-MARTY, 2004).

No cenário do continente americano, estes princípios possuem uma rica fonte, que vem expandindo a proteção dos direitos humanos. Trata-se da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), que tem fixado parâmetros internacionais a serem seguidos pelos Estados que reconhecem a competência contenciosa desse órgão. Através da doutrina do controle de convencionalidade, a CorteIDH vem exigindo a conformação

[3] Essa harmonização, aliás, de acordo com a autora, seria preferível a uma unificação, entendida esta como a criação de um Direito único a ser observado por todos os Estados, muitas vezes teorizado em conjunto com a criação de um Estado Mundial.

do ordenamento jurídico interno em relação não apenas às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mas também da jurisprudência desenvolvida por este órgão (LOPES; CHEHAB, 2016), tornada obrigatória e alterando, inclusive, as noções de legalidade e supremacia constitucional para incorporar a noção de convencionalização do ordenamento jurídico interamericano (GARCÍA JARAMILLO, 2016).

Perante esse panorama, pensar na integração supranacional a partir de confluências de ideias em torno dos direitos humanos requer, antes, a análise de como esse diálogo e essa construção conjunta do conteúdo dessas normas pode ser efetuado, de modo a conferir legitimidade ao seu produto. Para Bittar, o funcionamento do que ele chama de justiça pós-nacional necessita que "[...] a consciência cosmopolita e a cultura do respeito aos direitos humanos [...] estejam fundados na ideia de que a comunidade de riscos comuns da humanidade foi lançada a desafios comuns, que somente poderão ser vencidos por esforços comuns. [...]" (BITTAR, 2013, p. 119).

Nesse ínterim, a figura do bloco de convencionalidade – conjunto de decisões e de documentos internacionais protetivos de direitos humanos – apresenta o conjunto de parâmetros a partir dos quais essa compatibilização poderá ser efetivada (FERRER MAC-GREGOR , 2014). Se se considera que a CADH constitui o "código interamericano de direitos humanos" (PIOVESAN, 2012), nada mais lógico que considerar em conjunto com este código o conjunto de decisões que conferem o sentido de suas disposições, conduzidas pela sua intérprete legítima, a CorteIDH.

Embora seja de cunho obrigatório, ou seja, os Estados devem manter conformidade com os entendimentos jurisprudenciais da CorteIDH, esta figura também pode apresentar-se como um guia interpretativo que, como tal, indica o caminho a ser seguido para uma plena proteção aos direitos humanos. Impende, todavia, que outros atores possam participar da elaboração do mesmo, afastando uma imposição unilateral das decisões tomadas a nível

supranacional e a visão de "tudo ou nada" que Jorge Contesse atribui à atuação da CorteIDH:

> Lo que el presidente de la Corte parece no advertir es que sus opiniones translucen no tanto una ideia de diálogo de dos (o más) vías, sino una suerte de monólogo unidimensional, desde la Corte hacia los tribunales domésticos. Si hay diálogo, entonces las dos partes debieran tener igual derecho a participar y los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia. [...]. (2013)

Em relação a este ponto em específico, cabe fazer algumas considerações sobre sua compatibilidade com o próprio fundamento do controle de convencionalidade, qual seja, a obrigatoriedade dos Estados manterem conformidade não apenas com os tratados incorporados, mas também com a jurisprudência produzida pela CorteIDH. Para Burgorgue-Larsen (2010), o que se verifica no continente americano não é bem um diálogo, e sim uma concordância dos tribunais nacionais para com o internacional, assim como para Virgílio Afonso da Silva (2010), para quem esse diálogo deve ser livre e espontâneo, ocorrendo no âmbito da argumentação. Nesse sentido, como seria possível a conciliação entre esse caráter impositivo e esse suposto papel de guia interpretativo? Estaria enfraquecida a posição de intérprete desse tribunal e, por conseguinte, o próprio fundamento desse tipo de controle, através de um relaxamento da obrigatoriedade de conformação jurisprudencial?

Esse papel de guia interpretativo pode ser utilizado pelos juízes nacionais como um instrumental no estabelecimento do diálogo com a CorteIDH. Partilhando desse entendimento, solidificado a nível internacional, várias autoridades nacionais passariam a ter acesso ao mesmo e, a partir dele, poderiam encontrar um canal comunicativo compreensível para todos, sem esquecer que, enquanto intérprete da CADH, a CorteIDH possui a legitimidade necessária para iniciar esse diálogo.

Não se questiona, então, tanto a decisão da CorteIDH, mas sim o processo pelo qual chegou-se à mesma. É o seu caráter di-

alógico, que afasta qualquer imposição, que legitima o processo. A ênfase da questão, portanto, não deve recair sobre a hierarquia das diversas ordens jurídicas, mas sobre o fomento de uma comunidade de valores partilhados e vistos como legítimos pelos seus integrantes, baseada "[...] en la persuasión y en la autoridad de los argumentos, más que en la imposición de la autoridad institucional. [...]" (ANSUÁTEGUI ROIG, 2015, p. 14).

Uma vez que as decisões da CorteIDH possuem efeitos gerais, ou seja, seu entendimento sobre um determinado caso vincula não apenas às partes, mas também a todos os Estados que reconhecem sua competência contenciosa, é de se ressaltar que tal diálogo passa a ser ainda mais buscado, na medida em que, por meio da análise de tais decisões, um Estado pode atuar no sentido de manter conformidade com a mesma, ou com a interpretação então resultante, a fim de ajustar seu próprio ordenamento jurídico, atuando preventivamente para evitar a responsabilização na seara internacional (HITTERS, 2013).

Os juízes nacionais, portanto, embora conservem suas clássicas funções de preservar o respeito às normas jurídicas internas, entre as quais as normas constitucionais, também estão obrigados a assumir o papel de intérpretes dos tratados de direitos humanos ratificados, atuando como "jue[ces] interamericano[s]" (FERRER MAC-GREGOR, 2014, p. 186). Logo, na interessante perspectiva de Ferrer Mac-Gregor (2014), não se está mais diante de uma "supremacia constitucional", mas perante uma "supremacia convencional", na medida em que mesmo o ordenamento jurídico interno deve manter conformidade com as normas provenientes de tratados – ou convenções – da seara internacional. Dessa forma, a fim de garantir a eficácia das convenções internacionais, estes juízes podem empreender transformações no cenário nacional:

> [...] A despeito da ausência de uma institucionalização do "comércio" judiciário, é vivo e resistente e tem como consequência a metamorfose de todos os setores dos direitos nacionais, a tal ponto que os juízes se tornam os motores das mudanças normativas, e até societais, dos Estados

> partes nas Convenções de proteção. [...] (BURGORGUE-LARSEN, 2010, p. 267).

Se se pretende, assim, a construção de um ordenamento jurídico internacional pautado nos direitos humanos, tal como todo ordenamento, esse também deve preservar sua coerência e tentar minimizar os conflitos. Essa função, pois, pode ser bem desempenhada pelos juízes tomando por parâmetro o bloco de convencionalidade. Todavia, não se deve pensar nesse cenário como desprovido de conflitos ou que se chegará a um ponto em que o diálogo seja suprimido por um consenso pleno. Antes, esse diálogo deve ser mantido constantemente como forma de atender à própria dinâmica da sociedade, embora tal interação deva ser conduzida dentro de um canal comunicativo comum, representado, pois, por tal bloco. Em não sendo assim, uma potencial desordem poderia apresentar igualmente riscos para a proteção desses direitos, gerando insegurança nesse intuito. Na lapidar síntese de Burgorgue-Larsen (2010, p. 276): "[...] o diálogo é o sinal demonstrando o fato que um sistema jurídico vive. Ignorá-lo, ao contrário, não será o sinal de uma morte lenta?".

Uma das razões para que se avance no sentido de ampliar a base de legitimidade das decisões tomadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), englobando eventuais considerações constitucionais nos julgados da CorteIDH quando aplicáveis, é a própria transformação política, econômica, social e cultural pela qual passou o continente nas últimas décadas. Se há cerca de 30 ou 40 anos a maioria dos governos eram regimes ditatoriais, nos últimos anos a democracia vem se consolidando em inúmeros países, recorrendo-se, inclusive, a entendimentos produzidos pela CorteIDH em relação aos direitos humanos como um de seus alicerces básicos (ABRAMOVICH, 2009). Nesse contexto, a atuação dos tribunais constitucionais de vários países latino-americanos tem sido essencial para a proteção a diversos bens jurídicos, adquirindo notável experiência.

Segundo Jorge Contesse (2013), essa atuação tem legitimado os tribunais nacionais a participar da interação com a CorteIDH,

até mesmo fornecendo julgados que podem ser seguidos por este tribunal supranacional, em vez de este buscar sempre assumir um lugar de "liderança", viabilizando o papel de amplificador da justiça constitucional. Para Víctor Abramovich (2009), a efetividade das decisões desse órgão advém não de sua força coativa, mas sim persuasiva, cujos entendimentos são partilhados em uma comunidade na qual seus parâmetros são difundidos.

Tal perspectiva pode gerar um equilíbrio entre a atitude maximalista da CorteIDH, em exigir uma plena e completa adequação dos Estados à sua jurisprudência, e a tese do "diálogo solto" proposta por Burgorgue-Larsen (2010), consistente na desconsideração por qualquer vínculo normativo entre diversas ordens jurídicas, o que pode conduzir a um descompromisso do Direito interno em face da jurisprudência internacional. Entendendo essas decisões como um guia, no qual se tem como parâmetro o bloco de convencionalidade, a estimular o diálogo entre as decisões nacionais e internacionais, os juízes locais podem, efetivamente, atuar como juízes convencionais, ou interamericanos, contribuindo para a legitimidade das decisões tomadas e estabelecer uma coerência na proteção do ser humano. Se o conteúdo de ambas as ordens possuem substratos em comum, ambos os atores têm as mesmas condições de realizar um papel importante e considerável na construção de uma jurisprudência equivalente, evitando a dispersão de sentido a que alude García Ramirez (2012).

Dessa forma, a emergência de um *ius commune* latino-americano (GARCÍA JARAMILO, 2016) possibilita a integração não tanto no âmbito político, mas na dimensão jurisprudencial desses países, a partir da "[...] *globalização de parâmetros de direitos humanos* [...]" (ABRAMOVICH, 2009, p. 12). A partir dessa aproximação, os juízes, considerados protagonistas nesse cenário, introduzem no solo interno paradigmas que podem, através do diálogo com outros atores institucionais constitucionais, como o Executivo e o Legislativo, gerar transformações que melhor recebam e materializem as normas de direitos humanos. Como consequência, a diferenças antes existentes entre a ordem jurídica nacional e inter-

nacional vão se atenuando, pelo menos no que se refere à proteção desses direitos, tornando porosas suas fronteiras, preenchidas através desse papel integrador.

> Embora na última década se tenha avançado substancialmente na incorporação do direito internacional dos direitos humanos no direito interno dos Estados e em diversos países da região, a jurisprudência da Corte é considerada como um guia, e inclusive como um "guia inescusável" para a interpretação da Convenção Americana pelos juízes locais21, não se trata de um processo linear e existem vozes dissidentes (ABRAMOVICH, 2009, p. 24).

Logo, através dessa perspectiva, a consolidação de um sistema protetivo de direitos humanos no continente americano, que englobe tanto órgãos supranacionais quanto os tribunais nacionais, apresenta amplas possibilidades de concretizar e efetivar tais direitos. Fornecendo elementos argumentativos cada vez mais partilhados, o entendimento sobre tais normas viabiliza a construção de instituições paralelas de respeito aos mesmos, necessário para tal fim. A sobrevivência dessas instituições depende, pois, de uma abertura à realidade internacional, buscando uma conformação com a mesma e sua integração ao cenário global.

4. *Conclusão*

A proteção internacional dos direitos humanos tem se tornado, desde após a Segunda Guerra Mundial, matéria de crucial relevância na geopolítica mundial, na qual não apenas as fronteiras físicas, mas também as jurídico-políticas e, especialmente, as culturais, vêm sendo paulatinamente derrubadas, aproximando as pessoas e, paradoxalmente, também ressaltando suas diferenças, propiciando novos focos de conflitos entre elas.

Em face dessa nova realidade, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm se fortalecendo, enquanto espaços altamente qualificados para a solução desses novos conflitos, propiciando o intercambio de experiências entre juízes de vários países e entre estes e os juízes de cortes internacionais, em um

diálogo que transcende os marcos impostos pelas tradicional percepção dos ordenamentos jurídicos enquanto sistemas fechados.

Essa integração normativa transnacional decorrente desse diálogo entre juízes tem se tornado ainda mais consistente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como consequência da implementação da doutrina do controle de convencionalidade, direcionada a consolidar parâmetros jurisprudenciais de proteção aos direitos humanos.

Diante dessa nova realidade, não há Estado que possa permanecer alheio a essa dinâmica. A manutenção de perspectivas nacionalistas, especialmente se contrárias aos direitos humanos, precisa ser firmemente superada.

Contudo, algumas aspectos precisam ser aprimorados. Assim, o diálogo precisa ser mais fluído e não seletivo, bem como é necessário manter o equilíbrio entre os participantes do mesmo, de modo a evitar posições que resultem em imposições descaracterizadoras de uma comunicação dialógica, aumentando o receio de alguns Estados de estar perdendo parte da sua soberania, o que em nada contribui para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

5. Referências

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 6, nº 11, p. 6-39, 2009.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos humanos y dialogo judicial entre America y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho? *Revista di Scienze Della Comunicazione e di Argomentazione Giuridica*, A.VII, nº 2, 2015, p. 3-18.

BITTAR, Eduardo. Diálogo, consciência cosmopolita e direitos humanos: os rumos e limites das lutas identitárias no mundo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, nº 22, 2013, p. 98-123.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas*, Brasília, vol. 7, nº 1, 2010, p. 261-304.

CARBONELL, Miguel. Introdución general al control de convencionalidad. *UNAM*, México D.F., 2012, p. 67-95.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Mercosur, integración regional y derechos humanos en un proceso multinível. *Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, nº 2, 2015, p. 125-152.

CONI, Luís Cláudio Queiroz. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CONTESSE, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y possibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf Acesso em: 09 abr. 2019.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; GUERRA, Gustavo Rabay. Expandir os horizontes das cortes é possível? A abertura ao ativismo judicial transnacional e ao judicial borrowing a partir da disputa interpretativa sobre a lei de anistia travada entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1, nº 1, 2015, p. 1221-1246.

DEITOS, Marc Antoni. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: rumo a uma quarta camada de proteção aos direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça,* Porto Alegre, ano 7, nº 24, 2013, p. 113-133.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução por Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *Urbe et Ius*, Buenos Aires, vol. 1, nº 11, 2014, p. 151-188.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. De la "constitucionalização" a la "convencionalização" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitucionale commune*. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, nº 36, 2016, p. 131-166.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad. El efecto "erga omnes" de las sentencias de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, v. 11, nº 2, p. 695-710, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Vasconcelos; Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 12-94, 2016. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004 Acesso em: 5 abr. 2019.

MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno 'diálogo entre juízes'. IN: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). *Diálogo entre juízes*. Brasília: UniCEUB, p. 27-37, 2014.

MEIER GARCÍA, Eduardo. Nacionalismo constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, Talca, ano 9, nº 2, 2011, p. 329-376.

NASH ROJAS, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *UNAM, Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano,* México D.F., ano XIX, 2013, p. 489-509.

NOUR, Soraya. A paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 19, 2012, p. 67-93.

SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. IN: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

15. A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Mario Augusto Quinteiro Celegatto[1]
Renata Bolzan Jauris[2]

SUMARIO: 1. Introdução 2. Poder Judiciário Brasileiro e a atuação no controle de políticas públicas. 3. Limites à intervenção do Poder Judiciário. 4. Adjudicação de políticas públicas e medidas estruturantes 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. *Introdução*

Com o decorrer dos anos, foram sendo assegurados e garantidos direitos fundamentais, compreendidos como conjunto de normas que se preocupam com a dignidade humana. Todavia, a simples positivação dos direitos fundamentais não se mostrou suficiente, exigindo uma ação efetiva do Poder Público para assegurá-los.

Diante dessa omissão do Poder Executivo, muitas pessoas procuram o Poder Judiciário para que ele dê efetividade aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados. Em seu labor jurisdicional, os magistrados, diante de tais demandas,

[1] Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP; Professor de Direito Processual Civil, Direito do Consumidor e Direito Civil; Membro da ABDPro - Associação Brasileira de Direito Processual; Diretor do Núcleo EAD da EMAP - Escola da Magistratura do Paraná; Professor da EMAP - Escola da Magistratura do Paraná; Professor de Curso CEI; Professor em Diversos Cursos de Pós-graduação; Formador de Magistrados Certificado pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados); Especialista em Direito Processual; Bacharel em Direito pela PUC-MG, Consultor Científico da Editora Appris; Palestrante; Autor de Obras Jurídicas.

[2] Juíza do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Processual. Professora da Escola da Magistratura do Paraná. Foi Defensora Pública.

proferem decisões contendo obrigações de fazer em face do Poder Público. Em outras palavras, determinam como a Administração Pública deve agir para concretizar determinada política pública.

Em outro viés, as medidas estruturantes da decisão judicial são técnicas para a construção do comando decisório que, com o escopo de conferir efetividade, impõem respostas difusas ao litígio, de forma gradativa e orientada para o futuro, como forma de resolução do problema como um todo, evitando que a resposta dada ao litígio, por si, converta-se em um problema.

Nesse contexto, busca-se aferir a adequação da utilização das medidas estruturantes como forma da fixação do comando decisório nas ações que versem sobre a implementação das políticas públicas. Para tanto, será analisado nesse artigo a forma e possibilidade, no sistema brasileiro, de controle judicial de políticas públicas, para então se aferir a conveniência da utilização da técnica de formação estrutural das decisões para a solução do problema.

Utilizando-se do método lógico-dedutivo, o estudo demonstra a abertura no direito brasileiro para o a implementação de políticas públicas bem como a conveniência da utilização das medidas estruturantes das decisões, como forma de legitimação da atuação do Poder Judiciário pela efetividade.

2. *Poder Judiciário Brasileiro e a atuação no controle de políticas públicas*

A Constituição Federal de 1988 o consagrou o Judiciário como um poder cercado de garantias institucionais e funcionais, independente e autônomo, cuja atuação está livre de intimidações e pressões externas e com enorme significado no cenário das liberdades públicas. Para tanto o constituinte outorgou garantias, dentre as quais destacam-se a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que existem para evitar reprimendas e pressões ao ofício de julgar.

Uadi Lammego Bulos (2015, p. 1.280) afirma que a independência e a imparcialidade conferidas ao Poder Judiciário são garantias aos cidadãos, vez que a ele incumbe concretizar princípios

supremos e direitos fundamentais, indispensáveis à certeza e segurança das relações jurídicas.

Segundo a clássica teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu na obra do Espirito das Leis (1996, p. 27-30), o judiciário é o último dos "poderes", haja vista que sua atuação, em tese, se dá após atuar o Legislativo, na elaboração das leis, e o Executivo, uma vez que é incumbido de trazer justiça aos casos concretos, na aplicação das leis para solução de litígios.

O Poder Judiciário possui como função típica a jurisdicional, ou seja, é o responsável pelo exercício da jurisdição, consistente na atividade por meio da qual o Estado presta a tutela jurisdicional mediante provocação, no intuito de promover imparcialmente a composição dos conflitos.

Afirma Uadi Lamegos Bulos (2014, p. 1.279), que a função típica do Poder Judiciário é, simplesmente, julgar, isto é, compete a ele dirimir conflitos de interesses, aplicando a lei nos casos concretos, produzindo coisa julgada, formal e material, no que substitui a vontade das partes.

Aí está a efetivação da função jurisdicional ou jurisdição, que é o poder-dever de aplicar autoritariamente as normas jurídicas, mediante a substituição de uma atividade pública por uma alheia, diante de questões contenciosas.

Ocorre que a estrutura do Estado de Direito contemporâneo não se adequa à ideia da rigidez da divisão de atribuições entre os Poderes, uma vez que não tem como conviver com uma completa proibição de interferência judicial nos atos dos outros poderes.

Por outro lado, não se nega que a atuação do Poder Judiciário também se dá de forma atípica, editando regimento interno (função legislativa) e procedendo a contratação e demissão de seus funcionários, bem como concedendo férias, licenças e aplicando sanções administrativas (função executiva) (NUNES JR., p. 1325).

De acordo com Uadi Lamegos Bulos (2014, p. 1279/1280):

A jurisdição exercita-se por meio de ordens gerais e abstratas, que equivalem a ordens legais, porquanto dessumidas das leis, e, eventualmente, dos costumes, equidade, princípios gerais do direito e analogia.

[...]

Desempenha função legislativa quando edita normas regimentais, porque lhe cabe elaborar seus regimentos internos, com base nas normas processuais e nas garantias individuais e metaindividuais das partes, dispondo acerca da competência e do funcionamento de seus corpos internos.

De outra parte, exerce função administrativa, no momento que concede férias aos juízes e serventuários, organiza o quadro de pessoal, provendo cargos de carreira na respectiva jurisdição.

Mas a função jurisdicional ou jurisdição não se confunde com as atividades legislativa e executiva.

É simples diferençar a legislativa da jurisdicional. Na primeira, o Estado elabora normas jurídicas para na segunda aplicá-la na solução de litígios. Daí o ato jurisdicional típico, verdadeira ordem particularizada e concreta, dirigida a um bem específico: a sentença.

A dificuldade está em diferençar a atividade jurisdicional (juris dicere) da executiva (jus exequi).

[...]

Porém, adotando o critério orgânico, extraído da própria Constituição de 1988, é possível distinguir, com facilidade, as atividades jurisdicional e executiva.

Na função jurisdicional, a matéria inclui-se na competência dos órgãos judiciários. Só o Poder Judiciário detém seu monopólio, competindo-lhe controlar a legalidade dos atos normativos e administrativos (CF, art. 5º, XXXV). Dessa forma, o Texto Supremo vedou a existência do contencioso administrativo, não sendo possível desenvolver-se, no seio do Executivo, órgãos que desempenhem atividades exclusivas do Judiciário, com atribuições e garantias próprias da magistratura. Apenas os depositários da função jurisdicional do Estado podem apreciar atos administrativos, envoltos em controvérsias jurídicas. O contrário seria transformar a administração em jurisdição, subvertendo o primado da separação de

> Poderes (CF, art. 2º). De outro lado, função administrativa é a que se conferiu aos órgãos executivos. Em ambas, hão de ser observadas as tarefas atípicas de cada uma.

Nesse sentido Eduardo Cambi (2009, p. 195) afirma que a função do Poder Judiciário não mais se restringe à tarefa de subsunção do fato à letra da lei, mas compreende o exame do exercício discricionário do poder de legislar e de administrar a fim de aferir se estão conduzindo à efetivação dos resultados objetivados, no que chama de "responsabilidade finalística do juiz". Para Eduardo Cambi (2009, p. 195), o Poder Judiciário passa a exercer uma "função socioterapêutica", corrigindo desvios na consecução das finalidades exigidas para a proteção dos direitos fundamentais, "além de assumir a gestão da tensão entre igualdade formal e justiça social".

A despeito da Constituição da República Federativa de 1988 basear-se sistematicamente na doutrina de Montesquieu, ao promover a separação em três diferentes funções – Legislativa, Executiva e Judiciária, outorgadas a diferentes titulares, de forma que sejam independentes e, ao mesmo tempo, harmônicas entre si – o poder estatal é uno e indivisível e tão somente teve suas funções repartidas de forma a viabilizar o cumprimento dos deveres do Estado com eficiência.

Nesse diapasão, José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum (2016, p. 133) afirmam que o embate entre função de governo e função de garantia, em torno das prestações materiais exigíveis do Estado, põe em xeque a clássica tripartição de poderes, uma vez que tem, como pano de fundo, a discussão entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Nos dizeres de Valquíria Costa (2015, p. 22):

> Como ensina Montesquieu, "o poder limita o poder", daí a necessidade de criar-se uma Constituição desenvolvida e complexa, em que o poder é decomposto em várias funções que recebem o nome de Poderes do Estado, tornando imprescindível estabelecer quais serão as regras, ou seja, quais órgãos têm competência para exercer uma função, e as relações en-

tre eles, o que culminou na promulgação da Constituição Francesa de 1791.

Ainda que não haja hierarquia entre eles, existe um sistema de equilíbrio, abstratamente previsto pela Constituição. Mediante o sistema de pesos e contrapesos, o qual foi previsto no bojo da elaboração da sistemática divisão de Poderes do Estado, tem-se a estabilização, ou pelo menos deveria ter.

Nesse sistema de *check and balances*, considera-se que o poder Legislativo, quando da elaboração das leis, direciona a atividade dos magistrados, sem, no entanto, abranger todas as possibilidades do caso analisado. A "separação de poderes" de forma estanque, conforme preconizada tradicionalmente, mesmo nos Estados em que consagrada constitucionalmente de forma enfática, sempre foi imiscuída de intensa interpenetração de forma que "Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação" (DALLARI, 1998, p. 79).

Advirta-se que uma das finalidades do sistema de separação de poderes é "assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado" (DALLARI, 1998, p. 79). No entanto, ao sabor simplesmente dos ideais liberalistas, criou-se uma sociedade imiscuída por injustiças sociais, sendo que a liberdade plena fora alcançada apenas por um pequeno número de privilegiados.

A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a

liberdade individual nem o caráter democrático do Estado. (DALLARI, 1998, p. 79)

Nota-se, portanto, que "esse sistema falhou fragorosamente em suas finalidades, levando a uma profunda reflexão com vistas ao seu aperfeiçoamento" (BELLINETTI, 1997, p. 167) e, tal aperfeiçoamento deve se dar justamente através da ampliação dos meios de controle da sociedade sobre o poder estatal.

Ciente de que o poder do Estado é uno e indivisível e que a divisão de funções na organização estatal entre o Judiciário, Executivo e Legislativo não implica em separação entre poderes, mas na divisão pragmática, nota-se a consonância entre o controle das políticas públicas e a ideia de divisão das funções para perfectibilização do autocontrole do poder estatal.

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal entende necessária a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, com vistas a concretizar os direitos fundamentais, analisando caso a caso, sempre considerando o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade.

Ingo Sarlet (2015. p. 282) prescreve que: "o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e quais os diversos efeitos jurídicos que lhes são inerentes".

Flávia Piovesan (2012. p. 388), por sua vez, apresenta alguns apontamentos acerca da atuação dos poderes na efetivação de direitos fundamentais. Quanto ao legislativo, considera cumprido o seu papel ao elaborar normas que atendem ao objetivo de proteção aos direitos humanos. Ao executivo, ressalta que é o que mais viola tais direitos, deixando a desejar no cumprimento e observação dos programas, apesar de elaborá-los. Já com relação ao judiciário, destaca o importante papel que representa para a sociedade ao reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, coagindo, através da sua força vinculante, o Poder Executivo para que cumpra as obrigações constitucionais e internacionais as quais está adstrito.

Não resta dúvida que, a separação de poderes objetiva proteger e fomentar os direitos fundamentais (TOMÉ, 2014, p. 27).

Nas palavras do autor Ronald Dworkin (2010, p. 198):

> Nossa grande experiência como nação, nossa mais fundamental contribuição à moralidade política, é uma grande ideia que forma uma tríade com as seguintes proposições. Primeiro, a democracia não consiste em uma simples regra da maioria, mas em uma coparticipação no autogoverno. Segundo, essa parceria é estruturada e viabilizada por uma Constituição moral que garante a todos os indivíduos os requisitos necessários à sua plenitude enquanto membros de suas comunidades. Terceiro, estamos comprometidos, por meio de nossa história, com a estratégia institucional de pedir aos juízes – homens e mulheres com formação jurídica – que façam cumprir essas garantias de igual cidadania.

A expressão "políticas públicas", segundo Eros Roberto Grau (2008, p. 25), designa a atuação do Estado, desde a pressuposição da separação entre Estado e sociedade. Já Yuri Lopes de Mello (2011, p. 11), as define como medidas positivadas por meio de planos e programas governamentais, como instrumentos a efetivação dos direitos declarados na Constituição Federal. Osvaldo Canela Júnior (2009, p. 17-18) conceitua política pública em um sentido mais amplo:

> o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder legislativo), atos (Poder Executivos) e decisões (Poder Judiciário que visam à realização dos fins primordiais do Estado).

A principal função das políticas públicas é proporcionar uma distribuição justa da receita obtida pelo governo, com vistas a erradicar, ou ao menos minimizar, a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CF). Um sistema tributário abusivo com distribuição não direcionada para a melhoria dos mais necessitados não condiz com um Estado democrático.

Desse modo, as políticas públicas podem ser compreendidas como um conjunto de programas, ações ou decisões adotadas pelo Estado com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou

privados com o objetivo de assegurar direitos previstos na Constituição Federal.

Por outro lado, enquanto Poder Executivo não cumpre voluntariamente a prestação que lhe é incumbida, deve-se procurar socorro junto ao Poder Judiciário. A carência na efetivação dos direitos fundamentais gera um protagonismo do Poder Judiciário, nem sempre na medida desejada.

Boaventura de Sousa Santos (2014, p.22) afirma que esse protagonismo tem como causa o desmantelamento do Estado Social e a precarização dos direitos sociais e econômicos, além do que, para atender a demanda, necessita-se de um judiciário eficaz, rápido e independente. O autor acrescenta ainda que a redemocratização, advinda com a promulgação da Carta Política de 88, e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos (SANTOS, 2014, p.23).

Seguindo o mesmo raciocínio, Luís Roberto Barroso (2017, p. 3) sustenta que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988:

> Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

Assim, percebe-se que, o protagonismo do judiciário surgiu com o processo de redemocratização do pais, aliado ao déficit de implementação de políticas públicas aptas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna.

Para Levi Rosa Tomé (2014. p. 37), se o Estado Democrático de Direito tem na igualdade material a sua pedra de toque, o que se concretiza pelo respeito aos direitos fundamentais; e se a divisão pragmática de poderes, equilibrada e harmônica, fomenta e protege esses direitos fundamentais, é pela jurisdição, como poder estatal forte e respeitado, que tudo isso se concretiza.

Guilherme Fonseca de Oliveira e Fernando de Brito Alves (2017, p. 8) aduzem que "o ativismo se sustenta à medida que – e somente se – o processo político falha na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua baixa participação nesse processo".

Sobre o tema, explica Guilherme Valle Brum (2013, p. 24):

> Os autores do novo senso comum teórico acreditam na forte atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, atuação essa fenomenalizada por meio da interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixam de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da discricionariedade judicial acarretada pela inerente indeterminação do Direito.

O Judiciário representa, para uma sociedade democrática de direito, um socorro, quando a prestação por vias administrativas lhe é negada.

Para Fábio Konder Comparato (1998, p. 44-45), o conceito de política pública só recentemente passou a ser preocupação de juristas, dado que a sua necessidade foi insignificante ao longo do período de construção dos conceitos jurídicos com os quais os juristas agora se serviam. Daí o desencaixe da noção de política pública enquanto conceito jurídico tradicional, estruturado em princípios e regras.

Conforme esclarece Russo e Lehfeld (2016 p. 325), nas intervenções em políticas públicas, o Poder Judiciário não substitui o Poder Executivo na prática do ato administrativo, apenas determina o cumprimento de obrigação constitucional e legal, impondo que se cumpra a lei.

Contudo, à medida que o Judiciário passou a desempenhar um papel mais atuante no controle das decisões do poder público, mais a categoria das políticas públicas e suas expressões jurídicas tomou corpo, forma e relevância para os juristas, especialmente no debate acerca das normas programáticas e da força normativa das constituições.

No que tange ao controle da atuação jurisdicional para a concretização de direitos fundamentais, em especial os que demandam a efetivação de políticas públicas, Eduardo Cambi (2013, p. 93-94) destaca a importância da noção da reserva de consistência, que impõe ao Judiciário a formulação de critérios seguros para a concretização de direitos fundamentais, principalmente quando demandam a implementação de políticas públicas. Por outro lado, o autor reconhece as limitações do Judiciário, exigindo sua autocontenção quando lhe faltar capacidade institucional para implementar suas decisões ou quando os seus efeitos sistêmicos evidenciarem obstáculos orçamentários, cuja aplicação não se pode fazer imediatamente.

Nas palavras de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 424):

> Recorde-se que, na seara judicial, há hipóteses em que o magistrado avalia a constitucionalidade da ponderação feita por outros órgãos, e outras em que ele é instado a realizar por si o sopesamento dos interesses em confronto. No primeiro caso, ele recorre ao procedimento acima definido para fazer dita apreciação. Nesta atividade, todavia, ele deve manter uma postura de deferência diante das ponderações realizadas, respeitando a margem de escolha dos demais poderes. Não cabe ao juiz, em outras palavras, substituir a ponderação de terceiros pela sua, como se fosse ele o legislador. Já no segundo caso, cabe ao Judiciário avaliar, à luz das circunstâncias do caso, quais são as alternativas possíveis de solução para o problema constitucional com que se defronta, testando-as em exercício intelectual, para verificar qual delas melhor se amolda às exigências do princípio da proporcionalidade, acima expostas.

Deste modo, constata-se que o Poder Judiciário, ante a carência de recursos e as deficiências apresentadas na efetivação de políticas públicas por meio de ações do Poder Executivo, acaba, muitas das vezes, por exercer um controle indispensável para o devido cumprimento de obrigações constitucionais e legais, que garantem a dignidade humana.

3. Limites à intervenção do Poder Judiciário

A constitucionalização de políticas públicas obriga que sua elaboração e implementação pelos poderes públicos observem os princípios e diretrizes traçados pelas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse contexto, surge a reserva do possível e o mínimo existencial.

De acordo com a reserva do possível, a prestação proclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Há, em contrapartida, conflito de interesses, na maioria das vezes, como, por exemplo, quando o pleito diz respeito a apenas um indivíduo, e os recursos da administração pública deveriam ter outra destinação que atendesse ao interesse coletivo. Por tais razões, é inescusável a aplicação do princípio da razoabilidade na decisão judicial.

A teoria da reserva do possível surgiu como uma limitação fática e jurídica, influenciando na efetivação das políticas públicas. Por ela, entende-se que as aplicações das políticas sociais estão diretamente ligadas à capacidade econômico-financeira do Estado.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 378):

> Quer dizer, se, por um lado, a atribuição de formular e concretizar políticas públicas é tarefa típica das funções legislativa e executiva, de outro, é dever do oráculo da ordem jurídica - o Supremo Tribunal Federal - fiscalizar, em sede de controle normativo abstrato, o efetivo cumprimento das liberdades públicas e dos direitos revestidos de conteúdo programático, delineados na Carta Maior.
>
> A reserva do possível reside justamente neste ponto: verificar se os direitos constitucionais, a exemplo daqueles de segunda geração - direitos econômicos, sociais e culturais - estão sendo respeitados pelo Poder Público, o qual tem o dever constitucional de os concretizar.

Assim, verifica-se que a reserva do possível pressupõe que os direitos fundamentais não consagram apenas uma proibição de intervenção, mas também um postulado de proteção.

Tratando-se de uma limitação fática e jurídica, a reserva do possível pode ser separada em três dimensões, sendo elas: a real disponibilidade dos recursos para efetivação dos direitos; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, decorrentes da distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e a proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade de razoabilidade relacionada ao titular do direito.

De tal modo, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 581) asseveram a necessidade de:

> (…) levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.
>
> Especialmente em períodos de recessão financeira, não há como negar que a função do Estado de assegurar direitos sociais poderá estar limitada por restrições de cunho orçamentário. Em tais casos, a interpretação do texto constitucional não poderá se desenvolver alheia aos óbices econômicos postos.

Tem-se, portanto, que a reserva do possível condiciona a atuação do poder público à existência de recursos financeiros voltados a efetivação de direitos, adotando-se critérios de razoabilidade, proporcionalidade e distributividade.

Contudo, não deve o Estado, invocando tal postulado axiológico, deixar de cumprir direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Nesse sentido, Uadi Bulos (2014, p 379) afirma:

> O princípio da reserva do possível, portanto, não constitui reduto de proteção para o Estado deixar de cumprir seus deveres. É o caso das omissões constitucionais, que devem ser repudiadas. Ora, qualquer conduta governamental negativa pode aniquilar direitos constitucionais básicos, como a educação, a saúde, a previdência, a moradia etc., fulminando, por completo, o status de fundamentalidade que ostentam.

Corroborando com tal entendimento, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 582) prelecionam que:

> (…)apesar da realidade da escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas de redução de desigualdades, seria possível estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes, quando mais não seja por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que, sendo o valor-fonte dos demais valores, está acima de quaisquer outros, acaso positivados nos textos constitucionais.

Portanto, apesar de a reserva do possível condicionar a atuação estatal sob o argumento de indisponibilidade econômico-financeira, tal argumento não pode ser banalizado ao ponto de o Estado se negar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Deve-se, deste modo, serem estabelecidas metas e prioridades voltadas à aplicabilidade desses direitos.

Por seu turno, o mínimo existencial possui conceituação e conteúdo de complexa e diversificada delimitação, não havendo consenso doutrinário sobre sua percepção.

O mínimo existencial, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2011, p. 132), "é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado", contra o qual a reserva do possível não pode servir de obstáculo.

O mínimo existencial, de acordo com Luis Roberto Barroso (2009, p. 179), encontraria sentido no "conjunto de condições

materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa".

Luis Roberto Barroso (2009, p. 315) afirma ainda que o mínimo existencial "corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público".

Estabelecer a conformidade e adequação entre a outorga judicial de políticas públicas para fins de atendimento ao mínimo existencial e ao mesmo tempo atender e os limites impostos pela reserva do possível, pela legislação e pela inegável limitação fática de recursos, é um desafio que se impõe ao julgador na construção da decisão que se destina adjudicar as políticas públicas.

4. *Adjudicação de políticas públicas e medidas estruturantes*

As medidas estruturantes podem ser conceituadas como diretivas para a concretização de um determinado direito adjudicado, através de uma decisão judicial e consistem no resultado da atividade do Judiciário de solução de conflitos, que ao adjudicar o direito, o faz de maneira programada, gradual e prolongada no tempo, visando conferir efetividade e, ao mesmo tempo, neutralizar os impactos econômicos, culturais e sociais que porventura a decisão dê ensejo.

Owen Fiss (2017, p. 25) afirma que a adjudicação pode ser entendida como o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A reforma estrutural, para o autor, é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais, quando o juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização das formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

As decisões estruturais, portanto, tem espaço quando o litígio demanda respostas difusas, com imposição gradativa e orientada para o futuro, com a forma de resolução do conflito direcion-

ada a. evitar que a decisão do caso concreto se torne um problema, às vezes até mais abrangente que o litígio em si.

A utilização da técnica estrutural para a construção do comando decisório tem grande indicação em situações em que se faz necessária a implementação de mudanças institucionais complexas. As medidas estruturantes têm cabimento em situações em que não apenas a justiça ou não da decisão está sendo questionada, mas também em lides nas quais as decisões, ante o espectro social que possuem, tome amplitudes irreversíveis (JOBIM, 2013, p. 90-91).

A preocupação em garantir o atendimento das decisões judiciais, sobretudo quando se vislumbra a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos (como sói ocorrer na implementação de políticas públicas porventura deferidas judicialmente), resulta na formulação de mecanismos para o atendimento dos comandos decisórios – justamente o que se denomina medidas estruturantes[3].

Para Edilson Vitorelli (2017, p. 371) o conceito de litígio estrutural, envolve a superposição de algumas características: a) fato de ter como objeto um conflito de elevada complexidade, envolvendo múltiplos polos de interesses os quais se apresentam em oposições e alianças parciais; b) por implicar na implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente na sociedade; e c) por envolver a necessidade de reforma de uma instituição, pública ou privada, para permitir a efetivação do valor público visado.

[3] O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerado um marco na luta pela igualdade racial nos Estados Unidos da América e representou um caso que inspirou a doutrina das medidas estruturantes, propiciando um verdadeiro avanço em busca da efetividade. Trata-se da decisão através da qual se buscou eliminar o sistema dual de escolas outrora vigente nos Estados Unidos e baseado na doutrina do separate but equal. De acordo com Sérgio Fernando Moro (2004, p. 42) o julgado proferido em *Brown v. Board of Education of Topeka* inaugurou um novo modelo de decisão judicial: "A decisão da Corte envolveu: a) a proteção de grupo social e politicamente vulnerável, evocando a referida nota 4 de Carolene[3]; b) a interpretação evolutiva da Constituição, colocando em dificuldades doutrinas como o "originalismo", então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores; c) a utilização de recursos fornecidos por ciências não-jurídicas, conforme estudos psicológicos mencionados na decisão; d) a ordenação de postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição."

No processo estrutural o que se tem a inexistência de fases bem delimitadas e a fase de execução como um passo praticamente obrigatório (FISS, 2017, p. 51). Através da técnica de estruturação das decisões, deverá o magistrado buscar eliminar a condição que ameace os valores constitucionais. A execução, deste feita, envolverá uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição no que se refere à concessão e forma da efetivação da medida concedida (FISS, 2017, p. 51-52).

A execução das *structural injunctions* são desenhadas a partir de uma ampliação dos poderes do magistrado, conferindo a flexibilidade para a consolidação do comando judicial, de acordo com o caso concreto, buscando conciliar e ajustar as necessidades públicas e privadas (BAUERMANN, 2012, p. 69).

Desta feita, não se pode preconizar um rol taxativo de medidas que possam ser aplicadas, pois, a riqueza das situações concretas que envolvem os direitos complexos e fluidos discutidos nas ações estruturais, não permite soluções pré-concebidas.

Por outro lado, pela própria concepção das medidas estruturantes se pode observar a importância que poderá assumir em litígios que versem precipuamente quanto a concessão de obrigações de fazer em face do poder público que impliquem em concretização de políticas públicas.

Ressalte-se que, regra geral, no caso da aplicação das medidas estruturantes em decisões que implementem políticas públicas, não se tem em voga situações de conflito quanto à justiça do direito adjudicada (despeito de que, também de poderia imaginar a concessão de políticas públicas que gerassem indignação social, o problema recorrente não é esse), mas sim situações em que a implementação imediata da decisão poderia gerar maiores danos sociais. Pode-se exemplificar com uma decisão que determina que um município triplique o número de vagas em creches – o direito vindicado dificilmente seria contestado, porém, para o cumprimento, a realocação das verbas necessárias para tanto, se feita de forma abrupta, poderia gerar danos em outras áreas que protegem interesses

tão caros quanto a assistência na pré-escola, tais como o ensino fundamental e a saúde.

A visão do processo como uma comunidade de trabalho, cooperativo e com partes e juízes vocacionados à solução da questão posta em litigio e comprometidos com o resultado social que a demanda visa promover a curto, médio e longo prazo, é primordial para a busca da solução de forma dialógica. Ante a consciência dos impactos concretos que o cumprimento da ordem poderá ensejar, surge a necessidade de compreensão de que os direitos deverão ser efetivados de forma dúctil, ainda que a custo de um balanceamento dos direitos com a realidade.

Não se pode negar, em outro giro, que imputar ao Poder Judiciário a alocação das políticas públicas e a solução de problemas que as outras esferas não conseguiram resolver, e acreditar que sozinho o Judiciário conseguirá alcançar as mudanças sociais desejadas, de certa forma, beira à ingenuidade. As soluções muitas vezes geram problemas. O Poder Judiciário não detém o controle do orçamento público. É isso que se tem em lides complexas.

A premissa cognitiva na qual se baseia o processo judicial passa pelo encadeamento de atos em que o pedido é o reflexo de uma solução pré-concebida para o problema de fato.

Ocorre que, em lides que tenham como objeto a adjudicação de políticas públicas essa ordenação lógica não se encaixa, eis que os problemas e as soluções se sobrepõem e se alteram no curso do processo eis que estão sujeitos a fatores exógenos.

Diante de tal conjuntura, a flexibilidade, a possibilidade de considerar tutelas diferentes daquelas inicialmente delineadas, da construção das mudanças sociais através de um modelo cooperativo, a cooperação de atores externos, instrumentos típicos dos processos estruturais, é crucial para a efetividade das decisões que versem sobre políticas públicas.

5. Conclusão

A necessidade de se garantir a efetivação dos preceitos fundamentais e a falha sistemática do poder público, através dos Po-

deres Executivo e Legislativo, em cumprir esta tarefa, dão ensejo à necessidade de intervenção do Poder Judiciário numa seara em que classicamente não deveria se imiscuir, qual seja, a determinação judicial de políticas públicas.

Dessa maneira, tem-se que o Poder Judiciário acaba, muitas das vezes, figurando como protagonista na tutela da dignidade da pessoa humana, no intuito de garantir ao ser humano a efetivação de seus direitos fundamentais sociais, naquilo que lhe esteja ao alcance, através de determinações direcionadas ao Poder Executivo, que de pronto atendimento não exerceu as ações que dele se espera.

A despeito desse protagonismo assumido pelo Judiciário, não representar ofensa à separação de poderes – hodiernamente compreendida como uma divisão pragmática de tarefas – o Judiciário, ao se imiscuir de uma tarefa que originariamente não lhe seria afeta, acaba por ocasionar perplexidades: a efetivação da decisão judicial que imputa obrigação de implementar determinada política ao Poder Público, se não executada de maneira estratégica poderá agravar ou até gerar problemas sociais ainda mais graves do que aqueles que se busca dirimir com a decisão.

Nesse contexto, as medidas estruturantes, entendidas como uma técnica de fixação do comando decisório, assumem especial relevo. Através do emprego das medidas estruturantes nas decisões que versem sobre a adjudicação de políticas públicas, se busca minimizar os impactos sociais das execuções de tais comandos, através da execução programada, dialogada e gradual.

A fixação de diretivas para a concretização da decisão dentro de um processo entendido como uma comunidade de trabalho, cooperativo e em que todos os sujeitos processuais estejam comprometidos com a efetividade e solução dos problemas que envolvam a lide – é um caminho para que as decisões não sejam simplesmente inexequíveis ou parcialmente inexequíveis.

Em conclusão, o Poder Judiciário para a concessão de medidas que resultem em implementação de políticas públicas terá sua legitimação sobretudo no resultado da atividade. Assim, um re-

sultado pior do que o esperado, além do déficit social decorrente da implementação atabalhoada da decisão, seja por atingir a execução de outras políticas públicas ou por atingir diretamente o orçamento público, poderá ter um efeito nefasto, o que poderá vir a ser minimizado através da utilização das medidas estruturantes.

6. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

BAUERMANN, Desirê. Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Mandado de Segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. 1997. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.

BRUM, Guilherme Valle. Discricionariedade judicial e políticas públicas: coerência, consistência e consequências na interpretação do Direito. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5925/1/61100045.pdf>. Acesso em: 22 de junho de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215/214>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi: 10.11606/T.2.2009.tde-03062011-114104. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

COMPARATO, F. K., Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 44-5. Disponível em: <
http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4> Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

COSTA, Valquíria. A separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 93/2015. p. 15-35. Out-Dez/2015. Revista dos Tribunais Online.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FISS, Owen. Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2017.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MELLO, Yuri Lopes de. Reserva legal: fundamento constitucional e políticas públicas. Revista dos Tribunais Online, Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. vol. 2. p. 677 – 700. Março de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Baron de. Do espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de, ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUSSO, Thiago Nogueira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOMÉ, Levi Rosa. Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.) Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, p. 369-422, 2017.

16. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS COMO MECANISMO DE *ACCOUNTABILITY* JUDICIAL DENTRO DO CONTEXTO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Ana Carla Werneck[1]
Claudia Maria Barbosa[2]
Gilberto Andreassa Junior[3]

SUMARIO: 1 Introdução. 2 Accountability e suas modalidades: judicial decisional e judicial legal. 3 Apontamentos sobre a Teoria da Argumentação Judicial. 4 As alterações legislativas como mecanismo de accountability judicial. 4.1. O dever de coerência, integridade e motivação (art. 489, CPC/15). 4.2. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42). 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Nos últimos anos o Poder Judiciário vem se tornando protagonista, sobretudo porque tem analisado questões de alta relevância econômica, social, jurídica e política. Não obstante diversas

[1] Doutoranda (PUC/PR) e Mestre (UniBrasil) em Direito. Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisadora visitante, em programa de doutorandos, da Fordham Law School (dez. 2014 a fev. 2015), em Nova York/EUA. Professora Universitária. Bolsista pela CAPES - Código de Financiamento 001. anacarlawerneck@hotmail.com.

[2] Pós-Doutora pela York University, Toronto, Canadá. Graduação, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Co-fundadora do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário-IBRAJUS. Consultora "ad hoc" do MEC para avaliar pedidos de autorização e reconhecimento de cursos de Direito. claudia.mr.barbosa@gmail.com.

[3] Doutorando (PUC/PR) e Mestre (UniBrasil) em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC/PR). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e professor universitário (FAE Centro Universitário, Faculdade Estácio e cursos de pós-graduação). Bolsista pela Fundação Araucária/CAPES. gilberto@andreassaeandreassa.adv.br.

normas já configurarem o dever de argumentação por parte dos magistrados, o Poder Legislativo, com o fito de gerar maior transparência e objetividade, tem trabalhado em alterações legislativas como mecanismo de *accountability* e, ainda que implicitamente, dentro de um contexto da teoria da argumentação.

O problema apresentado no artigo diz respeito à constante prolação de decisões fundamentadas inadequadamente, sem integridade e coerência, baseadas em valores jurídicos abstratos e que servem de paradigma a qualquer caso concreto. Ainda, busca-se entender se efetivamente há algum tipo de controle sobre isso, seja pela administração pública, seja internamente.

Já o objetivo do trabalho é confirmar – ou não – a *hipótese* de que as alterações legislativas focadas no dever de fundamentação são ferramentas da *accountability*, bem como primordiais ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Para evidenciar problema e objetivo, primeiramente apresenta-se o conceito de *accountability* junto às suas modalidades, quais sejam: judicial decisional e judicial legal. O termo *accountability* possui extrema relação com a necessidade de controle, até mesmo forma de fiscalização, do poder.

O estudo se concentrará nas categorias da *accountability* judicial 'decisional' e *accountability* judicial 'legal', na medida em que nelas encontramos a necessidade do magistrado observar determinados aspectos no momento da tomada de decisão, os quais estão sujeitos a controle. Inclusive, esta conjuntura demonstra nítida relação com a *Teoria da Argumentação Judicial*, precipuamente no viés da motivação decisional.

Mais à frente, procura-se fazer apontamentos sobre a Teoria da Argumentação Judicial, cujo método objetiva, além de minimizar a discricionariedade, possibilitar o controle. Em suma, a obrigatoriedade de argumentação plena por parte do juiz torna-se um mecanismo que possibilita o exercício da *accountability* judicial, seja ela decisional ou legal.

Por fim, analisam-se as últimas alterações legislativas referentes ao tema, notadamente o artigo 489 do Código de Processo

Civil de 2015 e a Lei nº 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

No que toca ao *método* adotado para a investigação, este será hipotético-dedutivo, com ampla pesquisa qualitativa (revisão bibliográfica, estudo de casos e análise jurisprudencial).

2. *Accountability e suas modalidades: judicial decisional e judicial legal*

A discussão acerca do termo *accountability* surgiu no Brasil em meados de 1990,[4] tendo como marco o trabalho elaborado por Anna Maria Campos, denominado "*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?". Neste artigo buscou-se estabelecer um comparativo entre as sociedades americana e brasileira, e, ao final, apresentaram-se algumas limitações para a aceitação do instituto pelo Brasil.[5] Frise-se, todavia, que o momento de confecção do referido trabalho foi à época de 1980, anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, que reformulou alguns institutos basilares desta comparação, de forma que o resultado do estudo hoje não mais pode ser entendido como determinante. Por outro lado, não perde ele de modo algum sua importância dentro da análise geral da sua conceituação.

Com o propósito de verificar o avanço do termo, a partir do trabalho acima citado – fazendo, inclusive, uma alusão ao próprio título –, José Antonio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento, em 2009, aproximadamente vinte anos após, realizaram o estudo e concluíram que houve progressos no estudo do tema, mas que ainda não se podia chegar a uma conclusão acerca da sua definição no Brasil.[6]

---

[4] Corrobora Ilton Norberto Robl Filho ao mencionar que o conceito de *accountability* despontou na década de sessenta nos Estados Unidos, e no Brasil começou a ser discutido no final da década de oitenta. ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado democrático de direito brasileiro. 2012. 259 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2012. p. 80.

[5] CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, fev./abr. 1990.

[6] PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.

Malgrado o transcurso temporal, bem como as modificações havidas neste período – a exemplo da promulgação da Carta Constitucional –, ainda permanecemos com uma imprecisão acerca da definição da *accountability*,[7] pois não se pode limitar o seu entendimento à simples tradução do termo ao vernáculo brasileiro, no sentido de enquadrá-la simplesmente como "prestação de contas" ou "responsabilidade".[8]

Há que se esclarecer que não só o Brasil tem esta dificuldade quanto à definição do termo – a qual, frise-se, não se pode identificar tão somente à limitação da tradução da palavra –, isso porque a sua conceituação, mesmo no vernáculo de origem possui indefinições: "boa governança, transparência, equidade, democracia, eficiência, responsividade, responsabilidade e integridade".[9]

No intuito de aclarar a magnitude do instituto, demonstrando, assim, concretamente, o motivo pelo qual não se pode restringi-lo à sua simples tradução, o estudo de Mark Bovens[10] se mostra relevante, vez que ele elucida duas conceituações da *accountability*, as

---

[7] Nesse sentido relevante se mostra citar o trabalho realizado por Anny Karine de Medeiros, Tamara Ilinsky Crantschaninov e Fernanda Cristina da Silva, que tiveram como objetivo "identificar como o termo *accountability* tem sido tratado na literatura brasileira, considerando periódicos das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. Foram identificados e analisados 53 artigos. Os resultados indicaram que o tema ganhou mais relevância nos estudos a partir de 2006, tendo a Revista de Administração Pública (RAP) o maior número de publicações. Os artigos analisados, em sua maioria, são empíricos, e muitos apenas citam o termo *accountability*, sem defini-lo ou analisá-lo. Constatou-se que os artigos que discutem o tema apresentam uma clara confusão sobre o seu significado, sendo "responsabilização" e "prestação de contas" os termos mais citados nas definições". MEDEIROS, Anny Karine; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre *accountability* no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 47, p. 745-775, maio/jun. 2013. p. 745.

[8] Em trabalho publicado recentemente – em 2018, Renan de Moraes Peres, Cinthia Sayuri de Morais Hirata Bedor, Daniel Muniz Rocha do Nascimento e Laianne Macedo Diaz Jopia reforçam tal afirmação, ao ponderar que "a *accountability* no Brasil é uma área nova e em desenvolvimento. A palavra ainda não possui uma tradução correspondente na língua portuguesa e seu conceito ainda está em construção na cultura política nacional". PERES, Renan de Moraes Peres et al. Accountability no Brasil: Um Estudo Comparativo com Dinamarca e México. Revista de Psicologia, v. 12, n. 40, p. 243-270, 2018. p. 243.

[9] BOVENS, Mark. *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanisme*. West European Politics, volume 33, n. 5, p. 946-967. 2010. p. 947.

[10] É professor na Utrech University, na Holanda, na cadeira de Administração Pública e é um grande estudioso da área da *accountability*.

quais ele julga serem a resolução acerca do problema da existência de não padronização quanto à conceituação, bem como demonstram elas ser de grande valia para a governança democrática.[11]

A primeira delas é a *accountability* como uma virtude. Neste viés, de uma maneira geral de como é utilizada, a *accountability* e o termo *accountable* soam como qualidades – características positivas, ligadas a ideia de transparência e confiabilidade, logo, uma qualidade desejável para os funcionários públicos e organizações públicas. Poderia ser entendida, também, como uma disposição para agir de forma transparente, de maneira justa e equitativa, sendo, assim, uma espécie de conduta ativa.

A segunda, por sua vez, traz o intento da *accountability* na perspectiva de mecanismo, que envolve a obrigação de explicar e justificar uma conduta. Aponta o referido autor que o foco neste viés não é ter conhecimento se os agentes agiram de forma *accountable*, mas se dos seus atos podem emanar consequências. Trata-se, assim, de uma perspectiva passiva. Em resumo, na perspectiva descritiva de um processo, é "*a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences*".[12]

Tendo como ponto de partida o cenário demonstrado por estas duas maneiras de entender o que é a *accountability*, pretendendo trazer uma conceituação para o termo, vale transcrever a definição de Andreas Schedler, que o faz por meio da sua finalidade, trazendo-a de maneira muito clara. Para ele, *accountability* se substancializa como "*a different way of preventing and redressing the abuse of political power. It implies subjecting power to the threat of sanctions; obliging it to be exercised in transparent ways; and forcing it to justify its acts*".[13]

---

[11] BOVENS, Mark. *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanisme*. Op. cit..

[12] Tradução livre: uma relação entre um ator e um forum, na qual o autor tem a obrigação de explicar e justificar sua conduta o fórum pode fazer perguntas e julgar, e o autor pode enfrentar as consequências. BOVENS, Mark. *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanisme*. Op. cit., p. 955.

[13] Tradução Claudia Maria Barbosa: "uma maneira diferente de prevenir e corrigir [redirecionar] o abuso de poder político. Implica na possibilidade de sancionar o seu uso abusivo [submeter à

Nesse sentido, ainda na seara da conceituação, trazemos à lume as chamadas cinco dimensões da *accountability*, por Jonathan GS Koppell, as quais resumem como o referido instituto pode ser entendido, quais sejam: transparência ("a organização revelou os fatos de seu desempenho?"), responsabilidade – culpabilidade ("a organização enfrentou consequências pelo seu desempenho?"), controlabilidade ("a organização fez o que o diretor (por exemplo, o Congresso, presidente) desejava?"), responsabilidade – algo que se deve fazer ("a organização seguiu as regras?") e capacidade de resposta ("A organização cumpriu a expectativa substantiva (demanda / necessidade)?").[14]

Resta evidente que a *accountability* possui extrema relação com a necessidade de controle e até mesmo forma de fiscalização do poder. Para tanto Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho apontam que

> em uma definição preliminar, accountability significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades.[15]

---

sanção], exigir que seja exercido de forma transparente e forçar a justificação de seu exercício". SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing accountability. The self-restraing state.* Apud BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. p. 171-194. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWATZ, Germano (Org.). Direito da Sociedade Policontextural. v. 1. Curitiba: Appris, 2013. p. 185-186. No que tange ao conceito apontado por Schedler, José Antonio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento ponderam que "os conceitos estão em permanente construção e evolução, uma vez que não ficam congelados, pois à medida que a realidade social muda, eles também devem se adequar, se qualificar, mas a observação de Schedler parece expressar que o conceito, mesmo na realidade anglo-saxã, também não é tão preciso assim". PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? Op. cit., p. 1348. Alertam, ainda, que "o estudo sobre a compreensão do significado da *accountability* tem caráter progressivo, inesgotável". Ibid., p. 1354.

[14] Em inglês as cinco dimensões correspondem as seguintes palavras: *transparency, liability, controllability, responsibility* e *responsiveness*. KOPPELL, Jonathan GS. *Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of "Multiple Accountabilities Disorder.* Public Administration Review, v. 65, n. 1, p. 94-108, Jan/Fev. 2005. p. 96.

[15] TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Revista de Sociologia e Política, vol. 1, n. 45, p. 29-46, Mar/2013. p. 30.

Em síntese, a noção contemporânea de *accountability* envolve escopos instrumentais: dever de transparência, de informação e de motivação dos atos dos agentes públicos. E escopos finalísticos: obediência à lei, dever de eficiência e qualidade do serviço prestado.[16]

O instituto da *accountability* possui algumas tipologias, a qual merece destaque pela sua grande pulverização na doutrina a formulada por Guillermo A. O'Donnell,[17] que a considera como bidimensional, no sentido de que é composta pela vertical e a horizontal. Basicamente, a primeira é aquela destinada à relação existente entre a participação com a democracia – Estado e povo, numa relação entre desiguais. Na segunda, por sua vez, enquadram-se as agências, configurando uma relação entre iguais.[18]

Além dessa classificação existem, ainda, outras vertentes da *accountability*, a exemplo da legal, a social e a judicial.[19] É sob esta última que o foco do presente estudo se debruçará a partir de então.

---

[16] REIS JUNIOR, Francisco Soares. Dez anos do Conselho Nacional de Justiça: a experiência de accountability adotada pelo CNJ nos tribunais de justiça estaduais (2005-2015). 2016. 241 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2016. p. 32.

[17] O'DONNELL, Guillermo A. *Delegative democracy*. Journal of democracy, v. 5, n. 1, p. 55-69, 1994.

[18] "Destacam-se, como principais integrantes da primeira dimensão, segundo o autor, as eleições, as reivindicações sociais livremente proferidas e a atuação da mídia divulgando tais reivindicações — ao menos as mais visíveis — e os atos supostamente ilícitos de autoridades públicas. E, como mecanismos da segunda dimensão, as instituições clássicas das poliarquias, a saber: o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, as agências de supervisão e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas". PINHO, José A. G.; SACRAMENTO, Ana R. S. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? Op. cit., p. 1350-1351.

[19] Nesse sentido, vale apontar as modalidades mencionadas por Jerry L. Mashaw: "*We find ourselves in the modern era, therefore, with a mixed set of accountability regimes: political accountability through electoral processes; managerial accountability through processes of audit and systems design; and legal accountability through judicial review. The project for institutional designers is to make these differing accountability regimes work together to produce accountable governance*". Tradução livre: Encontramo-nos na era moderna, portanto, com um conjunto misto de regimes de *accountability*: a *accountability* política por meio de processos eleitorais; *accountability* empresarial através de processos de auditoria e sistemas de criação; e *accountability* legal por meio de revisão judicial. O projeto para criação institucional é fazer com que estes regimes diferentes de *accountability* trabalhem juntas para produzir uma governação responsável. MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative Action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista de Direito GV, Especial 1, p. 153-170, 2005. p. 157.

A *accountability* judicial teve como marco para a sua discussão no Brasil, as afirmações de grandes estudiosos do tema – O'Donnell e Przeworski, que, na década de 90, apontaram a inexistência de tal instituto no Poder Judiciário brasileiro.[20]

Luiz Akutsu e Tomás de Aquino Guimarães realizaram um estudo, o qual era composto por uma pesquisa de campo, a fim de identificar circunstâncias que envolvem a governança judicial, sendo a *accountability* um deles. A partir das entrevistas realizadas, destacaram-se duas variáveis marcantes: a "disponibilidade de informações à população sobre os processos em andamento e sobre o funcionamento das varas judiciais; [e] coerência da fundamentação dos atos judiciais com os argumentos das partes e com as provas juntadas aos autos".[21]

Em prévia definição, como metodologia do trabalho desenvolvido por eles, os referidos pesquisadores, com base em alguns autores que trabalham o tema (Ana Campos, Mohamed Mollah, Vanessa Oliveira, José Pinho e Ana Sacramento), esclareceram que, em síntese, no âmbito do Poder Judiciário a *accountability* pode ser entendida por meio da "motivação dos atos processuais e de sentenças proferidos pelos magistrados, no exercício de suas funções, e na transparência dos atos de gestão dos magistrados e servidores que exercem funções administrativas nos tribunais".[22]

---

[20] ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado democrático de direito brasileiro. Op. cit., p. 111.

[21] AKUTSU, Luiz; GUIMARÂES, Tomás de Aquino. Governança Judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. Revista de Administração Pública, v. 49, n. 4, p. 937-958, jul./ago. 2015. p. 949. Relevante elucidar que um dos entrevistados ponderou que, na sua concepção, o Poder Judiciário é um dos órgãos que mais há controle, confira: "Vejo o Judiciário como um dos órgãos mais fiscalizados da sociedade porque, se o juiz não decide com celeridade, com presteza, com conhecimento, ele vai para a mídia, imediatamente. Além disso, tem a fiscalização do advogado da própria parte. Aqui na Vara Penal tem a fiscalização do Ministério Público, tem os recursos que as partes interpõem quando não estão satisfeitas com a decisão e às vezes a gente consegue desagradar as duas partes e os dois recorrem, então acho que a transparência e a prestação de contas ocorrem diariamente. E, além da prestação jurisdicional às partes, temos também a prestação ao tribunal porque a gente trabalha com estatística, relatórios, aliás, já está tudo informatizado, o que a gente decide em tempo real já esta tudo na internet (...).". Ibidem, p. 949-950.

[22] AKUTSU, Luiz; GUIMARÂES, Tomás de Aquino. Governança Judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. Op. cit., p. 947.

Corroboram Bruno Meneses Lorenzetto e Letticia de Pauli Schaitza ao apontar que a *accountability* relacionada ao Poder Judiciário "está no plano da justificação, das razões e dos limites que conduziram o processo decisório e na preocupação com a manutenção da legitimidade dos instrumentais para realizar o controle de constitucionalidade".[23]

Verticalizando a temática, Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho estabeleceram modalidades de *accountability* judicial, as quais se encontram inseridas na *accountability* horizontal (institucional) e são as que seguem:

> (i) "*accountability* judicial 'decisional'", que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões;
>
> (ii) "*accountability* judicial comportamental", que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção;
>
> (iii) "*accountability* judicial institucional", que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados;
>
> (iv) por fim, "*accountability* judicial legal" significa o fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação.[24]

O presente estudo se concentrará nas categorias da *accountability* judicial 'decisional' e *accountability* judicial 'legal', na medida em que nelas encontramos a necessidade do magistrado observar determinados aspectos no momento da tomada de decisão, os quais estão sujeitos a controle. Conjuntura esta que demonstra nítida re-

---

[23] LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação Interna e Legitimação das Cortes Supremas. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 281-306, 2017. p. 287.

[24] TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Op. cit., p. 30.

lação com a *Teoria da Argumentação Judicial*, precipuamente no viés da motivação decisional, como em seguida passaremos a analisar.

3. *Apontamentos sobre a Teoria da Argumentação Judicial*

O advento do Estado Democrático de Direito trouxe consigo a necessidade de readequação na forma de interpretação judicial e, consequentemente, de fundamentação das decisões judicias. O método dedutivo, que advém o silogismo jurídico e nada mais é do que o método da subsunção – extrair a conclusão através da análise da convergência havida entre a premissa maior e a menor –,[25] não mais se mostra suficiente, precipuamente diante dos direitos fundamentais, em razão do desenvolvimento da sociedade e o papel que se espera (e deve ser exercido) pelo Poder Judiciário. É diante deste cenário que se pretende apresentar o desenvolvimento da Teoria da Argumentação como uma resposta a este anseio[26] e, ao final, identificá-la como uma maneira de explicitação da *accountability* judicial.

Inseridas na Teoria da Decisão Judicial tem-se duas perspectivas de análise, o contexto da "descoberta" e o da "justificação". O primeiro ocorre no momento em que o magistrado "descobre", de maneira intuitiva, a solução que dará para o caso, e o segundo, consequencialmente, se dá com a justificação desta conclusão. Este modelo encontra guarida na reflexão realizada por Piero Calaman-

[25] "(...) tomando-se os direitos naturais (ou a lei positiva racionalmente criada a partir dele) como premissa maior, o caso concreto sob análise como premissa menor, e extraindo-se da relação entre eles uma conclusão que consiste na consequência jurídica a ser aplicada ao caso (comumente uma sanção)" GUANDALINI JR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 54, p. 149-162, 2011. p. 154. Nesse sentido corrobora Neil Maccormick ao afirmar que "uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as "premissas" de argumentação". MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução: Waldëa Barcellos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

[26] "A evolução da sociedade demostra que o Direito precisa acompanhá-la, em razão do surgimento de novas demandas, talvez as decisões judiciais sem a cara fundamentação possa favorecer a atuação do juiz como legislador, se favorecendo pelas lacunas na lei.". PESSÔA, Tatiane de Fátima da Silva; ALVES, Felipe Dalenogare. O protagonismo judicial oriundo das demandas da sociedade moderna e a atuação do juiz. Iuris Dicere-Revista de Direito das Faculdades João Paulo II, v. 2, n. 2, p. 07-20, jul/dez. 2017, p. 18.

drei, entre 1935 e 1956, ao apontar que "às vezes, acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverta a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la", [27] ou seja, "o teto pode ser construído antes das paredes".[28]

Ricardo de Lins Horta e Alexandre Araújo Costa, em recente artigo, defenderam que a oposição entre estas duas facetas – da descoberta e da justificação –, devem ser superadas, ao passo em que se mostra necessário uma teoria integrada da decisão judicial.[29] Embora compactuemos da mesma conclusão, no sentido de que a busca acerca da tomada de decisão deve se dar de maneira conjunta nos referidos âmbitos – em que pese a suposta dificuldade de estudo de uma mente judicial –, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, esclarece-se que o viés de investigação aqui abordado será no contexto da justificação, pois é onde que se insere a teoria padrão da argumentação jurídica, no sentido nato de justificação dos argumentos jurídicos.

A teoria da argumentação jurídica desenvolveu-se no século XX, no contexto da filosofia da linguagem, tendo como pensadores Wittgenstein, Austin, Toulmin, Perelman, Habermas, dentre outros. Neste momento, teorias indicaram o caráter muitas vezes político das decisões judiciais, bem como a existência de "uma textura aberta das normas e a inviabilidade de justificar racionalmente os processos decisórios".[30]

Em razão disso é que surge a necessidade de uma gerência sob o discurso jurídico, através da elucidação de determinados parâmetros a serem seguidos, possibilitando, assim, o que se denomi-

---

[27] CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Tradução: Eduardo BRANDÃO. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 176.

[28] Ibid., p. 177.

[29] "Justificação e descoberta são duas faces da mesma moeda, e a separação desses dois elementos é tão artificial e improdutiva quanto a desacreditada distinção entre *interpretação* e *aplicação do Direito*". HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. p. 290.

[30] HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão... Op. cit., p. 275.

na de "correção"[31] e, também controle,[32] das decisões judiciais, a partir da racionalidade do discurso, o que se dará através de uma "boa argumentação", precipuamente nos casos em que o julgador se depara com uma textura aberta do direito.[33]

Desta feita, a referida teoria objetiva "a maior racionalidade, maior objetividade, mais certeza e menor imprecisão do direito, evitando-se a subjetividade".[34] Fortalece Cláudia Toledo ao apontar que a teoria da argumentação "visa a questionar e demonstrar a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso, especificadamente jurídico, estipulando-lhe algumas regras e formas".[35] E, ainda, Manuel Atienza:

> Trata-se, portanto, de teorias (...) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (...) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade).[36]

Resta evidente, assim, que a teoria da argumentação possui como âmago a necessidade de fundamentação das decisões judici-

---

[31] Trata-se de instituto de complexidade relevante, o qual não será abordado no presente estudo, sob pena de desvio do foco. Entretanto, para maior aprofundamento ver ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211-214 e 295-314.

[32] "Em outras palavras, partindo do pressuposto do direito como ciência, a teoria da argumentação jurídica postula a racionalidade das decisões judiciais, por intermédio de uma argumentação pertinente, que possibilite o controle dessa racionalidade do discurso". DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e *love's knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 188, p. 255-276, out./dez., 2010. p. 257.

[33] Id.

[34] Ibid., p. 258.

[35] TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun., 2005. p. 48.

[36] ATIENZA, Manuel. As razões do direito teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 24-25.

ais, a partir de explicitação dos motivos, através de argumentos,[37] que justifiquem a conclusão daquele posicionamento adotado pelo julgador. Trata-se, pode-se dizer, de um método que objetiva, além de minimizar a discricionariedade, possibilitar o controle. Este tema ainda será melhor elucidado no estudo.

Segundo Manuel Atienza, dentre as teorias modernas acerca da teoria da argumentação, merecem destaque as elaboradas por Neil MacCormick e por Robert Alexy.[38] Inobstante terem desenvolvido suas bases teóricas a partir de acepções diferentes ("MacCormick, basicamente Hume, Hart e a tradição da *common law* (não apenas a inglesa, mas também a escocesa); (...) [e] Alexy, [em] Kant, Habermas e [n]a ciência jurídica alemã"),[39] de acordo com Atienza, "eles chegam, no final, a formular concepções da argumentação jurídica essencialmente semelhantes".[40] Todavia, ressalta-se que embora os caminhos trilhados por eles sejam os mesmos, o fizeram em sentidos opostos.[41]

---

[37] "O direito não é lógico, pois não utiliza raciocínios apodíticos, demonstráveis, mas dialético, pois abre mão de raciocínios retóricos, persuasivos, buscando justificar não o que já é (norma geral), mas o que vem a ser (norma particular), na contingência das opiniões (topoi) mais propensas a consensos lingüísticos temporários, fundamentadores de suas decisões.". FALCÃO, Pablo R. de L.. Do direito que é, aquele que vem a ser: implicações epistêmicas da relação entre decidibilidade jurídica e raciocínio lógico-dedutivo. p. 3754-3769. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/pablo_ricardo_de_lima_falcao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 3767.

[38] "As teses fundamentais da concepção de MacCormick estão expostas na obra, *Legal reasoning and legal theory*, de 1978 (precisamente o mesmo ano em que foi publicada a obra fundamental de Alexy sobre a matéria, *Theorie der juristischen Argumentation*), e depois foram desenvolvidas (e levemente corrigidas – cf. MacCormick 1981, 1982a e 1983) numa série de artigos escritos ao longo da última década". ATIENZA, Manuel. As razões do direito teoria da argumentação jurídica. Op. cit., p. 170. Interessante, ainda, acrescentar o desenvolvimento da sua teoria através da obra lançada, posteriormente, em 2006, chamada *Rhetoric and the Rule of Law* (publicada no Brasil, em 2008, com o título: Retórica e o Estado de direito).

[39] ATIENZA, Manuel. As razões do direito teoria da argumentação jurídica. Op. cit., p. 171.

[40] Id.

[41] "MacCormick (...) parte das argumentações ou justificações das decisões tal e como, de fato, elas ocorrem nas instâncias judiciais e, a partir daí, elabora uma teoria da argumentação jurídica que ele acaba por considerar como fazendo parte de uma teoria geral da argumentação prática. Alexy, pelo contrário, parte de uma teoria da argumentação prática geral que ele projeta, depois, para o campo do Direito (...). O resultado a que ele chega, a tese central da sua concepção, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral. Essa abordagem diferente faz com que a concepção de Alexy esteja, de certo modo, mais distante da prática real da argumentação jurídica do que a de

Em razão disso e, ainda, considerando o foco do presente trabalho, não tendo como objetivo esgotar o tema, mas tão apenas apresentá-lo, merecem alguns apontamos a teoria formulada por Robert Alexy, tendo como base a sua obra "Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica"[42] para o fim de demonstrar com mais afinco o seu significado e complexidade.

A teoria de Alexy é considerada como procedimentalista, na medida em que estabelece um procedimento a partir da elucidação de regras práticas para os argumentos e, consequentemente da tomada de decisão. Por outro lado, em sua abordagem preocupa-se ele, também, com a correção do Direito[43] – desenvolvendo o que ele denomina de pretensão de correção.[44]

A teoria possui uma influência muito grande da *Teoria do Discurso* de Habermas, de forma que os seus argumentos foram de lá extraídos, e ao serem lapidados, transformaram-se no que ele denominou de *Teoria do Discurso Prático Racional Geral*, que é o corolário prévio da sua teoria da argumentação, onde ele defende a necessidade de integração entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral, sendo o primeiro decorrente do segundo e recebendo a denominação de "caso especial".[45]

MacCormick, mas, em troca, trata-se de uma teoria mais articulada e sistemática". Ibid., p. 233-234.

[42] Esta obra foi a tese de doutorado Alexy, apresentada em 1976 na Faculdade de Direito da Universidade de Georg-August de Göttingen, na Alemanha. Tendo sido publicada pela primeira vez em 1978. Em 1990, na segunda edição ele acrescenta um posfácio a obra, na qual ele responde alguns críticos.

[43] Cláudia Toledo, na apresentação da edição brasileira da obra em questão, esclarece que: "os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção". TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

[44] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. cit., p. 209-2010.

[45] Esclarece Manuel Atienza sobre o tema: "Assim, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática.". ATIENZA, Manuel. As razões do direito teoria da argumentação jurídica. Op. cit., p. 253. Para aprofundamento, ver: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação

No contexto no qual Alexy aponta que "nos discursos jurídicos trata-se da justificação [também entendida como fundamentação] de um caso especial de proposições normativas, as decisões judiciais",[46] identifica ele que as "linhas fundamentais da teoria da argumentação jurídica"[47] são diferenciadas em justificação interna e justificação externa, as quais são compostas por dezoito regras, sendo cinco referentes à primeira e as demais à segunda.[48]

A justificação interna é o momento pelo qual se pode elucidar as premissas fáticas,[49] ou seja, "se presta a conduzir a decisão à racionalidade por meio da aplicação do princípio da universalidade, este caracterizado por uma regra da qual decorra a decisão".[50]

A justificação externa, por sua vez, é a "fundamentação das premissas usadas na justificação interna",[51] ocasião em que se deve analisar com profundidade os elementos indicados para justificá-las, no sentido de esclarecer a sua escolha em detrimento de outra. Para tanto pode a justificação externa ser classificada em seis grupos, os quais devem ser quanto mais otimizados:

> (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para designar estes seis grupos com uma só

---

jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211-215 e 317-318.

[46] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. cit.,. p. 219.

[47] Ibid., p. 217.

[48] Podem ser aferidas de maneira sintética no apêndice da obra de Alexy, como "tabela das regras e formas elaboradas". Ibid., p. 290-293.

[49] Ibid., p. 219.

[50] ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Poder Judiciário e argumentação no atual Estado democrático de direito. 2012. 302 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. p. 87. Nesse sentido Cláudia Toledo esclarece que "as regras da justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na fundamentação, valendo-se do princípio da universalidade que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral, exigindo que se desenvolva o máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem expressões cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior consenso fundado." TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. Op. cit., p. 10.

[51] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Op. cit., p. 228.

> palavra, pode-se eleger as palavras: (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos.[52]

Assim, atentando-se a este "procedimento", ao final, nos termos da teoria da argumentação de Alexy, ter-se-á uma decisão racional, minimizando, assim, a discricionariedade, na medida em que houve o desenvolvimento dos argumentos de maneira explícita, os quais possibilitaram o exercício dos contra-argumentos.

Ultrapassada esta análise, precipuamente diante do aparato procedimental exposto através de uma das teorias mais consagradas – de Alexy, é de fácil constatação a conclusão de que a teoria da argumentação é um pressuposto do Estado Democrático de Direito,[53] onde a necessidade de motivação da decisão judicial, com expressa clarificação dos seus fundamentos é corolário.

Em análise do tema Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes o abordam sob duas perspectivas, as quais eles denominam de endoprocessual e extraprocessual. Na primeira:

> A motivação das decisões judiciais possibilita às partes identificar quais os motivos que levaram o magistrado a julgar daquela forma, bem como saber se todas as razões e provas relevantes foram consideradas no provimento final, fiscalizando, assim, a atuação do juiz. Logo, ao evidenciar os fundamentos da decisão para as partes, viabiliza a utilização dos meios de impugnação previstos no ordenamento jurídico por quem se considerar prejudicado, a fim de pleitear a reforma, a invalidação ou, até mesmo,

[52] Ibid., p. 229.

[53] Nesse sentido pondera Cláudia Toledo que: "embora alguns critiquem a utilidade do estudo de uma teoria da argumentação jurídica em países periféricos, que ainda caminham para tornar-se "verdadeiros" Estados Democráticos de Direito, em virtude especialmente de suas desigualdades sociais, é pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautar para a consecução de ideias da institucionalização da democracia, em seus procedimentos argumentativos em qualquer instancia, desde a intersubjetiva particular quanto a pública, realizada nos poderes Legislativos, Executivo e Judiciário. A busca de um interesse comum (ou majoritário) de correção nas ações judicias, normas, instituições, etc... caracteriza e fundamenta a validade do discurso no estabelecimento de um Estado em que se tente prevalecer o Direito.". TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Op. cit., p. 58.

a eliminação de obscuridade, omissão ou contradição no ato hostilizado.[54]

Ainda sobre a endoprocessual, apontam a possibilidade de controle pelo órgão julgador da irresignação da parte:

> Ao permitir a compreensão da decisão pelas instâncias superiores, a motivação torna possível o controle político do Poder Judiciário, fundamento basilar da existência do duplo grau de jurisdição. De fato, por não serem os membros do Judiciário sufragados pelo povo, carecedores, assim, de representatividade, torna-se necessário o controle interno sobre a legalidade e a justiça dos provimentos judiciais, residindo, neste ponto, a importância da fundamentação de tais decisões.[55]

E a seara extraprocessual se configura pela possibilidade da esfera pública se insurgir quanto à determinada decisão. Diz respeito à função política da motivação das decisões judiciais, uma vez que também se considera como destinatário da motivação qualquer pessoa (*quisquis de populo*), e não somente as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso. [56]

A partir do exposto, baseando-se na teoria da argumentação como um método de aclaramento das decisões judiciais, a partir de justificação da fundamentação, levando em conta certas regras para tanto, torna-se ela um mecanismo que possibilita o exercício da *accountability* judicial, seja ela decisional ou legal.

Na tentativa de concretizar o laço que envolve estes dois institutos, trazemos à lume o Relatório formulado pela *European Network of Councils for the Judiciary* – ENCJ 2012-2013, que teve como intuito desenvolver e avaliar indicadores de independência e da *accountability* judiciais. Quando da análise da *accountability* direcionada ao magistrado, de uma maneira singular e objetiva, explicitou-se no documento, como um indicador, a necessidade de se ter um proce-

---

[54] CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, jun./2014. p. 93.

[55] Ibid., p. 94

[56] CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. Op. cit., p. 90

dimento compreensível a ser realizado pelo magistrado, procedimento este que compreende dois subindicadores: a explanação dos procedimentos e o treinamento dos juízes. Vejamos o trecho que elucida tal desiderato:

> Judicial proceedings need to be understandable for the parties as well as for society in general. The judge plays a key role in keeping procedures as transparent as possible and in explaining them to the parties. Understandable proceedings comprises of two sub-indicators: • Explanation of procedures; • Training of judges.[57]

No intuito de clarificar ainda mais esta relação, passaremos à análise de dois dispositivos legais esculpidos recentemente no ordenamento jurídico brasileiro que representam isso na prática, o artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei n.º 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

4. *As alterações legislativas como mecanismo de accountability judicial*

Como o próprio título do artigo já especifica, nos últimos anos o Poder Legislativo procurou criar mecanismos de transparência ao Poder Judiciário, vinculando o debate no contexto da teoria da argumentação.

Fato é que com advento do novo Código de Processo Civil (2015) foi positivada, de forma mais visível, a teoria da argumentação. O intuito do legislador claramente foi o de gerar coerência e integridade nas decisões judiciais, de forma também a tentar corrigir a ineficiência e falta de recursos contra a qual administração do Judiciário tem de lidar.

---

[57] Tradução livre: O processo judicial precisa ser compreensível para as partes e para a sociedade em geral. O juiz desempenha um papel fundamental em manter os procedimentos tão transparentes quanto possível e explicá-los às partes. O processo compreensível é composto por dois subindicadores: Explicação dos procedimentos; Formação/Treinamento dos juízes. EUROPEAN Network of Councils for the Judiciary. Independence and Accountability of the Judiciary: ENCJ Report 2013-2014. Disponível em: < https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj_report_independence_accountability_adopted_version_sept_2014.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 33.

Cabe entender, entretanto, com base na teoria da argumentação, quais requisitos seriam necessários para que uma decisão judicial seja considerada válida, ou melhor, fundamentada no atual cenário jurídico.

4.1. O dever de coerência, integridade e motivação (art. 489, CPC/15)

Conforme exposto anteriormente, o Direito Processual brasileiro passou por alterações voltadas a imprimir segurança jurídica e efetividade processual. O próprio artigo 926 identifica que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Coerência e integridade são elementos que formam a igualdade. *Coerência* liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si.[58] Já a *integridade* é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao direito, em uma efetiva perspectiva de ajuste de substância.

No mesmo sentido, Wambier e Talamini defendem que coerência e integridade não se satisfazem com a simples consistência nas reiteradas manifestações do tribunal a respeito de uma mesma e única questão jurídica. É preciso também que haja *correspondência* e *proporcionalidade*, inclusive no trato de questões que, embora não idênticas, sejam análogas. Até mesmo por isso a nova forma de encarar a jurisprudência em si demanda um sistema mais sofisticado de organização do acervo jurisprudencial dos tribunais.[59]

Determinação ainda mais relevante, e que possui íntima relação com o que fora abordado nos tópicos anteriores, ocorre no

[58] A coerência está ligada à ideia de não contradição, e seus efeitos produzem efeitos internos e externos. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e ao desenvolvimento da jurisprudência. Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito. Já a dimensão interna relaciona-se ao dever de fundamentação. Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 493-494.

[59] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2, p. 700-701.

artigo 489 do Código de Processo Civil. Aqui, parte-se da premissa que qualquer decisão judicial não será considerada fundamentada (diga-se, também, íntegra e coerente) quando: (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Ainda, "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão" (§ 2º).

Regra de direito processual, apoiada no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o dever de motivação previsto no art. 489 (CPC) traz um rol exemplificativo, a fim de reforçar a busca por decisões mais confiáveis/coerentes e íntegras. Vejamos:

(I) Primeiramente, fica vedado pelo ordenamento jurídico que o juiz se limite à indicação/reprodução de uma norma, sem explicar a sua relação com a causa, isto é, é preciso mostrar por quais motivos as normas devem ser aplicadas a caso concreto (*relação fato-norma*). Nem mesmo se permite paráfrase, que seria a simples reelaboração do texto legal com outras palavras.[60] Numa ação de usucapião, por exemplo, não pode o juiz proferir sentença de improcedência "porque ausentes os requisitos do art. 1.242 do Có-

[60] "Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha". Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262.

digo Civil", sem explicar quais exigências deixaram de ser cumpridas.

(II) A mesma análise deve ser feita com a proibição no emprego de conceitos jurídicos indeterminados (termos vagos ou cláusulas gerais) na decisão judicial, sem explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.[61] Como exemplo, temos o juiz que defere uma tutela de urgência apenas afirmando estarem presentes os elementos autorizadores.

(III) Também é vedado ao julgador invocar "decisões-padrão" ou, simplesmente, decisões genéricas; fato muito comum, sobretudo nas chamadas ações de massa. "Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto".[62]

(IV) Não pode o juiz justificar sua decisão baseada em provas produzidas somente por uma das partes. Para que posse realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram. A função da motivação não é de demonstrar uma escolha, mas sim a de justificar porque foi feita uma determinada escolha.[63]

Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria são precisos ao delimitar que para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda.[64]

(V e VI) A invocação de precedentes não poderá ser feita sem que esteja acompanhada de um juízo analítico quanto à conformação da sua *ratio decidendi* ao caso concreto. O contrário tam-

---

[61] Exemplos de conceitos vagos e cláusulas gerais: "tempo razoável"; "interesse público"; "repercussão geral"; "devido processo legal"; "boa-fé processual"; e assim por diante.

[62] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2, p. 455.

[63] Ibid., p. 437.

[64] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 343.

bém é verdadeiro, isto é, para afastar um precedente, deve obrigatoriamente o juiz demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.[65]

Ressalte-se que os artigos 8º, 11 e 371 (CPC/15) também espelham a vontade do legislador em exigir do magistrado eficiência e argumentação plena, sob pena de nulidade.

Todos os dispositivos citados ampliam semanticamente o espectro do que possa ser uma decisão fundamentada ou *accountable*, atentando para uma melhor e máxima efetivação da garantia constitucional, otimizando-a.[66] Aliás, Michele Taruffo, há décadas, já alertava para o fato de que, quando informada pelo direito ao contraditório e relacionado com o direito à publicidade da decisão judicial, a fundamentação constitui um autêntico elemento de uma administração democrática da Justiça Civil.[67]

Em síntese, o artigo 489, §1º do CPC trata de dispositivo legal em que se manifesta e se concretiza de forma inequívoca o princípio do convencimento motivado.[68] Todo este arcabouço de regras visa garantir, repita-se, coerência, integridade, correspondência e proporcionalidade ao sistema jurídico nacional e à teoria da argumentação.[69]

---

[65] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 346-347.

[66] SILVA, Blecaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1, p. 195.

[67] TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 319 e ss.

[68] ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do processo e da sentença. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 88.

[69] "Em resumo, após a análise de cada um dos incisos que compõe o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil e seu confronto com as premissas que fundam o pensamento de Alexy, conclui-se que o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que involuntariamente, elementos centrais da teoria da argumentação jurídica, encontrando amparo nas formulações do consagrado jurista alemão. Tal positivação pode ser considerada, seguramente, um *acerto* do legislador, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais constitui um dos núcleos que estruturam o processo jurisdicional democrático". Cf. TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. Os (des)acertos do legislador na "positivação" das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Brasileiro. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. Disponível em: <*https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603*>. Acesso em: 27 jul. 2018.

4.2. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42)

Sancionada no dia 25 de abril do corrente ano, a Lei nº 13.655/2018 alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – nome da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – colacionando alguns novos artigos, todos focados na segurança jurídica e eficiência na criação/aplicação do Direito Público.

Percebe-se que o desiderato do legislador foi de acabar com argumentações abstratas por parte dos magistrados, ou seja, foi de gerar uma *accountability* judicial. Por isso, "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (art. 20). Inclusive, "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas" (parágrafo único).

"Valor jurídico abstrato" seria um conceito genérico que poderia justificar qualquer decisão, a qualquer tempo. O principal exemplo seria a *dignidade da pessoa humana*. Com fulcro neste princípio, pode-se conceder um medicamento de R$100.000,00 (cem mil reais) a uma única pessoa ou, de forma contrária, pode-se negar sob a análise de que a concessão atentaria contra a dignidade de uma coletividade, que precisaria ficar sem outros medicamentos básicos por falta de orçamento.

O artigo 21 da lei complementa o que fora exposto, pois delimita que as decisões que decretarem a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverão indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Faz-se necessário, ainda, que o julgador, na interpretação de normas sobre gestão pública, considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados (art. 22), devendo prever um regime de transição (art. 23). O que se quer evitar, na realidade, é que sejam impostas ao gestor ações impossíveis de serem cumpridas.

Os demais artigos propostos (24-30) seguem a mesma linha, esclarecendo que as autoridades públicas devem atuar de forma *accountable* e com argumentação plausível, a fim de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Em uma avaliação ainda perfunctória, pois somente o tempo dirá se a lei trará benefícios, pode-se constatar que a Lei nº 13.655/2018 é de grande relevância, especialmente nos casos que envolvem políticas públicas na área da saúde.

A política pública é um programa de ação governamental que não consiste em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado.[70] Ainda, a política pública engloba um processo político-administrativo composto por diferentes fases que se sucedem e interagem entre si, as quais se dividem em: identificação do problema, inclusão na agenda política, formulação, implementação e avaliação.[71]

É notório, dessa forma, que "a elaboração de uma política pública depende da iniciativa do Estado, seja provocado pela população, por um fato, por uma pesquisa, pelo anseio de uma reeleição

[70] COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2001, n. 40, p. 72-73.

[71] Fase 1. Percepção e definição de problemas: Transformar uma situação de dificuldade em problema político; Fase 2. Inserção na agenda política: Trata-se de uma construção permanente, que envolve forte disputa política (Ainda, pode-se distinguir três tipos de agenda política: *agenda sistêmica*, *agenda governamental*, e *agenda de decisão*); Fase 3. Formulação: Momento de definição sobre a maneira de solucionar o problema político e a escolha das alternativas a serem adotadas, que se processa na esfera do Legislativo e do Executivo. É um momento de negociação e acordos entre os agentes; Fase 4. Implementação: Fase da concretização da formulação, através de ações e atividades que materializam as diretrizes, programas e projetos, e predominantemente está ao encargo do aparelho burocrático; Fase 5. Avaliação: Em política, a principal avaliação é a eleitoral. A avaliação de uma política consiste no estudo dos êxitos e das falhas do processo de sua implementação. Cf. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2315-2321.

ou por interesses políticos genericamente falando".[72] Todavia, no momento que uma política pública é levada ao centro do Poder Judiciário, teria ele plena legitimidade para programar, alterar ou, simplesmente, anular a política emanada do Poder Legislativo, sem uma argumentação plena e *accountable*?

Em regra, pode-se dizer que não. Virgílio Afonso da Silva trata, em um dos seus textos sobre Judiciário e políticas públicas, a respeito da racionalidade que permeia as decisões dos juízes e suas consequências. Em estudo empírico realizado, constatou-se que nos casos de concessão de medicamentos, em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como *individual*. Outro estudo relevante demonstra que, em geral, os magistrados não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo.[73]

Este desconhecimento pelos juízes de como funcionam as demandas coletivas geram prejuízo para a sociedade, uma vez que decisões individuais não *accountables* e sem a devida argumentação afetam diretamente o orçamento público. Ademais, fato pouco analisado é que decisões de caráter individual geram desigualdade social. Somente quem possui acesso pleno à justiça consegue a efetivação de determinadas políticas públicas.[74]

Quer dizer, magistrados devem realizar efetivos estudos das políticas públicas *sub judice*, analisando matéria e partes envolvidas, com vistas ao orçamento público e ao direito coletivo; e tudo isso sem indicação de valores abstratos e com menção expressa das

---

[72] PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e Políticas Públicas: um exemplo positivo. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, p. 889, set./dez. 2015.

[73] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595.

[74] Referindo-se àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: "Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes - os 'não-partes' são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país". Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58.

consequências jurídicas e administrativas. E é por essa razão que o fortalecimento da *accountability* junto ao Poder Judiciário é necessária, não para contestar as garantias da magistratura, mas para concretizar uma administração da justiça eficiente e transparente, bem como de todo os serviços correlatos a estes.

Uma aplicação correta das medidas de *accountability* não só legitima o trabalho realizado pelo magistrado, mas abre as portas da possibilidade de um sistema judicial imparcial, eficiente e empenhado em garantir a melhor possibilidade de justiça.[75]

5. *Conclusão*

Após análise do trabalho é possível avaliar que a jurisdição constitucional se encontra em ebulição, ao passo em que o Poder Judiciário tem sido provocado a se manifestar cada vez mais, tendo como contraponto cada vez mais a necessidade de motivar suas decisões.

Fato é que o sistema jurídico brasileiro efetivamente precisa de reformas legislativas que demonstrem, não só aos jurisdicionados, mas à população em geral, transparência e segurança jurídica. Como dito em momento anterior, o fortalecimento da *accountability* junto ao Poder Judiciário é necessária, não para contestar a independência dos magistrados, mas para concretizar uma administração da justiça eficiente e transparente.

Quanto à necessidade de fortalecimento da *argumentação judicial*, esta fica ainda mais patente quando nos deparamos, diariamente, com decisões genéricas, de sentido abstrato, e que certamente serviriam de exemplo para qualquer outro caso concreto. Claro, como em qualquer meio, há exceções. Há decisões bem fundamentadas e dentro das normas já previstas em lei e na Constituição Federal. Contudo, deve-se trabalhar para que a exceção vire regra; isto se quisermos gerar uma sociedade justa e igualitária.

---

[75] PEREIRA, Carmem Letícia da Maia. Da necessidade de *accountability* do Poder Judiciário para fortalecimento da democracia brasileira. Meritum. Belo Horizonte, v. 11, n. 2, jun./dez. 2016, p. 46.

6. Referências

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Poder Judiciário e argumentação no atual Estado democrático de direito. 2012. 302 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÂES, Tomás de Aquino. Governança Judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. Revista de Administração Pública, v. 49, n. 4, p. 937-958, jul./ago. 2015.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do processo e da sentença. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BOVENS, Mark. *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanisme*. West European Politics, volume 33, n. 5, p. 946-967. 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: *<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>*. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: *<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>*. Acesso em 20 jul. 2018.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Tradução: Eduardo BRANDÃO. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, fev./abr. 1990.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2001, n. 40.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, jun./2014.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Teoria da argumentação jurídica e *love's knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 188, p. 255-276, out./dez., 2010.

EUROPEAN Network of Councils for the Judiciary. Independence and Accountability of the Judiciary: ENCJ Report 2013-2014. Disponível em: < https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj_report_independence_accountability_adopted_version_sept_2014.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

FALCÃO, Pablo R. de L.. Do direito que é, aquele que vem a ser: implicações epistêmicas da relação entre decidibilidade jurídica e raciocínio lógico-dedutivo. p. 3754-3769. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/pablo_ricardo_de_lima_falcao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GUANDALINI JR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 54, p. 149-162, 2011.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade

judicial. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

KOPPELL, Jonathan GS. *Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of "Multiple Accountabilities Disorder*. Public Administration Review, v. 65, n. 1, p. 94-108, Jan/Fev. 2005.

LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação Interna e Legitimação das Cortes Supremas. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPG-Dir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 281-306, 2017.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução: Waldëa Barcellos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2.

MASHAW, Jerry L.. *Judicial Review of Administrative Action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista de Direito GV, Especial 1, p. 153-170, 2005. p. 157.

MEDEIROS, Anny Karine; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre *accountability* no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 47, p. 745-775, maio/jun. 2013.

O'DONNELL, Guillermo A. *Delegative democracy*. Journal of democracy, v. 5, n. 1, p. 55-69, 1994.

PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e Políticas Públicas: um exemplo positivo. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.

PEREIRA, Carmem Letícia da Maia. Da necessidade de *accountability* do Poder Judiciário para fortalecimento da democracia brasileira. Meritum. Belo Horizonte, v. 11, n. 2, jun./dez. 2016.

PERES, Renan de Moraes Peres et al. Accountability no Brasil: Um Estudo Comparativo com Dinamarca e México. Revista de Psicologia, v. 12, n. 40, p. 243-270, 2018.

PESSÔA, Tatiane de Fátima da Silva; ALVES, Felipe Dalenogare. O protagonismo judicial oriundo das demandas da sociedade moderna e a atuação do juiz. Iuris Dicere-Revista de Direito das Faculdades João Paulo II, v. 2, n. 2, p. 07-20, jul/dez. 2017.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.

REIS JUNIOR, Francisco Soares. Dez anos do Conselho Nacional de Justiça: a experiência de accountability adotada pelo CNJ nos tribunais de justiça estaduais (2005-2015). 2016. 241 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado democrático de direito brasileiro. 2012. 259 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2012.

SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing accountability. The self-restraing state.* Apud BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. p. 171-194. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWATZ, Germano (Org.). Direito da Sociedade Policontextural. v. 1. Curitiba: Appris, 2013.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2315-2321.

SILVA, Blecaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. Novas

tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun., 2005.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Revista de Sociologia e Política, vol. 1, n. 45, p. 29-46, Mar/2013.

_____. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. Os (des)acertos do legislador na "positivação" das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Brasileiro. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. Disponível em: <*https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603*>. Acesso em: 27 jul. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2.